

Právní komparatistika

doc. JUDr. Filip Křepelka, Ph.D.

PD Dr. Attila Vincze, LL.M.

Literatura

- **U. Kischel: Comparative Law/Rechtsvergleichung**
- Oxford Handbook of Comparative Law
- K. Zweigert/H. Kötz: Einführung in die Rechtsvergleichung/Introduction to Comparative Law
- J. Husa: A new Introduction to Comparative Law
- R. Sacco: Introduzione al diritto comparato/ Einführung in die Rechtsvergleichung
- R.Hirschl: Comparative Matters

I. blok – Metoda a teorie

Pojem, předmět, účel právní komparatistiky

- jako věda relativně nová (19. století, 1869 Oxford, 1869 - Société de législation comparée), ale jako metoda stará (Aristoteles, Montesquieu, Dicey, Bülow, O. Mayer) - První kongres v Paříži v 1900), velký vývoj ve 20. století
- Funkce, cíl – špatná otázka? (Sacco)
- Compare means to observe and to explain similarities as well as differences (Schlesinger)

Právní komparatistika a právní odvětví

- Začátek 20. století: převážně soukromé právo
 - Ernst Rabel
 - Konrad Zweigert & Hein Kötz; Einführung in die Rechtsvergleichung
 - René David, Major Legal Systems in the World Today
 - Rudolf B. Schlesinger, Hans W. Baade, Peter E. Herzog & Edward M. Wise, Comparative Law
 - Němečtí právníci židovského původu (Schmitthoff, Mann, Wolff, Kahn-Freund atd)
- Veřejné právo bylo vnímáno jako politické právo, nevhodné pro komparatistiku (například Nawiaski, VVDSTRL, 1927)
- Změna po 2. světové válce – právníci žijící v emigraci v USA
- Comparative constitutional law, comparative administrative law, comparative criminal law etc.
- Právní komparatistika se emancipovala od soukromého práva.

Pojem, předmět, účel právní komparatistiky

- Co můžeme srovnávat? Právní instituce, právní systémy, právní praxe, zpráva o jednotlivých zemích
- související obory: právní překlady, právní historie, právní sociologie, právní etnologie/ antropologie, mezinárodní právo soukromé, mezinárodní právo, komparativní politologie

Pojem, předmět, účel právní komparatistiky

- Hirschl, The Question of Case Selection in Comparative Law, 53 AJIL (2005), 125 (126) / comparative law
- (1) freestanding, single-country studies dealing with any country other than the author's own;
- (2) comparative reference aimed at self-reflection through analogy, distinction, and contrast; (“best”, “right”, “just”)
- (3) comparative research aimed at generating “thick” concepts through multi-faceted descriptions;
- (4) controlled comparison and inference-oriented case selection principles in order to assess change, explain dynamics, and make inferences about cause and effect through systematic case selection and analysis of data / (quantitative / social sciences approach)

Praktické využití

- **Legislativa:** best-practices, inspirace,
 - národní, nadnárodní (EU - právní harmonizace, Council of Europe) mezinárodní (UNICROIT, UNCITRAL, například CISG)
- **Soudnictví:** mezinárodní (MSD v Haagu, ESLP), nadnárodní (SDEU), národní – inspirace, *transplants*
- **Administrativní** (mezinárodní praxe – facebook, bit coin)
- **Advokacie:** nejvhodnější právní režim pro daný případ, hledání argumentů
- **Akademie:** pochopení cizího i svého práva, upozornění na různé právní systémy a metody, zajímavé případy pro inspiraci – jak bychom ten případ (vy)řešili my

Praktické využití

– Metoda:

- Mezinárodní nebo nadnárodní legislativa: metoda je právní harmonizace, hledání nejlepšího řešení, klasický úkol právní komparatistiky (Rabel, Zweigert/Kötz – *praesumptio similitudinis*)

–
nejlepší ? Jaké měřítko – hodnotové racionální nebo účelově racionální (M. Weber) – economic analysis - jak měřit úspěch právní harmonizace – CISG

- Národní: legal transplant, legal borrowing – nejmíň vyjasněná otázka

je možné něco přímo převzít nebo jen inspirace pro zásady, cíle

jak se měří úspěch převzetí? Co je cílem: inspirace nebo nejlepší napodobení, identifikace problému nebo konkrétní řešení?

- ⁹ například: class action, proporcionalita (*Verhältnismässigkeit*), culpa in contrahendo?

Praktické využití

- Soudnictví: dvě základní otázky: **legimitita** a metoda
 - **Lawrence v. Texas**, 539 U.S. 558 (2003), Justice Scalia dissenting
 - The Court's **discussion of these foreign views** (ignoring, of course, the many countries that have retained criminal prohibitions on sodomy) is therefore **meaningless dicta. Dangerous dicta, however, since "this Court . . . should not impose foreign moods, fads, or fashions on Americans."**
 - Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005), Justice Scalia dissenting
 - "American law should conform to the laws of the rest of the world" ?
- Art 97 (1) Die Richter sind **unabhängig** und nur **dem Gesetze unterworfen**.
- Ústava Jihoafrické Republiky: 39. 1. When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -(...) **may consider** foreign law.

Praktické využití

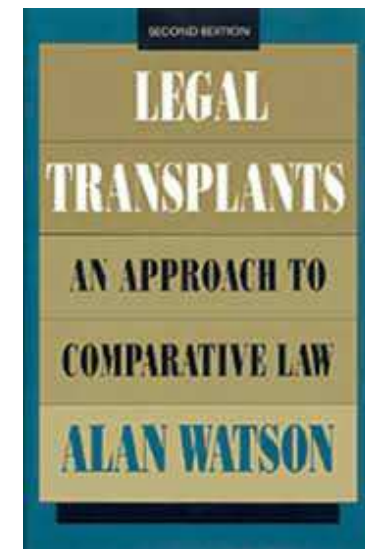
- Soudnictví: dvě základní otázky: **legimitita** a metoda
- Není problém pro SDEU, ESLP, MSD, aplikace evropského práva
 - ESLR: Sahin v Turkey, <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-70956>
 - SDEU: Algera:
<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=7/56&language=en>
 - SDEU, Köbler,
<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48192&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2212012>
- Převzetí argumentace, Ústavní soud, například sp. zn. Pl. ÚS 50/04 Cukerné kvóty, Německý Spolkový ústavní soud BVerfGE 134, 366 – OMT
 - Málokdy problematizováno
 - „to demonstrate an educated, cosmopolitan sensibility“ (*Choudry*) / prestige, reputace “reputation establishes authority” (*Graziadei*)
- Persuasive authority? / Ch. v. Bar

Praktické využití

- Kritika: metoda – cherry-picking
- **R. Hirschl:** “While increasingly fashionable and certainly more “comparative” than freestanding, single-country studies, the ***comparative reference approach is still lacking in methodological coherence***. All too often, it is pursued (primarily by judges, I should note) through ***an eclectic, at times even scant and superficial, reference to foreign constitutional jurisprudence*** - typically rights jurisprudence. Case selection is ***seldom systematic***, and it ***rarely*** pays due attention to the ***context and nuances*** that have given rise to ***similar or alternative interpretation or practice of constitutional norm.***”

Legal transplants – převzetí práva

- Zvláštní obor komparatistiky
- Je to vůbec možné?
- **Alan Watson**: absolutně normální, přirozený způsob evoluce právního systému
- **Sujit Choudhry**: migrace ústavních konceptů v současné době převládá
- **Pierre Legrand**: legal transplant není možný, právo je zakotvené v kultuře a jazyku, a proto není možné transplantovat
- **Otto Kahn-Freund**: převzetí práva: výměna autodílů nebo transplantace jater?
- **Günther Teubner**: legal irritant, nepředvídatelné reakce na cizí právo, právní koncept (například dobrá víra v common law)



Legal transplants – převzetí práva

- **Proč?**
- **Uvalení:** typické pro kolonizace, okupace (sovětské právo)
- **Právní harmonizace:** EU, Council of Europe
- **Prestiž:** „prestige motivates imitation“ (**Graziadei**)
abúze: Frankenstate legislation Scheppele
- **Vhodnější, efektivnější řešení (měřítko efektivity?)**

- **Úspěšnost**
- **Perfektní kopie?**
- **Jak zapadne do právní kultury?**

Metody komparatistiky - funkcionalismus

- Žádný univerzální „recept“ – různé postupy
- Klasická metoda je **funkcionalistická** – Rabel, Zweigert & Kötz (kritika: Michaels, Oxf.Handbook Comp.Law)
- Pozadí: mez. právo soukromé – typický problém kvalifikace dle funkce (Ernst Rabel)
- Hlavní motiv: srovnávání předpisů (pouze text) nemá smysl
- Ale předpoklad: právní systémy řeší stejné problémy:
praesumptio similitudinis
- Je nutné hledat funkci právní instituce a srovnávat cizí právo podle funkce, kterou plní
- Úkol: neutrální popis funkce, najít instituce, srovnávat
 - Příklad katastr nemovitostí (Grundbuch) / odpovědnost vs. povinné pojištění / právní moc správního rozhodnutí – common law finality

Metody komparatistiky - funkcionalismus

– Jakou funkci má právní instituce?

- Právní, ekonomická, sociologická? – katastr, § 103 StGB,
- Jak to zjistit? Ze zákona? Z odůvodnění? Z travaux préparatoires? Z učebnice? Do jaké míry je objektivní?

– Funkce v sociologii – Merton: manifestní funkce, latentní funkce a disfunkce

- **Funkce**: *law as means to end* (Tamanaha), *Zweck im Recht* (Jehring, 1877), marxismus (právo je nástroj vládnoucí třídy), americký realismus, critical legal studies, pozitivní právo, dogmatika?

– Tschentscher: funkcionalistická metoda je velice deskriptivní a není dostatečně kreativní

- Funkce: čistě deskriptivní nebo preskriptivní? (reprodukce dané společenské funkce?)

Alternativní metody komparatistiky

- **L-J Constantinesco**: zjistit, rozumět, srovnávat (feststellen, verstehen, vergleichen)
 - Nelze začít s funkcí, ale právním problémem.
 - Je třeba chápat, jak cizí právo opravdu funguje (původní zdroje, komplexita, včetně rozporů v judikatuře, literatuře atd.), interpretovat tak, jak interpretují právníci v dané zemi, stejné zásady interpretace, naučit se myslet jako právník v dané zemi
- **Sacco**: legal formants, nepsané předpoklady, implicitní schémata, šablony myšlení
- **Tschentscher**, dialektická (eklektická) metoda srovnání, nejsou sterilní kroky, nehledá neutrální deskripci, ale hodnocení

Alternativní metody komparatistiky

- **Ekonomická analýza:** srovnávání na základě ekonomické efektivity (Pareto-optimum, Kaldor-Hicks, ekonomická analýza práva) – například akciová společnost
 - výhoda: transparentní hodnocení, hledání ekonomické funkce právní instituce
 - nevýhoda: homo economicus není měřítkem pro všechno, *behavioural economics* – člověk není vždy racionální
 - **Statistické srovnání:** Freedom House, Ease of doing business (World Bank), EU Justice Scoreboard, Rule of Law index. Je možné redukovat komplexitu společnosti na čísla?
 - **Hirschl:** *social sciences approach* – sociální vědy, empirická analýza, jak právo „skutečně“ funguje, americký právní realismus v komparatistice
- 18– Nejvíc podobné, nejmíň podobné, nejtěžší případ, typický případ

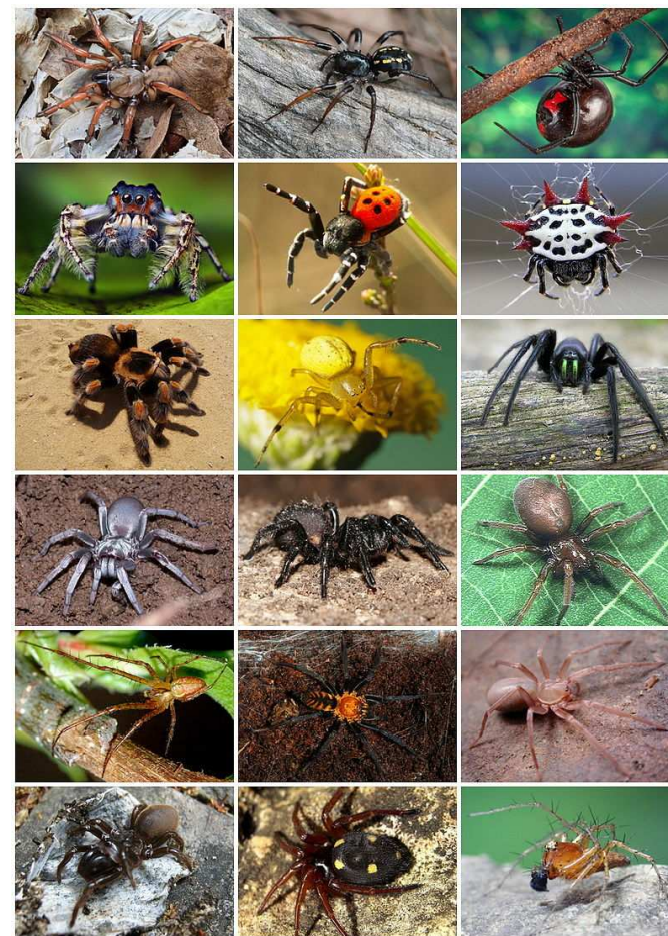
Jak postupovat?

- *Husa: nic lepšího než funkcionalismus není, i když jeho nedostatky jsou známé*
- **Cíl srovnání?**
 - srovnání řešení daného problému: odškodnění za pomluvu
 - srovnání konceptu, pojmu: co znamená svoboda projevu
 - srovnání podmínek fungování právního systému (soudnictví, vliv jiných normativních systémů)
- **Hledání zdrojů (co nejvíc v daném jazyku),**
- **rozumět cizímu právu jak funguje, které zdroje jsou důležité a které ne, právní kultura, právní myšlení (akademické a praktické právo, veřejné vnímání práva), kontext: dogmatika plus realita**
- **Hmotné právo, procesní právo (důkazy a důkazní břemeno), náklady řízení, exekuce**
- **HODNOCENÍ**

**E.G. CROWN
PRIVILEGES**

Makrokomparatistika – právní kultury

- **Úkol**
- **Systematizace, seskupování, taxonomie** právních řádů (Kongres v Paříži, 1900)
- Hypotéza: právní systémy mají nějakou **vnitřní logiku**, pavouků je skoro 50 tisíc druhů, ale přesto mají mnoho společných vlastností
- Systematizace **zjednodušuje svět** a pomáhá mu lépe rozumět
- **Různé výroky**: Rechtskreis, právní rodiny (Rechtsfamilien), právní kultury (legal culture), právní tradice (legal tradition), právní kontexty nebo archetypy



Makrokomparatistika – právní kultury

- **Podle jakých kritérií?** (PARGENDLER, Mariana. The Rise and Fall of Legal Families)
 - ***Gumersindo de Azcarate***: Ensayo de una Introduccion al Estudio de la Legislation Comparada (1874), **Kritérium**: národnost – neolatinská, germánská, skandinávská, slovanská, jiné evropské národy (řecké, maltské), jiná civilizace (turecká, egyptská, indická, čínská)
 - ***Ernest Glasson***, Le Mariage civil et le divorce (2nd ed., 1880), **Kritérium**: vliv římského práva: 1. silně ovlivněn římským právem (Itálie, Španělsko, Portugalsko, Rumunsko), 2. žádný vliv římského práva (Anglie, Skandinávie, Rusko), 3. římský a germánský vliv (Francie, Německo, Švýcarsko)
 - ***Clovis Bevilacqua***, Resumo das Liccoes de Legislacao Comparada sobre o Direito Privado (1893), **Kritérium**: právní vliv: 1. žádný vliv římského a kanonického práva (Anglie, Skandinávie, USA, Rusko), 2. silný vliv římského práva (Španělsko, Portugalsko, Itálie) 3. kombinace římského germánského a národního práva (Francie, Německo, Belgie, Nizozemsko, Švýcarsko), 4. právní systémy Latinské Ameriky
 - ***Adhemar Esmein***, Le droit compare et l'enseignement du droit (1900), **Kritérium**: historie, struktura; 1. latinská skupina (Francie, Belgie, Itálie, Španělsko, Portugalsko, Rumunsko, Latinská Amerika)

Makrokomparatistika – právní kultury

– Podle jakých kritérií?

- **Georges Sauser-Hall**, *Fonction et methode du droit compare* (1913), Kritérium: rasa, etnografie; 1. árijská nebo indoevropská rasa (hindu, iránská, keltská, řecko-latinská, germánská, anglosaská, slovanská). 2. semitská (egyptská, hebrejská, arabská, islámská, asyrská) 3. mongolská (čínská, japonská) 4. barbarská
- **Henry Levy-Ullman**, *Observation generales sur les communications relatives au droit prive dans les pays etrangers* (1923). **Kritérium:** právní zdroje. 1. kontinentální nebo psané právo 2. common law 3. islámské právo
- **Enrique Martinez Paz**, *Introduccion al Estudio del Derecho Civil Comparado* (1934), kritérium: vliv římského práva 1. barbarský systém (Anglie, Švédsko, Norsko) 2. barbarsko-římský (Německo, Francie, Rakousko), 3. barbarsko-římsko-kanonický (Španělsko, Portugalsko, Itálie), římsko-kanonicko-demokratický (Latinská Amerika, Švýcarsko, Rusko)

Makrokomparatistika – právní kultury

– Podle jakých kritérií?

- **Pierre Arminjon, Boris Nolde, & Martin Wolff**, Traits de droit compare (1950). **Kritérium:** centrum vlivu: 1. francouzské právo, 2: německé právo, 3. skandinávské právo, 4. anglické právo, 5. ruské právo, 6. islámské právo, 7. hindu právo
- **Rene David**, Traite elementaire de droit civil compare (1950), **Kritérium:** ideologie (base philosophique). 1. západní právo (francouzská skupina, angloamerická skupina) 2. socialistické právo 3. islámské právo, 4. hindu právo 5. čínské právo
- **Rene David**, Les grands systemes de droit contemporain (1962) **Kritérium:** právní techniky a koncepty, ideologie (1. románské-germánské právo, 2. common law, 3. socialistické právo)

Makrokomparatistika – právní kultury

– Podle jakých kritérií?

- **Konrad Zweigert & Hein Kötz**, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. **Kritérium:** styl (historický vývoj, právnícké myšlení, dogmatické nebo case-law, zdroje práva (psané, nepsané, precedent), určité právní instituce (trust), ideologie): 1. romanistická právní rodina, 2. germánská právní rodina, 3. anglo-americká právní rodina 4. severní právní rodina 5. právní rodina Dálného východu, 6. islámské 7. hindu. (další vydání socialistické a hybridní (Jižní Afrika, Kanada, Louisiana, Skotsko atd.)

– **Kritika:**

- **Constantinesco**, subjektivní a na základě soukromého práva,
- **Patrick Glenn**, Oxf. Handbook, **Werner Menski**: Comparative Law in Global Context eurocentrická taxonomie
- **Rainer Grote**: není vhodné pro veřejné právo: USA federální republika, UK unitární monarchie

Makrokomparatistika – právní kultury

– Podle jakých kritérií?

- **Gyula Eörsi**, Comparative Civil (Private) Law. 1979 **Kritérium:** ideologie. Buržoa nebo marxistické právo
- Anglo-americká škola: common law/civil law
- **Constatinesco**: specifické struktury, zvláštní způsob právního přemyšlení, historie je důležitá, je ale jen příčinou
- **Cotterel/Nelken**: Právní kultura, co považujeme za právo, co má právní relevanci (legal culture is about who we are and not just what we do)
- **Ugo Mattei**.: profesionální právo, politické právo, tradiční právo
- **Uwe Kischel**: Rechtsvergleichung/Comparative Law, kritérium: kontext (synonyma pro styl?) - historie, právní zdroje (kodifikované nebo precedenční právo, právní myšlení (pragmatické, akademické, náboženské, politické), právní povolání, soudnictví, typické právní instituty. 1. common law, 2. kontinentální právo 3. severské, 4. africké, 5. asijské, 6. islámské, 7. transnacionální