

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Denis Ejubović

Metodologické problémy srovnávací právní vědy

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: doc. JUDr. PhDr. Jan Wintr, Ph.D.

Katedra teorie práva a právních učení

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu) : 8. 3. 2018

Prohlášení

Prohlašuji, že předkládanou diplomovou práci jsem vypracoval samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Dále prohlašuji, že vlastní text této práce, včetně poznámek pod čarou, má 271 374 znaků včetně mezer.

V Praze dne

.....

autor diplomové práce

Poděkování

Děkuji doc. JUDr. PhDr. Janu Witrovi, Ph.D., vedoucímu mé diplomové práce, za trpělivost a vstřícnost, za dobré rady a pomoc při zpracování námětu této diplomové práce.

Obsah

Úvod	5
1 Pracovní pojetí srovnávací právní vědy	14
2 Stavba srovnávání	19
2.1 Comparandum a comparatum: dva srovnávané předměty	20
2.2 Tertium comparationis: pojem srovnávaných předmětů a srovnávací veličina	22
2.3 Dodatek ke stavbě srovnávání: srovnatelnost předmětů	26
3 Skladba srovnávání	35
3.1 Účel a výsledek srovnávání	35
3.2 Cíl a závěr srovnávání	37
3.3 Dodatek ke skladbě srovnávání: užitečnost srovnávání právních předmětů	41
4 Postup srovnávání	47
4.1 První fáze srovnávání: založení srovnávání	52
4.1.1 Vymezení pojmu srovnávaných předmětů	53
4.1.2 Stanovení srovnávací veličiny	66
4.2 Druhá fáze srovnávání: uzavření srovnávání	77
4.2.1 Poznání srovnávaných předmětů	77
4.2.2 Srovnání srovnávaných předmětů	80
4.3 Dodatek k postupu srovnávání: srovnávací výzkum	81
Závěr	86
Metodologické problémy srovnávací právní vědy	86
Problém případu srovnávání právních předmětů	90
Problém popisu případu srovnávání právních předmětů	91
Problém dosahu srovnávací právní vědy	94
Metodologické problémy srovnávání právních předmětů	99
Problém věcné správnosti srovnávání právních předmětů	100
Problém soustavnosti srovnávání právních předmětů	101
Problém úplnosti právněsrovnávacího díla	104
Dodatek na závěr	105
Prameny	108
Shrnutí	115
Summary	117

Úvod

Námětem této práce, dle jejího zadání, jsou metodologické problémy srovnávací právní vědy na pozadí následujících tematických okruhů:

- (1) komparativní metoda, její zasazení do širšího, společenskovedního rámce a umístění v metodologii právní vědy;
- (2) aplikace komparativní metody, identifikace a diferenciací komparativních elementů, procesů, kontextů a cílů;
- (3) úkol a přínos srovnávací právní vědy;
- (4) požadavek na právní a jazykovou vybavenost osob podílejících se na komparativních studiích.

Námět této práce byl zvolen tak, aby nás jeho zpracování řádně připravilo na zpracování námětu rigorózní práce na Katedře správního práva a správní vědy Právnické fakulty Univerzity Karlovy v Praze pod vedením Davida Krysky. Námětem rigorózní práce má být srovnávání účinného přestupkového práva vybraných jihoslovanských států. Proč jsme se rozhodli před zpracováním tohoto námětu rigorózní práce projít touto přísně řemeslnou průpravou?

Hlavní důvod je ten, že poznatky nabyté srovnáváním zahraničních právních úprav lze zpravidla jen stěží – z tepla domova a pohodlí rodného jazyka – podrobit odborné a podrobné zkoušce.

Další důvod je ten, že s jistotou víme, že o současném českém přestupkovém právu je možné napsat hned několikasetstránkovou knihu. Můžeme tak učeně předpokládat, že knihu o obdobném rozsahu je možné napsat i o přestupkovém právu kteréhokoliv jiného soudobého evropského státu. A kniha o přestupkovém právu není román, aby ji bylo možné shrnout v několika větách. Kde je poté ve stostránkové rigorózní práci všechen ten osobitý právní obsah? Poznatky nabyté srovnáváním zahraničních právních úprav tak nejenže lze v cílové zemi jen stěží přezkoumat, ale pokud bychom je nechali podrobit odborné zkoušce v zemi jejich původu, sotva by v ní pro svoji nevyhnutelnou povrchnost obstály.

Poslední důvod je ten, že bez ohledu na shora zmíněné nedostatky, poznatky nabyté srovnáváním zahraničních právních úprav bývají často podkladem pro odvážná hodnocení stavu práva v dotčených státech.

Shrneme-li tak tři právě nastíněné důvody, i nám se zdá, že by zpracování daného námětu rigorózní práce, bez zpracovávání námětu této práce, nebylo ničím jiným, než samoučelným a potažmo též nebezpečným jazykovým cvičením.

Proto jsme se rozhodli projít touto přísně řemeslnou průpravou.

Základním předpokladem pro zpracování námětu této práce bylo, že je zde taková srovnávací právní věda, která nás dokáže připravit na zpracování daného námětu rigorózní práce. Jak se později ukázalo, žádná taková srovnávací právní věda zde není.

Myres S. McDougal v roce 1952 – 52 let od zamýšleného vzniku novodobé srovnávací právní vědy na jejím prvním mezinárodním kongresu, konaném v Paříži v roce 1900¹ – slavně o srovnávací právní vědě poznamenává: „Největší pochybnosti i nadále panují ohledně toho, co je srovnáváno, ohledně cíle srovnávání a ohledně odpovídajících technik.“²

Catherine Valcke poté v roce 2004 dodává: „Tato malátnost – možná nejzávažnější krize srovnávací právní vědy od jejího vzniku – se netýká množství: množství právněsrovnávacích děl je objemné po všech měřítcích. Ale spíše se týká skutečnosti, že tato díla stále ještě netvoří vědní obor, to znamená, netvoří sdílenou soustavu informací, teorii s určenou sadou nástrojů a metodologií, akademickou tradici, kterou by bylo možné předat dalším generacím, netvoří základy, na nichž by mohl každý stavět.“³

Dvě shora uvedené citace je třeba uvést na pravou míru. Nahlédneme-li do srovnávací právní vědy, zjistíme, že jí k úplné svébytnosti mnoho neschází, pouze jedna, zato však nesmírně důležitá skutečnost. Srovnávací právní věda postrádá rámec, ve kterém by se nacházela. Mathias Reimann píše: „Problém je ten, že právněsrovnávací díla, články, myšlenky a kritiky, ve svém souhrnu nedají více, než součet svých částí. Místo toho tvoří potpourri nesourodných prvků, které sice stojí vedle sebe, ale jen zřídkakdy se vztahují k téže záležitosti.“⁴

¹ Viz např. (A) KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996. s. 9; nebo (B) ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 2.

² MCDUGAL, Myres S. *The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 1, no. 1/2, 1952, pp. 28-29. Původní znění: „The greatest confusion continues to prevail about what is being compared, about the purposes of comparison, and about appropriate techniques.“

³ VALCKE, Catherine. *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, no. 3, 2004, pp. 713-714. Původní znění: „This malaise – perhaps the most serious crisis to strike the discipline since its inception – is not about quantity: the comparative law literature is voluminous by any standard. Rather, it relates to the fact that this literature has yet to congeal into a discipline proper, that is, into a shared body of information and theory with designate set of tools and methodology, a scholarly tradition susceptible of transmission to succeeding generations, a shared foundation on which each can build.“

⁴ REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, no. 4, 2002, p. 686. Původní znění: „The problem is that

Jelikož srovnávací právní věda postrádá rámec, ve kterém by se nacházela, lze v rámci ní jen stěží cokoliv smysluplně ohraničit. Tato skutečnost nám ve svém důsledku brání v řádném zpracování námětu této práce. Z toho důvodu jsme se rozhodli, že rámec srovnávací právní vědy zasadíme. Zasazení rámce určitého vědního oboru není nic zvláštního a lze ho jistě očekávat od zpracování kteréhokoliv námětu, rodově příbuzného námětu této práce. Je však třeba mít na paměti, že zde *žádný* rámec srovnávací právní vědy – přísně vzato – není, tudíž jsme nemohli ani *žádný* rámec srovnávací právní vědy převzít, nýbrž jsme se o něj museli zasadit sami. Arthur T. von Mehren píše: „Člověk snadno nabude dojmu, že srovnávací právní věda vždy začíná od začátku...“⁵

Námi zasazený rámec srovnávací právní vědy postrádá něco, co by rámec kteréhokoliv vědního oboru měl nepochybně mít, a to oporu v dohodě učené obce. Nemá-li oporu v dohodě učené obce, pak musí mít oporu alespoň ve zdravém rozumu. Taková opora však vyžaduje mnohem širší podstavu, než by tomu bylo jinak zapotřebí. Z toho důvodu jsme se rozhodli při zpracování námětu této práce postupovat následovně.

Tato práce se dělí na díly, oddíly, pododdíly a oddělení. Tato práce se skládá celkem z pěti dílů: čtyři z nich jsou číslované, pátým z nich je závěr. Je-li očíslován díl, jsou očíslovány i jeho oddíly a pododdíly. Oddělení číslovaná nejsou, třebaže se jich lze dopočítat.

Všechny číslované díly a jejich součásti tvoří rámec srovnávací právní vědy. Závěr této práce se tak na rámci srovnávací právní vědy nepodílí.

To, co spadá do rámce srovnávací právní vědy, je možné si představit jako obraz srovnávací právní vědy. Na závěr této práce budeme na tento obraz ukazovat, a tak, jak na něj budeme ukazovat, budeme na něm ohraničovat jednotlivé metodologické problémy srovnávací právní vědy. Abychom mohli na obraze na *něco* ukázat, musí se to již na obraze nalézat – jednotlivé metodologické problémy srovnávací právní vědy jsou tak *již* na našem obraze srovnávací právní vědy vyobrazeny, mimo vlastní závěr této práce však nejsou jako metodologické problémy srovnávací právní vědy pojímány.

V prvním dílu této práce zaujmeme jednoduché pracovní pojetí srovnávací právní vědy – naznačíme předmět a cíl srovnávací právní vědy, jakož i způsob, kterým tohoto svého cíle srovnávací právní věda dosahuje. V následujících číslovaných dílech této práce se již budeme

comparative books, articles, ideas and critiques do not add up to a sum that is larger than its parts. Instead, they constitute a potpourri of disparate elements that coexist side-by-side but rarely relate to any overarching themes.“

⁵ MEHREN, Arthur T. von. *An Academic Tradition for Comparative Law?* In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19, no. 4, 1971, p. 624. Původní znění: „One has the uneasy feeling that comparative-law scholarship is always beginning over again...“

zabývat výhradně předmětem srovnávací právní vědy. V druhém dílu této práce pojednáme o stavbě srovnávání, o stavebních prvcích, z nichž se srovnávání skládá. Ve třetím dílu této práce pojednáme o skladbě srovnávání, o skladebních prvcích, jejichž prostřednictvím se stavební prvky srovnávání skládají do jednoho uzavřeného celku. Ve čtvrtém dílu této práce pojednáme o postupu srovnávání, o průběhu srovnávání od jeho založení až po jeho uzavření. Na podkladě těchto posledních tří dílu bychom tak měli zprostředkovat *určitou* představu o předmětu srovnávací právní vědy. Sami jsme k této představě dospěli následovně.

Nejprve jsme se sami sebe zeptali: „Na kterou událost můžeme srozumitelně vázat naše předporozumění tomu, co je srovnávání?“ Naše odpověď zněla: „Na událost věty, ve které se něco s něčím v něčem srovnává.“ Proč? Domníváme se totiž, že se shodneme na tom – pokud se už na ničem jiném neshodneme – že např. věta „Předměty X a Y jsou podobné.“, věta „Předměty X a Y jsou odlišné.“, věta „Předmět X je vyšší než předmět Y.“ nebo věta „Předmět X je lepší než předmět Y.“ musí se srovnáváním *nutně* souviset.

Věděli jsme, že se již dále nesmíme ptát „Jak věta, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, se srovnáváním souvisí?“, proto jsme se zeptali: (1) „Co věta, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, znamená?“ (2) „Co musíme udělat, abychom mohli větu, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, vyslovit jako pravdivou?“ (3) „K čemu nám pravdivá věta, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, může být?“

Otázka (1) míří *do* věty, ve které se něco v něčem srovnává. Otázka (2) míří *před* větu, ve které se něco s něčím v něčem srovnává. Otázka (3) míří *za* větu, ve které se něco s něčím v něčem srovnává.

Zodpovězením těchto tří otázek, a po zvážení všech rozhodných skutečností, jsme dospěli k *určitému* přesvědčení o celku srovnávání. Rozklad tohoto celku na stavbu, skladbu a postup srovnávání je poté jen naším způsobem výkladu o předmětu srovnávací právní vědy.

Takovéto zpracování námětu této práce by nám mělo umožnit smysluplné ohraničení jednotlivých metodologických problémů srovnávací právní vědy. Abychom si tuto možnost zajistili, museli jsme s ohledem na stav srovnávací právní vědy a požadovaný rozsah této práce obětovat samo řešení těchto metodologických problémů.

V souvislosti s řešením metodologických problémů srovnávací právní vědy je třeba mít na paměti jedno. Necht' je jedním z metodologických problémů srovnávací právní vědy problém pravdivého poznání srovnávaných předmětů. Řešení tohoto metodologického problému srovnávací právní vědy se odvíjí od toho, co je právě srovnávaným předmětem. Nelze se přeci domnívat, že totéž řešení bude odpovídat jak případu srovnávání domorodého práva afrických

kmenů, tak případu srovnávání práva starověkých řeckých obcí, tak případu srovnávání práva soudobých evropských států.

Jakkoliv můžeme jednotlivé metodologické problémy srovnávací právní vědy myslet obecně, jejich řešení je třeba vždy myslet s určitostí vlastní každému případu srovnávání. Než abychom poté v této práci čítali a jmenovali *všechna* možná řešení metodologických problémů srovnávací právní vědy, rozhodli jsme se, že v této práci provedeme jen jejich smysluplné ohraničení a samo jejich řešení ponecháme až na zpracování daného námětu rigorózní práce.

Soudobá srovnávací právní vědě je pro nás velmi zajímavá. To, co na soudobé srovnávací právní vědě považujeme za zajímavé, ale nejsou poměry, se kterými se můžeme setkat v různých obdobích na různých místech světa, byť jsme si dobře vědomi, že to jsou právě tyto právní a jiné poměry, které na srovnávací právní vědě mnohé baví a přitahují.

To, co na soudobé srovnávací právní vědě považujeme za velmi zajímavé a hodné zamyšlení, je např. pojem právního formantu a právního kryptotypu italského právníka Rodolfa Sacca, pojem právní mentalitě francouzského právníka Pierra Legranda nebo pojem právního transplantátu a právní transplantace skotského právníka Alana Watsona.

Právní transplantát není nic jiného, než právní úprava, která trvá ve společnosti, ze které nevzešla. Alan Watson, ve svém slavném díle *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*⁶, na podkladě bohatého množství případů dokládá, že je právní transplantace převažujícím způsobem tvorby práva v zaznamenaných dějinách lidského pokolení.⁷ Co je však obzvláště důležité, tvrdí také, že za rozhodnutím o provedení transplantace *určité* právní úpravy ve většině případů nestojí *žádná* silně pocíťovaná společenská potřeba.

V právní vědě musíme rozlišovat mezi dvěma zásadními rozhodnutími. Musíme rozlišovat mezi rozhodnutím o přijetí právní úpravy a rozhodnutím o přijetí *určité* právní úpravy – mezi rozhodnutím o tom, že potřebujeme *nějakou* právní úpravu darování, a rozhodnutím o tom, že potřebujeme *tuto* právní úpravu darování. K prvnímu z těchto zásadních rozhodnutí se může vztahovat např. věta „Právní úprava vypořádání se s majetkem zesnulého je univerzální právní institucí, stejně jako je smrt univerzálním společenským problémem.“ Shora zmíněné tvrzení Alana Watsona se však vztahuje k druhému z těchto rozhodnutí.

⁶ WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2nd ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993. 121 p.

⁷ WATSON, Alan. *Legal Culture v Legal Traditions*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 2-3.

V roce 1926 byl v Turecku přijat občanský zákoník téměř totožný se švýcarským občanským zákoníkem z roku 1907. Učená právnická obec, včetně Alana Watsona, má dnes za prokázané, že důvodem pro turecké převzetí švýcarského občanského zákoníku bylo prostě a jednoduše to, že tehdejší turecký ministr spravedlnosti a významný turecký právník Mahmut Esad Bozkurt, který byl pověřen přípravou nového tureckého občanského zákoníku, po dlouhou dobu studoval právo ve Švýcarsku, a bylo to tak jediné právo, které znal natolik, aby mohl zajistit jeho úspěšnou transplantaci.⁸

Případ tureckého převzetí švýcarského občanského zákoníku zaznamenává pouze jeden z možných ne-společenských důvodů transplantace *určité* právní úpravy z jednoho právního řádu do druhého. Mezi další z těchto ne-společenských důvodů patří např. tradice nebo prestiž. Alan Watson má za to, že právě tyto ne-společenské důvody stojí ve většině případů za rozhodnutím o provedení transplantace *určité* právní úpravy. Ve spojení s tvrzením, že právní transplantace je převažujícím způsobem tvorby práva v dějinách, Alan Watson dochází ke svému slavnému a často napadanému závěru o tom, že vztah mezi právem a společností je mnohem volnějším, než jsou mnozí ochotni připustit jako možnost, neboť to, co hraje při právní transplantaci roli, není ve skutečnosti to, jaká je nebo jaká má být společnost v důsledku práva, ale to, jaké je a jaké má být právo.⁹

Jedním z nehlasitějších odpůrců Alana Watsona a jeho nauky o vztahu mezi právem a společností je Pierre Legrand. To, co Pierre Legrand napadá, je sama možnost právní transplantace, o kterou se Alan Watson opírá. Pierre Legrand tvrdí, že je možné transplantovat pouze slovní výraz právního ustanovení, nikoliv však právní úpravu.¹⁰ Podle něj je totiž *určitá* právní úprava spojena se společností tak, že jedno bez druhého nelze myslet. Pokusme se celou záležitost vysvětlit s pomocí názvosloví Rodolfa Sacca.

Podle italského právníka Rodolfa Sacca je právní úprava utvářena za současného působení mnoha právních formantů, např. právních ustanovení, odborného výkladu, úředního (soudního a správního) výkladu a rozhodování.¹¹ Vedle právních formantů, které jsme zmínili v předchozí větě a které mají explicitní formu, jsou zde i takové právní formanty, které mají formu implicitní a které lze pozorovat pouze skrze to, jak zacházíme s explicitními právními formanty. Takové právní formanty nazývá Rodolfo Sacco právními kryptotypy.¹² Právním kryptotypem je důsledně

⁸ WATSON, Alan. *Legal Transplants and European Private Law*. In: Electronic Journal of Comparative Law [online], (December, 2000). [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>

⁹ WATSON, Alan. *Legal Culture v Legal Traditions*. Viz pozn. 7, s. 5.

¹⁰ LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of "Legal Transplants"* In: Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 4, no. 2, 1992, pp. 113-115.

¹¹ 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, p. 21.

¹² SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*. In: American Journal of Comparative law, vol. 39, no. 2, 1991, p. 385.

vzato ustálený vzorec lidského chování – ustálený způsob, kterým nakládáme s explicitními právními formanty.

Právní kryptotypy mohou být ve vztahu k *celku práva* zcela obecné, nebo více či méně zvláštní. Za zvláštní právní kryptotyp bychom mohli označit např. téměř zvyklostní odchylování se od ustanovení § 2050 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, ve znění k 1. 1. 2017 (dále jen jako „občanský zákoník“), které říká: „Je-li ujednána smluvní pokuta, nemá věřitel právo na náhradu škody vzniklé z porušení povinnosti, ke kterému se smluvní pokuta vztahuje.“¹³ Obecným právním kryptotypem je kromě jiného také to, o čem hovoří Pierre Legrand, když hovoří o právní mentalitě jakožto kolektivním mentálním programem a interiorizované právní kultuře.¹⁴

Pro Pierra Legranda je např. *má* věta „Právo (v objektivním smyslu) je uspořádaná soustava obecně závazných pravidel stanovených či uznaných státem.“ větou *mé* právní kultury. Z toho důvodu je pro Pierra Legranda *má* věta „Anglické právo (v objektivním smyslu) je uspořádaná soustava obecně závazných pravidel stanovených či uznaných státem.“ nepravdivá, protože anglické právo není *uspořádaná soustava obecně závazných pravidel stanovených či uznaných státem*, ale navíc, a to je důležité, je projevem *mé* právní mentalitě, která *promítá* na anglické právo *uspořádanost* známou *mně* z *mé* zkušenosti s právem.¹⁵

Právní mentalitě se může projevovat mnoha způsoby, a to v mnoha oblastech právního života, obzvláště se však projevuje v souvislosti s právním výkladem. Abychom rozlišili mezi projevem právní mentalitě a odlišným názorem dvou lidí na to, jak má být určité právní ustanovení vyloženo, je třeba si uvědomit, že právní mentalitě je sice interiorizovanou právní kulturou, ale také kolektivním mentálním programem, tzn., že se téže *chyby* při výkladu cizího právního ustanovení dopustí převážná většina příslušníků jednoho právního společenství – každý sám, ale přesto téměř všichni společně.

Viktor Knapp píše: „...právní norma je jako předmět poznání výsledkem interpretace právního předpisu.“¹⁶ Jinak řečeno, není *žádná* právní úprava před vlastním úkonem právního výkladu. Aby tak mohla být *určitá* právní úprava transplantována, muselo by být spolu se slovním výrazem transplantováno i to, co utváří jeho význam – právní mentalitě – a právě *to*, podle Pierra Legranda, nikdy transplantováno být nemůže. Na základě toho poté Pierre Legrand dospívá ke svému slavnému, často napadanému a dobově podmíněnému závěru o tom, že i přes členství Velké

¹³ Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník. In: *Zákony pro lidi.cz* [online]. © AION CS 2010-2017 [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/2012-89#p1-2>

¹⁴ LEGRAND, Pierre. *European Legal Systems Are Not Converging*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, no. 1, 1996, p. 60.

¹⁵ LEGRAND, Pierre. *European Legal Systems Are Not Converging*. Viz pozn. 14, s. 68.

¹⁶ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1999, s. 168.

Británie v Evropské Unii, mezi anglickým a např. italským právem nedocházelo, nedochází a nikdy nebude docházet ke vzájemnému sblížení.¹⁷

V předchozím oddělení jsme ve vší stručnosti představili tři věhlasné představitele soudobé srovnávací právní vědy. Tito tři představitelé soudobé srovnávací právní vědy dosáhli svého věhlasu jak svým celoživotním dílem, tak množstvím svébytných myšlenek. Některé z těchto jejich myšlenek, ty klíčové, jsme v předchozím oddělení nastínili. Můžeme si všimnout, že všechny ty jejich klíčové myšlenky, které jsme v předchozím oddělení nastínili, se týkají výlučně práva. A to je pro soudobou srovnávací právní vědu vskutku příznačné. Pro soudobou srovnávací právní vědu je příznačné, že po vzoru svých hrdinů věnuje téměř veškerou svou pozornost otázkám práva. Kdo nahlédne do soudobé srovnávací právní vědy, ten snadno nabude dojmu, že srovnávací právní věda je věda o právu – o právu v tom nejširším slova smyslu. A v tom je právě ta potíž.

Srovnávací právní vědu by *vždy* mělo být možné vystihnout nejméně třemi pojmovými znaky: vědou, srovnáváním a právem. Není-li možné některým z těchto tří základních pojmových znaků srovnávací právní vědu vystihnout, dostáváme se se srovnávací právní vědou do potíží.

Vědu, jakožto pojmový znak srovnávací právní vědy, ponechme na tomto místě stranou a zaměříme se na její zbylé dva základní pojmové znaky. Právo odlišuje srovnávací právní vědu od ostatních srovnávacích věd. Srovnávání odlišuje srovnávací právní vědu od ostatních vědních oborů právní vědy. Vytratí-li se ze srovnávací právní vědy srovnávání, jediné, co zůstane, je věda a právo, tzn. právní věda. Následkem toho poté je, že nám srovnávací právní věda přerůstá přes hlavu, stejně jako by nám přerostla přes hlavu, kdyby se z ní právě vytratilo právo. Ale důležité je, pokud by se nás někdo zeptal „Na co je třeba klást ve srovnávací právní vědě důraz, zda na srovnávání, nebo na právo?“, měli bychom mu, dle našeho názoru, odpovědět „Ve srovnávací právní vědě je třeba klást větší důraz na srovnávání než na právo.“ Důvod je ten, že srovnávání je to, co zprostředkovává vztah mezi srovnávací právní vědou a právem. Bez něho je vztah mezi srovnávací právní vědou a právem bezprostřední a *žádný* rámec srovnávací právní vědy není možný.

Důvod, proč se ze srovnávací právní vědy vytrácí srovnávání, je dle našeho názoru nasnadě. To, co nás *všechny* zajímá, je právo. Některé zajímá v té obecné rovině, jiné zase v té zvláštní. Některé zajímá v té dějinné podobě, jiné zase v té soudobé. Ale *všechny* nás ve své podstatě zajímá jedno a to samé. Byť *naš* zájem o právo může být ryzí, ruku v ruce s ním jdou i důvody světské povahy. S ohledem na *naše* znalosti je pro nás mnohem snazší hovořit o tom, co

¹⁷ LEGRAND, Pierre. *European Legal Systems Are Not Converging*. Viz pozn. 14, s. 61-62.

je právo, nežli hovořit o tom, co je srovnávání. S ohledem na *naše* znalosti je pro nás mnohem snazší poslouchat, když někdo hovoří o tom, co je právo, nežli poslouchat, jak někdo zrovna hovoří o tom, co je srovnávání.

Tato práce není o právu. Právo není klíčovým slovem této práce. To je dáno tím, co je námětem této práce. Větší, než očekávaný úklon od práva, a příklon ke srovnávání, je v této práci zaviněn všeobecnou nejistotou ohledně toho, co je srovnávání. Matthias Reimann píše: „Tou nejostudnější teoretickou slabostí [rozuměj: srovnávací právní vědy] je trvajícím nedostatek porozumění tomu, co to znamená srovnávat.“¹⁸ Jistota ohledně toho, co je srovnávání, či alespoň částečná jistota ohledně této záležitosti, je podmínkou rozumného rozvoje srovnávací právní vědy. Koen Lemmens se takto ptá: „Pokud připustíme, že dřívější právněsrovnávací výzkumy nejsou zbaveny své relevance a podaly přijatelné, pokud ne rovnou dobré výsledky, jak vysvětlíme tyto výsledky, jestliže panují pochybnosti o samotné metodologii?“¹⁹

Abychom zajistili alespoň částečnou jistotu ohledně toho, co je srovnávání, museli jsme ustoupit do oblasti každodenní zkušenosti. Některé příklady, které v této práci uvádíme, jsou tak zcela neprávní, to však neznamená, že myšlenka, kterou takové příklady dokreslují, neplatí i pro srovnávání prováděné v právním životě právnické obce – a naopak

Byť v této práci na úkor práva převládá srovnávání, sklon této práce nesmíme zaměňovat s tím, co bychom měli očekávat od srovnávací právní vědy – ze srovnávací právní vědy se nesmí vytratit ani jedno, ani druhé.

Pro úplnost dodejme, že srovnávání je obecná právnická dovednost, jejíž využitelnost značně přesahuje rámec srovnávací právní vědy: srovnávání je nejen předpokladem *principu de similibus idem est iudicandum* a *principu non bis in idem*, ale také základem *argumentu per analogiam legis* a *argumentu a simili*.

¹⁸ REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. Viz pozn. 4, s. 686. Původní znění: „The most embarrassing theoretical weakness is the continuing lack of an understanding of what it really means to compare.“

¹⁹ LEMMENS, Koen. *Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship*. In: ADAMS, Maurice and JACCO BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 303. Původní znění: „If we accept that past comparative research is not completely devoid of relevance and has produced acceptable if not good results, how can we explain these results given the doubts about the very methodology.“

1 Pracovní pojetí srovnávací právní vědy

Předmět srovnávací právní vědy. Předmětem srovnávací právní vědy je srovnávání právních předmětů, především pak právních řádů (či systémů) a jejich součástí. Avšak tyto předměty, samy o sobě, nejsou předmětem srovnávací právní vědy.²⁰ A to je pro srovnávací právní vědu vskutku podstatné. Srovnávací právní věda o žádném jiném předmětu, s výjimkou srovnávání právních předmětů, neutváří ucelenou a uspořádanou soustavu poznatků. Uveďme příklad.

Ústavněprávní vědec se rozhodne provést srovnávání ústavního pořádku účinného k dnešnímu dni na území vybraných jihoamerických zemí. Co je na takovémto srovnávání předmětem srovnávací ústavněprávní vědy? Předmětem srovnávací ústavněprávní vědy je samo *toto* srovnávání. Předmětem srovnávací ústavněprávní vědy nejsou srovnávané ústavněprávní předměty, ani další, na ně navazující předměty ústavněprávní vědy. Předmětem srovnávací ústavněprávní vědy není pojem ústavního pořádku. Předmětem srovnávací ústavněprávní vědy není pojem ústavního pořádku omezený časoprostorovým určením na území jihoamerických zemí k dnešnímu dni. Předmětem srovnávací ústavněprávní vědy nejsou ani možné případy tohoto pojmu: ústavní pořádek účinný k dnešnímu dni na území zvaném Venezuela; ústavní pořádek účinný k dnešnímu dni na území zvaném Argentina; ústavní pořádek účinný k dnešnímu dni na území zvaném Kolumbie atd. To všechno je předmětem ústavněprávní vědy, a ne srovnávací ústavněprávní vědy. Předmětem srovnávací ústavněprávní vědy – pokud má vůbec smysl hovořit o něčem takovém, jako je srovnávací ústavněprávní věda – je srovnávání ústavněprávních předmětů, či lépe a přesněji, okolnosti, které jsou příslovečné pro srovnávání předmětů ústavněprávní vědy.

Cíl srovnávací právní vědy. Srovnávání právních předmětů je způsobem poznávání právních předmětů. Srovnávání právních předmětů je účelová činnost. Srovnávání právních předmětů je činnost prováděná za účelem poznání právních předmětů. A srovnávací právní věda je oborem právní vědy, který se touto činností, jakožto svým předmětem, soustavně, uvědoměle a cílevědomě zabývá.

²⁰ Viz např. (A) KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, no. 3, 1974, pp. 486-487; nebo (B) GUTTERIDGE, Harold C. *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge: Cambridge University Press, 1946, p. 1.

Cílem srovnávací právní vědy je – v tom nejširším chápání – zdokonalit provádění srovnávání právních předmětů. Zdokonalujeme-li určitou činnost, zdokonalujeme ji ve vztahu k účelu, za kterým ji provádíme. V našem případě ve vztahu k poznání. Cílem srovnávací právní vědy je tak zdokonalit srovnávání právních předmětů natolik, aby mohlo být považováno za důvěryhodný způsob poznávání právních předmětů. Cílem srovnávací právní vědy je učinit ze srovnávání právních předmětů činnost, která bude dostupná, srozumitelná, rozložitelná a přenositelná. Cílem srovnávací právní vědy je zajistit, aby poznatky nabyté srovnáváním právních předmětů byly seznatelné, přezkoumatelné a vyvratitelné.

Důvod srovnávací právní vědy. Ptáme-li se „Proč by v právní vědě mělo být *něco*, jako je srovnávací právní věda?“, neptáme se po cíli srovnávací právní vědy, ale po důvodu srovnávací právní vědy: cíl srovnávací právní vědy bytí srovnávací právní vědy neodůvodňuje.

Důvodem vzniku a trvání srovnávací právní vědy je stále větší množství případů srovnávání právních předmětů a rozpoznaná užitečnost srovnávání právních předmětů na straně jedné, jakost daného množství případů srovnávání právních předmětů a rozpoznaná složitost srovnávání právních předmětů na straně druhé.

Toto odůvodnění bytí srovnávací právní vědy nazýváme pragmatickou explanací srovnávací právní vědy.

Způsob srovnávací právní vědy. Srovnávací právní věda je obor složený. Srovnávací právní věda se skládá ze dvou vzájemně podmíněných složek: deskriptivní a preskriptivní. Hlavním výstupem z deskriptivní složky srovnávací právní vědy je ucelená soustava poznatků o srovnávání právních předmětů. Hlavním výstupem z preskriptivní složky srovnávací právní vědy je ucelená soustava vzorových postupů pro provádění srovnávání právních předmětů. Hlavní výstup z preskriptivní složky srovnávací právní vědy je konečným prostředkem, jehož prostřednictvím dosahuje srovnávací právní věda svého cíle. Avšak úspěšnost tohoto konečného prostředku srovnávací právní vědy, kromě jiného, přímo závisí na úplnosti a přesvědčivosti hlavního výstupu z deskriptivní složky srovnávací právní vědy. Jakkoliv je tedy hlavní výstup preskriptivní složky srovnávací právní vědy chloubou srovnávací právní vědy, bez vytrvalého rozvoje deskriptivní složky v něm není možné najít žádnou útěchu.

V soudobé srovnávací právní vědě se někdy můžeme setkat s názorem, že srovnávací právní věda není vědním oborem složeným, ale deskriptivním, který *cilevědomě* nemění vlastní předmět poznání. Tento názor je skryt v myšlenkovém obratu, který tvrdí, že preskripce ve

srovnávací právní vědě není možná, a pokud je možná, pak není vhodná.²¹ Tento ale názor nesdílíme.

Tento názor nesdílíme v první řadě z toho důvodu, že máme dojem, pokud by srovnávací právní věda nebyla oborem takto složeným, výrazně by se tím snížila *naše* potřeba *za* srovnávací právní vědou. Srovnávací právní věda není ani psychologická, ani filologická disciplína, aby se zabývala výhradně poznáváním určité lidské činnosti (srovnávání právních předmětů), jejím popisem, a popisem právněsrovnávacích děl.

V druhé řadě daný názor nesdílíme proto, že je zřejmé, že i přes tento názor je toho v soudobé srovnávací právní vědě mnoho čistě preskriptivního, jak ostatně také jasně vyplývá z dílů 2, 3, a 4 této práce. To patrně souvisí s tím, že je-li předmětem určitého oboru, tak jako je srovnávací právní vědy, uvědomělá lidská činnost, je velmi těžké, ne-li docela nemožné, vyvarovat se v rámci daného oboru svébytnému vzniku preskriptivní složky.

Tou nejzávažnější námitkou proti preskriptivní složce srovnávací právní vědy je námitka vědecké tvořivosti. Prostě řečeno, s rozvojem kterékoliv vědy, včetně té právní, je nedílně spjata určitá míra tvořivosti ve způsobu, kterým poznáváme vlastní předmět poznání. To je dáno tím, že změna ve způsobu poznávání – např. v právní vědě přechod z nomologického do sociologického paradigmatu – nám může o daném předmětu poznání nabídnout celé jedno bohatství nových a dosud neslýchaných poznatků. Souvisí to ale také s tím, co tvrdí Edmund Husserl, když píše: „Pravá metoda [rozuměj: způsob poznávání] následuje přirozenost záležitostí, které je potřeba probádat, nikoliv naše předsudky nebo vzory.“²² Jde tedy o to, že postup srovnávání právních předmětů se přizpůsobuje tomu – dotváří se podle toho – *co* a *proč* právě srovnáváme. Lze si tudíž jen obtížně představit *jeden* vzorový postup srovnávání právních předmětů, který by ve *všem* odpovídal jak srovnávání domorodého práva afrických kmenů, tak srovnávání práva starověkých řeckých obcí, tak i srovnávání práva soudobých evropských států.

Třebaže si lze jen obtížně představit právě *jeden* vzorový postup srovnávání právních předmětů, lze si poměrně snadno představit ucelenou soustavu vzorových postupů srovnávání právních předmětů. Jedná se však zatím jen o představu. Vernon Valentin Palmer hovoří o škále vzorových postupů srovnávání právních předmětů, která by odpovídala potřebám a možnostem

²¹ Viz např. (A) REITZ, John C. *How to Do Comparative Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 4, 1998, p. 617; (B) HUSA, Jaako. *Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility*. In: *Reveu international de droit compare*, vol. 58, no. 4, 2006, p. 1117; KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 510.

²² HUSSERL, Edmund. *Filosofie jako přísná věda*. Praha: TOGGA, 2013, s. 30.

toho kterého výzkumníka.²³ Koen Lemmens hovoří o kontinuu vzorových postupů srovnávání právních předmětů: od těch nejjednodušších, vzdělávacích, až po ty nejsložitější, výzkumné.²⁴

Námítka vědecké tvořivosti však ob stojí i proti takto jemně rozlišené soustavě vzorových postupů srovnávání právních předmětů. Námítka vědecké tvořivosti totiž ob stojí proti každému vzorovému postupu vědecké práce. Kvůli tomu však nemusíme hned rušit veškerá pravidla vědecké práce. Navíc, je třeba se zamyslet nad tím, zda vzorový postup vědecké práce není základním předpokladem vědecké tvořivosti. Vzorového postupu srovnávání právních předmětů lze při provádění srovnávání právních předmětů užít nejméně dvěma způsoby. Prvním způsobem je způsob, který nás jistě napadá, a to podle takového vzorového postupu při provádění srovnávání právních předmětů postupovat. Druhým – tím podstatným – způsobem užití vzorového postupu srovnávání právních předmětů při provádění srovnávání právních předmětů je způsob, který je opakem toho předešlého: vzorový postup srovnávání právních předmětů nám totiž umožňuje od něho při provádění srovnávání právních předmětů řízeně odpadat, a tak i samu možnost vědecké tvořivosti řádně uskutečňovat.

Závěr. Z předchozích oddělení snad jasně vyplynulo, že srovnávací právní věda a srovnávání právních předmětů jsou dvě odlišné činnosti. Přestože jsou obě tyto činnosti prováděny za účelem poznání, každá z nich je prováděna za účelem poznání *něčeho* jiného. Zatímco srovnávací právní věda je prováděna za účelem poznání srovnávání právních předmětů, srovnávání právních předmětů je prováděno za účelem poznání právních předmětů. To ale není všechno, v čem se tyto dvě činnosti liší. Zatímco srovnávací právní věda dosahuje svého účelu *všemi* odpovídajícími způsoby poznávání, a to včetně srovnávání, srovnávání právních předmětů *je* způsobem poznávání prováděným v právním životě právnické obce. Srovnávací právní věda a srovnávání právních předmětů jsou tak dvě činnosti, které se liší nejen tím, čeho se týkají, ale také tím, jak se toho týkají.

Liší se však i v mnoha dalších ohledech. Bez ohledu na ně, již teď musí být jasné, že srovnávací právní věda a srovnávání právních předmětů jsou dvě činnosti, které není možné ztotožňovat a jejich názvy svéhlavě zaměňovat.

To, že se jedná o dvě odlišné činnosti, ale ještě neznamená, že mezi nimi není žádná vnitřní vazba. Případ srovnávání právních předmětů – jednotlivina – je vstupem do deskriptivní složky

²³ PALMER, Vernon V. *From Lertholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*. In: American Philosophical Quarterly, vol. 53, no. 1, 2005, p. 290.

²⁴ LEMMENS, Koen. *Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship*. Viz pozn. 19, s. 304.

srovnávací právní vědy, a také tím, na co výstup preskriptivní složky srovnávací právní vědy dopadá. Pro tuto vazbu je však nesmírně důležité to, že ji nelze jen tak předpokládat, ale je nutné ji neustále připomínat, vyžadovat a vlastní vůlí uskutečňovat.

2 Stavba srovnávání

Srovnávání je způsobem poznávání. Srovnávání je účelová činnost. Srovnávání je činnost prováděná za účelem poznání srovnávaných předmětů. Z toho důvodu musíme přísně rozlišovat mezi srovnáváním a větou, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, např. větou „Pavel je vyšší než Karel.“ Tuto větu budeme považovat za výsledek srovnávání, či lépe a přesněji, za zobrazení výsledku srovnávání.

Srovnávání se, dle našeho názoru, skládá ze čtyř stavebních prvků. Těmito prvky jsou: pojem srovnávaných předmětů, srovnávací veličina a dva srovnávané předměty.

Vezměme na vědomí následující skutečnost. To, z čeho se srovnávání skládá, má zásadní dopad na to, co je případ srovnávání. Potíže nám činí zejména počet srovnávaných předmětů. Víme totiž, že pro to, abychom mohli srovnávání provést, musíme mít *před sebou* nejméně předměty dva. Avšak často se setkáváme s tím, že provádíme srovnávání více než dvou předmětů, či alespoň s tím, že říkáme, že provádíme srovnávání více než dvou předmětů. To je ostatně již předpovězeno v pojmu srovnávaných předmětů. Je-li totiž pojmem srovnávaných předmětů např. právní úprava koupě, pak mohou být srovnávanými předměty *všechny* právní úpravy koupě. Byť i nadále – ze zvyku – budeme hovořit o srovnávání jako o srovnávání dvou a více předmětů, níže naznačíme a poté v oddílu 4.3 této práce vysvětlíme, proč je vhodné hovořit o srovnávání pouze jako o srovnávání dvou předmětů – veskrze to však souvisí s tím, že srovnávání dvou předmětů je dále nedělitelné, nejmenší možné, a tak i nejvíce srozumitelné.

Stejně tak, jako musíme rozlišovat mezi srovnáváním a větou, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, musíme také rozlišovat mezi slovesnou naukou o těchto větách a srovnávací právní vědou. Bohužel, z této slovesné nauky, podle všeho, srovnávací právní věda převzala své názvosloví pro stavbu srovnávání. Bohužel proto, že nauka o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, užívá tohoto *svého* názvosloví pro stavbu vět, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, zatímco srovnávací právní věda užívá tohoto *jejího* názvosloví pro stavbu srovnávání. V důsledku toho došlo ve srovnávací právní vědě, dle našeho názoru, k opomenutí jednoho ze základních stavebních prvků každého srovnávání, a to srovnávací veličiny.

Dotčené názvosloví zní: tertium comparationis, (primum) comparandum a (secundum) comparatum.²⁵

2.1 Comparandum a comparatum: dva srovnávané předměty

Názvy comparandum a comparatum znamenají dva srovnávané předměty. Přesněji řečeno, dané názvy znamenají umístění srovnávaných předmětů ve stavbě výsledku srovnávání, a tudíž i ve stavbě srovnávání, či ještě lépe a přesněji, znamenají směr srovnávání.

Název comparandum znamená srovnávaný předmět, který – podle obecně zavedeného a uznávaného vzoru – stojí ve stavbě výsledku srovnávání na místě gramatického subjektu, tak jako na místě gramatického subjektu stojí např. definiendum nebo explanandum. Název comparandum tak znamená *to, o co nám určitým způsobem jde* – to, co se srovnává.

Název comparatum, na druhou stranu, znamená srovnávaný předmět, který stojí ve stavbě výsledku srovnávání na místě gramatického predikátu – tedy toho, s čím se comparandum srovnává. Uveďme příklad.

Cílem srovnávání je rozhodnout, zda právní úprava X, tj. *comparandum*, je pro právní řád X+ původní, nebo není. Platí, že právní úprava je pro právní řád původní tehdy, není-li podobná žádné jiné právní úpravě, a také tehdy, je-li sice podobná jiné právní úpravě, ale není ze žádného jiného právního řádu převzata. Výsledkem takového srovnávání poté může být:

- Právní úprava X není podobná právní úpravě B.
- Právní úprava X není podobná právní úpravě C.
- Právní úprava X není podobná právní úpravě D.
- Právní úprava X není podobná právní úpravě E.
- A tak dále.

V soudobé srovnávací právní vědě se tvrdí, že pod názvem comparatum může stát i více srovnávaných předmětů. Tím se vracíme k otázce počtu srovnávaných předmětů ve stavbě srovnávání. Dle našeho názoru by bylo vhodné považovat větu „Právní úprava X není podobná právní úpravě B, C, D, E.“ za zobrazení hned čtyř výsledků srovnávání. Jinak se totiž utváří klamná představa o postupu srovnávání.

²⁵ Srov. (A) HRABÁK, Josef. *Poetika*. Praha: Československý spisovatel, 1977, s. 135; a KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 3.

Dále se v soudobé srovnávací právní vědě tvrdí, že srovnávaný předmět, který jednou stál pod názvem *comparandum*, podruhé zas může stát pod názvem *comparatum*. To je nepochybně pravda. Měli bychom však dodržovat námi zadaný *směr srovnávání*. Přestože věta „Pavel je vyšší než Karel.“ znamená totéž, co věta „Karel je nižší než Pavel.“, každá z těchto vět má s ohledem na směr srovnávání odlišný smysl.

Chtěli bychom také upozornit na to, že se v soudobé srovnávací právní vědě oba názvy, názvy *comparandum* a *comparatum*, užívají právě naopak. Viktor Knapp píše: „... jednomu se říká *comparatum*, tj. to, co se srovnává, a druhému se říká *comparandum*, tj. to, co má být s prvním srovnáváno. Pojmy *comparatum* a *comparandum* jsou zaměnitelné... *Comparatum* je zpravidla jediné. *Comparandum* se může skládat z prvků víc.“²⁶

V zásadě, co *právě* znamená *comparandum*, a co *comparatum*, je docela jedno – v jazyce se můžeme téměř na čemkoliv domluvit. S klidem proto můžeme přistoupit i na onen opačný způsob užití těchto názvů. Pro jeden z těchto způsobů bychom se však rozhodnout měli. Jakkoliv dále v této práci tyto názvy užívat nebudeme, proč je důležité znát směr srovnávání, naznačíme níže a vysvětlíme blíže v oddílu 4.3 této práce.

Namísto názvů *comparandum* a *comparatum* můžeme také užívat názvů, které pro vyjádření směru srovnávání obvykle užívá logika²⁷ a kognitivní lingvistika²⁸: cílová doména [target domain] a zdrojová doména [source domain]. Uvedme příklad.

Nechť je výsledkem srovnávání „Právní úpravy umělého přerušení těhotenství X a Y jsou totožné.“ Poté závěrem takového srovnávání může být např. věta „*Usuzujeme* na to, že právní úprava umělého přerušení těhotenství X byla přijata s úmyslem snížit porodnost ve společnosti X+, protože o právní úpravě umělého přerušení těhotenství Y *víme*, že byla přijata s úmyslem snížit porodnost ve společnosti Y+.“

Pokud bychom měli daný příklad rozložit, pak o právní úpravě umělého přerušení těhotenství X říkáme, že je cílovou doménou, tzn. *comparandum*, zatímco o právní úpravě umělého přerušení těhotenství Y říkáme, že je zdrojovou doménou, tzn. *comparatum*. Název zdrojová doména znamená srovnávaný předmět, o kterém *něco* víme. Název cílová doména poté

²⁶ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 3.

²⁷ Viz např. COPI, Irving M. et alia. *Introduction to Logic*. 12th ed. New Jersey: Pearson Education, Inc., 2002, p. 357. ISBN: 978-0-13-033735-1.

²⁸ Viz např. LAKOFF, George and Mark JOHNSON. *Metaphors We Live By*. Chicago: University of Chicago Press, 1980, p. 253. ISBN: 978-0-226-46801-3.

znamená srovnávaný předmět, o kterém *něco* nevíme, a na to, *co o něm nevíme*, můžeme ze znalosti obou srovnávaných předmětů oprávněně usuzovat.

Odhlédneme-li od názvosloví potřebného pro vyjádření směru srovnávání, pro srovnávaný předmět, obzvláště pak v komparativní politologii, se též užívá názvu případ²⁹ [case] nebo názvu instance³⁰. Proč se pro srovnávaný předmět též užívá těchto dvou názvů, vyplyne z následujícího oddílu této práce.

2.2 Tertium comparationis: pojem srovnávaných předmětů a srovnávací veličina

Tímto se dostáváme se k tomu, co znamená třetí z názvů dotčeného názvosloví, a to název tertium comparationis. Dle slovesné nauky o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, název tertium comparationis znamená to, co mají srovnávané předměty *společného* a co umožňuje jejich srovnávání. Dle slovesné nauky o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, by tak dle našeho názoru: ve větě „Pavel je krásnější než Karel.“ bylo tertium comparationis: *krása*; ve větě „Pavel je chudší než Karel.“ bylo tertium comparationis: *bohatství*; ve větě „Pavel je vyšší než Karel.“ bylo tertium comparationis: *výška*; ve větě „Petřínská rozhledna je vyšší než Karel.“ bylo tertium comparationis: *výška*; ve větě „Sněžka je vyšší než Petřínská rozhledna.“ bylo tertium comparationis: *výška*.

Ve slovesné nauce o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, tak název tertium comparationis znamená to, co mají srovnávané předměty společného a co umožňuje jejich srovnávání. A totéž název tertium comparationis znamená ve srovnávací právní vědě. Julie De Coninck např. píše: „Odtud, existence jednoho nebo více společných jmenovatelů neboli *tertia comparationis* je tím, co zajišťuje srovnatelnost předmětů, které mají být srovnávány: předměty jsou srovnatelné ve vztahu k atributům, které mají společné.“³¹

To, co mají srovnávané předměty společného a co umožňuje jejich srovnávání, budeme v této práci, v návaznosti na Viktora Knappa, nazývat pojmem srovnávaných předmětů. Viktor

²⁹ ŘÍHOVÁ, Blanka. *Komparativní metoda v politologii*. In: DVOŘÁKOVÁ, Vladimíra a kol. *Komparace politických systémů I*. Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze, Nakladatelství Oeconomica, 2003, s. 7.

³⁰ MILL, John Stuart. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive: Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*. London: John W. Parker, 1843. 1204 p.

³¹ CONINCK, Julie de. *The Functional Method of Comparative Law: 'Quo Vadis'?* In: *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 74, no. 2, 2010, p. 324. Původní znění: „Hence, the existence of one or more common denominators or *tertia comparationis* is said to warrant the comparability of the items to be compared: they are comparable in regard to the attribute they have in common.“

Knapp píše: „Nikoho nenapadne za tertium comparationis ve srovnávací právní vědě [rozuměj: při srovnávání právních předmětů] zvolit pojem „něco“. Mnoho lidí ale napadne zvolit za tertium comparationis např. pojem „smlouva“ ...“³²

Jelikož je nauka o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, slovesnou naukou o větách, a *ničím* jiném, nejen s ohledem na stavbu srovnávání, ale i s ohledem na stavbu výsledku srovnávání, není její názvosloví úplné. Tato slovesná nauka, kromě jiného, dle našeho názoru nemá název pro jeden ze stavebních prvků každého srovnávání: srovnávací veličinu. A jelikož toto její názvosloví srovnávací právní věda bez dalšího převzala, srovnávací právní věda, na rozdíl od ní, tento základní stavební prvek srovnávání postrádá.

Klíčová potíž je ta – dle našeho názoru – že srovnávací právní věda srovnávací veličinu přísně vzato nepostrádá. Vysvětleme.

Jak obvykle začíná postup srovnávání právních předmětů? Postup srovnávání právních předmětů obvykle začíná větou „Budeme srovnávat [např.] francouzskou, slovenskou a českou právní úpravu letecké dopravy.“ Rozložíme-li danou větu, zjistíme, že se skládá z pojmu srovnávaných (právních) předmětů, tj. pojmu právní úpravy letecké dopravy, a výčtu *případů* tohoto pojmu, tj. vybraných srovnávaných (právních) předmětů, např. francouzské, slovenské a české právní úpravy letecké dopravy.

Ona klíčová potíž spočívá v tom, že máte-li tři názvy, o kterých jste přesvědčeni, že znamenají tři stavební prvky každého srovnávání, a máte-li *před sebou* tři skutečnosti, které těmto třem názvům odpovídají, jednoduše další skutečnosti nehledáte, protože žádné *další* stavební prvky srovnávání nepostrádáte. V důsledku toho, dle našeho názoru, zůstal jeden ze základních stavebních prvků srovnávání stran zájmu srovnávací právní vědy. A tímto stavebním prvkem je právě ona srovnávací veličina.

Popravdě řečeno, není tomu tak, že by si srovnávací právní věda nebyla srovnávací veličiny vědoma, srovnávací veličina se v ní však zpravidla rozumí sama sebou. V lepším případě je jí věnována zmínka nebo poznámka pod čarou. Ze všech děl, která jsme o srovnávací právní vědě četli, jen Viktor Knapp věnuje otázce srovnávací veličiny samostatnou, byť nijak rozsáhlou kapitolu³³.

Co je srovnávací veličina? Srovnávací veličina není nic jiného, než to, *pod* čím předměty srovnáváme. Srovnávací veličina není totéž, co pojem srovnávaných předmětů, třebaže je k pojmu

³² KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 39.

³³ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 4-5.

srovnávaných předmětů na těsno přiložena. Vraťme se na chvíli k tomu, o čem jsme řekli, že je pojmem srovnávaných předmětů.

Řekli jsme, že pro nauku o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, je ve větě „Pavel je vyšší než Karel.“ pojmem srovnávaných předmětů: *výška*. Jenže Viktor Knapp říká, že pojmem srovnávaných předmětů je např.: *smlouva*. Všimněme si toho drobného, zato vskutku příznačného rozdílu. Nauka o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, označuje pojmem srovnávaných předmětů: *pojmem*, který znamená *vlastnost*. Srovnávací právní věda označuje pojmem srovnávaných předmětů: *pojmem*, který znamená *předmět*. Dle našeho názoru je to dáno tím, že slovesná nauka o větách, ve kterých se něco s něčím v něčem srovnává, nahlíží srovnávání zezadu, od tzv. výsledku srovnávání, zatímco srovnávací právní věda nahlíží srovnávání zepředu, jak jsme naznačili v předchozím oddělení, když jsme se ptali „Jak obvykle začíná postup srovnávání právních předmětů?“ Nejedná se o rozpor, byť se nám nepodařilo obě hlediska sladit. Potíž je ta, že na podkladě určitého výsledku srovnávání, např. věty „Pavel je vyšší než Karel.“, nejsme schopni určit, zda je pojmem srovnávaných předmětů *pojmem*, který znamená *vlastnost* (výška), nebo *pojmem*, v němž je sice taková *vlastnost* obsažena, ale znamená *předmět* (např. člověk).

Pojmu srovnávaných předmětů rozumíme jako souboru vlastností, které určitý předmět musí mít, aby mohl být srovnávaným předmětem. Pojmu srovnávaných předmětů tudíž rozumíme jako souboru podmínek, které určitý předmět musí splňovat, aby mohl být srovnáván. Výška tak může být pojmem srovnávaných předmětů. Je-li pojmem srovnávaných předmětů výška, mohou být srovnávanými předměty *všechny* předměty, pro které je výška vlastností. Mezi předměty, pro které je výška vlastností, jistě také náleží *všichni* lidé. Výška je vlastností člověka. Odtud ona v předchozím odstavci naznačená potíž.

Ve srovnávací právní vědě můžeme celé této záležitosti alespoň částečně uniknout tak, že řekneme, že to, co je pojmem srovnávaných právních předmětů, musí být vysloveno na samém začátku vlastního srovnávání právních předmětů. Přičemž zpravidla bude vysloven takový pojem srovnávaných právních předmětů, který znamená (*právní*) *předmět*.

Ale k tomu, abychom mohli provést srovnávání, nám vyslovení *takového* pojmu srovnávaných předmětů nestačí. Je-li pojmem srovnávaných předmětů pojem soudního řízení, pak dvě soudní řízení můžeme srovnávat podle věci, podle počtu účastníků, podle počtu jednání, podle délky řízení, podle nákladů řízení atd. To všechno jsou *vlastnosti*, které jsou před-obsaženy v *pojmu* soudního řízení. Pro srovnávání však volíme jen některé z vlastností před-obsažených v *pojmu* srovnávaných předmětů, např. délku řízení. Vlastnost, kterou jsme pro dané srovnávání zvolili, poté nazýváme rozhodnou vlastností. Rozhodná vlastnost je to, co *zádnlivě* stojí ve

výsledku srovnávání mezi srovnávanými předměty. Mohlo by se zdát, že to, co stojí ve výsledku srovnávání mezi srovnávanými předměty, např. ve větě „Soudní řízení X trvalo déle než soudní řízení Y.“, je *určitá* hodnota rozhodné vlastnosti. O *určité* hodnotě rozhodné vlastnosti srovnávaného předmětu však vypovídá věta „Soudní řízení X trvalo deset měsíců.“ To, co stojí ve výsledku srovnávání mezi srovnávanými předměty, nazýváme dále v této práci *určitou* mírou srovnávací veličiny.

Srovnávací veličina je soustava pravidel, která nám na základě hodnoty zvolené rozhodné vlastnosti srovnávaných předmětů umožňuje určit míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty, tzn. dospět k výsledku srovnávání.

V této práci budeme rozlišovat mezi dvěma srovnávacími veličinami: mezi ordinální a kardinální srovnávací veličinou. O ordinální srovnávací veličině budeme hovořit ve chvíli, kdy je určitá míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty vyjádřena prostřednictvím některého z názvů znamenajících: více, méně a/nebo rovno. O kardinální srovnávací veličině budeme hovořit ve chvíli, kdy je určitá míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty vyjádřena prostřednictvím některého z názvů znamenajících: odlišnost, podobnost nebo totožnost.

O srovnávací veličině více povíme v pododdílu 4.1.2 této práce, kdy se budeme věnovat jejímu stanovení. Do té doby, pro zjednodušení, budeme srovnávání prováděné pod ordinální srovnávací veličinou nazývat ordinálním a srovnávání prováděné pod kardinální srovnávací veličinou zase kardinálním.

V soudobé srovnávací právní věda se o srovnávání právních předmětů tvrdí, že jeho podstata spočívá v měření³⁴, určování³⁵ nebo zjišťování³⁶ odlišností a podobností mezi srovnávanými právními předměty. Z tohoto tvrzení však není možné usuzovat na to, že v soudobé srovnávací právní vědě bývá za srovnávání právních předmětů považováno jen srovnávání kardinální. Třebaže se v soudobé srovnávací právní vědě o ordinálním srovnávání výslovně nemluví, jeho podstata bývá velmi často skloňována, a to obzvláště v souvislosti se srovnáváním právních předmětů prováděným za cílem tvorby práva.

Zákonodárce se při srovnávání právních úprav nestará o to, zda jsou jím srovnávané právní úpravy odlišné nebo podobné, ale o to, která z jím srovnávaných právních úprav nabízí lepší řešení

³⁴ TRENTO MANIFESTO. Second thesis. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 39, no. 1, 1991, p. 26.

³⁵ Viz např. (A) BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2013. p. 5; KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 6A, s. 512; nebo REITZ, John C. *How to Do Comparative Law*. Viz pozn. 21A, p. 620.

³⁶ SCHLESINGER, Rudolf B. *The Past and Future of Comparative Law*. In: The American Journal of Comparative Law, vol. 43, no. 3, 1995, p. 477.

dotčené záležitosti. Je však třeba upozornit na to, že ani zákonodárce se při provádění takového srovnávání právních předmětů bez jistého kardinálního srovnávání zcela neobejde, neboť skvělost právní úpravy je povyšována nebo ponížována právě v závislosti na odlišnosti nebo podobnosti mezi okolnostmi, na kterých skvělost právní úpravy závisí, např. mezi stavem společnosti, pro níž je srovnávaná právní úprava účinná, a stavem společnosti, do níž má být daná právní úprava případně převzata.

V úvodu do tohoto dílu jsme naznačili důležitost druhu a počtu základních stavebních prvků každého srovnávání pro určení toho, co je případem srovnávání, a co jím není.

Ponechme stranou otázku, zda když hovoříme o srovnávání české, ruské a dánské právní úpravy koupě, hovoříme o jednom, dvou nebo třech případech srovnávání. Jistě však rozumíme tomu, že když hovoříme o srovnávání právní úpravy koupě a o srovnávání právní úpravy manželství, hovoříme o dvou případech srovnávání. Jelikož je dle našeho názoru srovnávací veličina stavebním prvkem každého srovnávání, nemůže být *jeden* případ srovnávání o *dvou* srovnávacích veličinách, stejně jako nemůže být *jeden* případ srovnávání právě o *dvou* pojmech srovnávaných předmětů. To má poté dopad na to, jak rozumíme postupu srovnávání. Na rozdíl od Michaela Bogdana tak např. nechápeme ordinální srovnávání jako možnost, která se nabízí po provedení kardinálního srovnávání³⁷, ale jako možnost, která stojí vedle kardinálního srovnávání a kterou je možné uskutečnit nezávisle na tom, zda jsme provedli kardinální srovnávání nebo nikoliv.

2.3 Dodatek ke stavbě srovnávání: srovnatelnost předmětů

Název srovnatelnost znamená dvě různé skutečnosti. V prvním případě znamená název srovnatelnost míru kardinální srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty. Takto užívá názvu srovnatelnost např. zákonodárce, když v § 690 občanského zákoníku³⁸, říká: „Každý z manželů přispívá na potřeby života rodiny a potřeby rodinné domácnosti podle svých osobních a majetkových poměrů, schopností a možností tak, aby životní úroveň všech členů rodiny byla zásadně srovnatelná.“ V druhém případě znamená název srovnatelnost jednu ze základních otázek srovnávací právní vědy, a to otázku po samé možnosti srovnávání. A tímto druhým případem užití názvu srovnatelnost se budeme v tomto dodatku zabývat.

³⁷ BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A, s. 63.

³⁸ Viz pozn. 13.

Otázka srovnatelnosti bývá ve srovnávací právní vědě srozumitelně řazena k nauce o tertium comparationis, tj. k nauce o pojmu srovnávaných předmětů.³⁹ Byť je nauka o pojmu srovnávaných předmětů nedílnou součástí odpovědi na otázku srovnatelnosti, nauka o pojmu srovnávaných předmětů nám k řádnému zodpovězení této otázky nestačí. Důvod, proč je nauka o pojmu srovnávaných předmětů nedílnou součástí odpovědi na otázku srovnatelnosti, je ten, že pojem srovnávaných předmětů je tím, co mají srovnávané předměty společného a co umožňuje jejich srovnávání. Odtud je poté jen krůček k zásadě srovnatelnosti, která dle našeho názoru zní takto: „Není možné srovnávat to, co nespadá do rozsahu téhož pojmu srovnávaných předmětů.“

Působení zásady srovnatelnosti. Necht' je pojmem srovnávaných předmětů *hmotnost*. Je-li pojmem srovnávaných předmětů *hmotnost*, pak to skrze zásadu srovnatelnosti znamená, že budeme srovnávat všechny předměty, které mají hmotnost jako svojí vlastnost. Jinak řečeno, je-li *hmotnost* pojmem srovnávaných předmětů, pak to skrze zásadu srovnatelnosti znamená, že „mít hmotnost“ je obsahem pojmu srovnávaných předmětů – tzn. podmínkou, kterou musí určitý předmět splňovat, aby vůbec mohl být srovnáván – zatímco rozsahem tohoto pojmu jsou *všechny* předměty, které mají hmotnost jako svojí vlastnost – tzn. podmínku, která je obsahem pojmu srovnávaných předmětů, splňují. Je-li pojmem srovnávaných předmětů *hmotnost*, pak to skrze zásadu srovnatelnosti znamená, že jedním ze srovnávaných předmětů není právní řád České republiky. Proč? Protože právní řád České republiky nemá hmotnost jako svojí vlastnost, a tak nesplňuje podmínku, která je obsahem pojmu srovnávaných předmětů. V důsledku toho právní řád České republiky do daného srovnávání vůbec nevstoupí. Je proto ryze nesmyslné tvrdit, že právní řád České republiky je na základě toho, že nemá hmotnost, lehčí než Slunce.

Srovnatelnost a stupňování míry srovnávací veličiny. Dle našeho chápání je pojmem srovnávaných předmětů *ten* pojem, který je společný *všem* srovnávaným předmětům, což ostatně tvrdí i Viktor Knapp, když říká: „...*analýza* (comparatum a comparandum) ve vztahu k společnému obecnému pojmu, který je tertium comparationis.“⁴⁰

Srovnáváme-li tak právní řád České republiky a Slunce, pak pojmem srovnávaných předmětů může být v podstatě jen sám pojem předmětu. Dejme poté tomu, že vlastností každého předmětu, kromě jiného, je také jeho povaha: hmotná, nebo nehmotná. Právní řád České republiky

³⁹ Viz např. CONINCK, Julie de. *The Functional Method of Comparative Law: 'Quo Vadis'?* Viz pozn. 31, s. 323. BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A, s. 46; KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 5.

⁴⁰ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 33.

a Slunce se tak mohou lišit ve své povaze, nikoliv však ve své hmotnosti, protože *ta* není vlastností *všech* srovnávaných předmětů. To znamená, že v rámci srovnávání nesmíme srovnávaným předmětům připisovat vlastnosti, které mají mimo pojem srovnávaných předmětů, neboť to jsou vlastnosti, v nichž se srovnávané předměty lišit nemohou, protože jim nejsou společné.

Důležité je, že srovnáváme-li v pojmu *předmětu* právní řád Slovenské republiky a právní řád České republiky, pak jsou oba dva právní řády *totožné*, protože v daném pojmu mají právě tolik společných vlastností, kolik jich mají spolu se Sluncem, které do rozsahu *tohoto* pojmu taktéž spadá. Lidově řečeno, dvě ovce, černá a bílá, jsou v pojmu *ovce*, oproti sobě, odlišné, ale v pojmu *zvířete*, oproti štice, podobné. To znamená, že s tím, jak se postupně mění pojem srovnávaných předmětů, mění se i míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty.

Srovnatelnost a předběžná míra srovnávací veličiny. Viktor Knapp píše: „Srovnatelné je všechno se vším.“⁴¹ Obzvláště patrné je to v případě kardinálního srovnávání. Nesmíme se nechat zmást tím, že na světě můžeme nalézt dva takové předměty, které jsou natolik odlišné, např. duha a stolní tenis, až se nám může zdát, že je pod kardinální srovnávací veličinou nelze srovnávat. Proč se tím nesmíme nechat zmást? Protože právě věta „Předměty X a Y jsou odlišné.“ může být, a také velmi často bývá, výsledkem kardinálního srovnávání. Bylo by přeci přinejmenším podivné a zvláštní, kdybychom na světě mohli nalézt dva takové předměty, o nichž bychom nemohli říct ani to, že jsou od sebe odlišné.

Nesmíme tedy dospět k názoru, že dva předměty jsou nesrovnatelné, protože jsou právě odlišné. To, co chceme říct, výstižně píše Catherine Valcke: „Srovnávání je možné pouze mezi předměty, které jsou současně a bezrozporně: jedno a mnoho. Antinomie jednota/mnohost je také označována názvem stejnost/různost nebo totožnost/odlišnost... Antinomie totožnost/odlišnost je podle mě zavádějící. Zahrnuje jak jednotu, tak mnohost, prozrazuje toho však až příliš. Mnohost je nutná, odlišnost nikoliv: srovnávání může být provedeno, pokud je zde více předmětů, bez ohledu na to, zda se tyto předměty ve výsledku ukáží jako totožné nebo odlišné. Řečeno jinými slovy, totožnost a odlišnost je možným výsledkem, nikoliv předpokladem srovnávání.“⁴²

⁴¹ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 5.

⁴² VALCKE, Catherine. *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*. Viz pozn. 3, s. 720-72. Původní znění: „Comparison is possible only among objects that are, simultaneously and without contradiction, unified and plural... The unity/plurality antinomy is sometimes described in terms of selfness/otherness or sameness/difference... The sameness/difference antinomy in contrast is misleading in my view. It captures both plurality and unity, but it says too much. Plurality is necessary, but difference is not: comparison can proceed so long as there is plurality of entities to compare, quite apart from whether these entities turn out to be identical or different. In other words, sameness and difference are possible conclusions of, not conditions for, the comparative process.“

Jde o to, že určitá míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty nemůže být v žádném případě *nutným* předpokladem jejich srovnávání, je-li právě jeho výsledkem. Prostě řečeno, nelze znát míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty ještě předtím, než ji prostřednictvím srovnávání poznáme. Určitá míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty, tedy určitý výsledek srovnávání, nemůže být *nutným* předpokladem jejich srovnávání.

Stejně tak, jako nesmíme dospět k názoru, že dva předměty jsou nesrovnatelné, protože jsou právě odlišné, nesmíme dospět ani k názoru, že dva předměty jsou podobné, protože jsou právě srovnatelné. Na základě příslušnosti dvou předmětů k témuž pojmu nemůžeme klást mezi tyto předměty určitou předběžnou míru srovnávací veličiny. O dvou předmětech je nesmyslné tvrdit, že jsou si podobné, jen na základě toho, že *to* jsou právní řády, je-li pojmem srovnávaných předmětů pojem právního řádu. To, že mají srovnávané předměty *nutně* něco společného – pojem právního řádu – sice umožňuje jejich srovnávání, ale pro určení míry srovnávací veličiny mezi nimi nemůže hrát tato skutečnost žádnou roli.

Celou záležitost však můžeme převrátit zcela naruby. Stejně tak, jako máme sklon o dvou předmětech tvrdit, že jsou podobné, protože mají něco společného, máme totiž také sklon o dvou předmětech tvrdit, že jsou odlišné, protože jsou právě dva. Jsou-li totiž předměty dva – a dva být *musí*, míníme-li *něco s něčím* srovnávat – pak se již v něčem *nutně* lišit musí, jsme-li je schopni jako dva rozlišit. Máme-li přeci dva totožné výrobky, pak nemáme výrobek jeden, ale máme výrobky dva. A dva výrobky nemohou být totožné úplně a zcela, protože nejméně jedna věta nemůže být pro oba dva výrobky současně pravdivá: jsou-li dva. Jistě však uznáme, že prostá skutečnost, že srovnáváme dva předměty, ještě neznamena, že každé dva srovnávané předměty jsou *nutně* odlišné.

To, k čemu se snažíme v tomto oddělení dospět, je vztah mezi nutností/možností a srovnáváním. Dle našeho názoru, je-li *něco* nutné, pak *to* na určitou míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty nemůže mít žádný vliv. To, že musíme mít *před sebou* nejméně dva předměty, abychom je mohli srovnávat, je nutnost. To, že oba srovnávané předměty musí být v rozsahu téhož pojmu, je nutnost. Ale ani jedno, ani druhé, nemá na určitou míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty žádný vliv, neboť to, co určitá míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty odráží, je možnost, s níž se srovnávané předměty uskutečňují.

Pokud *víme*, že dva předměty, které budeme srovnávat, jsou *nutně* právními řády – a *to* víme na základě pojmu srovnávaných předmětů – je z hlediska našich vědomostí zcela nadbytečné o dvou srovnávaných předmětech tvrdit, že *jsou* právními řády. A totéž platí i o tvrzení určité míry srovnávací veličiny mezi nimi, učiněném na základě splnění *nutných* předpokladů každého srovnávání.

Zásada rozumné srovnatelnosti. Viktor Knapp píše: „Tu ovšem srovnatelností rozumíme nikoli obecnou možnost srovnání, nýbrž *rozumnou srovnatelnost*, tj. takový vztah srovnávaných předmětů, který umožňuje srovnáváním dospět k rozumné úrovni *abstrakce*.“⁴³

Předtím, než se pustíme do výkladu o zásadě rozumné srovnatelnosti, je třeba si uvědomit původ těchto zásad: zatímco zásadu srovnatelnosti nevolíme, ale seznáváme, zásadu rozumné srovnatelnosti volíme, a to dle vlastního uvážení.

S myšlenkou o stanovení určité zásady rozumné srovnatelnosti souhlasíme. Jakkoliv srovnávání právního řádu České republiky a Slunce může vyhovět zásadě srovnatelnosti, zásadě rozumné srovnatelnosti vyhovět patrně nemůže a jeho provedení se jeví jako zbytečné.

Která všechna srovnávání právních předmětů se jeví jako zbytečná, necháme, aby rozhodli jiní. Rádi bychom však řekli, že jsme pro zásadu rozumné srovnatelnosti pouze do chvíle, dokud se týká pojmu srovnávaných právních předmětů. Co tím myslíme? Tím myslíme, že by se zásada rozumné srovnatelnosti měla týkat určitého pojmu srovnávaných právních předmětů, např. pojmu právního předmětu, který by mohl např. vést ke srovnávání určitého právního předpisu s určitou právní úpravou, nebo by mohl vést ke stejně nešťastnému srovnávání dvou právních úprav koupě v pojmu právního předmětu.

Chceme však upozornit na to, že zásada rozumné srovnatelnosti se *nemusí* týkat určitého pojmu srovnávaných právních předmětů, ale *může* se týkat jen určitých právních předmětů v rámci určitého pojmu srovnávaných právních předmětů.

Walter Kamba uvádí: „Tento postoj vedl některé představitele srovnávací právní vědy k názoru, že srovnávané právní řády musí být srovnatelné v tom ohledu, že dosahují stejného stupně právního vývoje. Podle Gutteridge: „je docela možné, např. srovnávat právo starověkých východoasijských civilizací s moderním evropským právem, ale jak si Pollock všimá, takové srovnávání nemůže vést k ničemu jinému, nežli k nebezpečnému nedorozumění.“ Říká „Podobné musí být srovnáváno s podobným – srovnávané pojmy, pravidla nebo instituce se musí vztahovat ke stejnému stupni právního, politického a ekonomického vývoje.“⁴⁴

⁴³ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 5.

⁴⁴ KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 507. Původní znění: This attitude seems to have led some comparatist to maintain that the legal systems to be compared must be comparable in the sense that they have attained the same stage of legal development. According to Gutteridge: “it is quite feasible, for instance, to compare the law of the ancient races of the East with modern European law, but, as Pollock observes, such comparison can lead to nothing but ludicrous if not dangerous misunderstanding”. He continues: “Like must be compared with like; the concepts, rules or institutions under comparison must relate to the same stage of legal, political and economic development”.

Zásada rozumné srovnatelnosti mezi srovnávanými předměty zpravidla zní: „Předměty X a Y, např. dvě právní úpravy koupě, jsou srovnatelné pouze za podmínky, že mezi předměty M a N, např. mezi dvěma stavy společnosti, je určitá míra srovnávací veličiny.“

Není-li zásadě rozumné srovnatelnosti mezi srovnávanými předměty vyhověno, obvykle o předmětech X a Y říkáme, že jsou nesrovnatelné. Musíme ale rozlišovat mezi tím, kdy jsou dva předměty nesrovnatelné ze zásady srovnatelnosti (tzv. přísná nesrovnatelnost), např. srovnávání stávající české a kalifornské právní úpravy trestu smrti, a tím, kdy jsou nesrovnatelné ze zásady rozumné srovnatelnosti (tzv. volná nesrovnatelnost), např. srovnávání soustavy závazného řešení sporů v kmeni Mursi a v České republice.

Přísná nesrovnatelnost není ve srovnávací právní vědě příliš vítána, zato je však velmi častá. Přísná nesrovnatelnost není ve srovnávací právní vědě vítána nejméně ze dvou klíčových důvodů. Hlavní důvod je ten, že čím méně má určitý pojem srovnávaných právních předmětů případů, tím slabší je závěr jejich srovnávání. Druhý důvod je ten, že se nám snadno může stát, že např. míníme provést srovnávání českého a chorvatského občanského zákoníku, jelikož zde však žádný chorvatský občanský zákoník není, musíme kvůli přísné nesrovnatelnosti přizpůsobit své zájmy a znovu zvážit své možnosti.

Část soudobé srovnávací právní vědy věnovala poměrně dost úsilí na to, aby se přísné nesrovnatelnosti vyhnula. Ztělesněním tohoto úsilí je tzv. funkcionalismus, o kterém si více povíme v pododdílu 4.1.1 této práce. Prozatím ale uveďme, že funkcionalismus se zcela vědomě zaměřuje na srovnávání právních úprav *takových* záležitostí, u kterých má téměř jistotu, že na ně narazí téměř v kterémkoliv lidském společenství. Funkcionalismus ve svém snažení vyhnout se přísné nesrovnatelnosti dokonce zašel až tak daleko, že se v jednom okamžiku přestal zabývat srovnáváním právních úprav a začal se jednoduše zabývat srovnáváním jakýchkoliv úprav daných záležitostí.

S volnou nesrovnatelností se příliš často neseťkáme. Zčásti je to zaviněno tím, že zde není žádná obecně uznávaná zásada rozumné srovnatelnosti, ale spíše je to způsobeno tím, že ti, kteří provádí srovnávání právních předmětů – jak je pozorujeme – přirozeně volí *rozumné* pojmy srovnávaných právních předmětů, a v rámci nich i *rozumné* právní předměty. V důsledku toho zde není ani mnoho případů srovnávání právních předmětů, pro které by bylo potřeba zásadu rozumné srovnatelnosti výslovně zavádět.

Jak jsme již řekli, zatímco souhlasíme se zavedením zásady rozumné srovnatelnosti ve vztahu k určitým pojmům srovnávaných právních předmětů, se zavedením zásady rozumné srovnatelnosti mezi srovnávanými právními předměty souhlasit nemůžeme. Zásada rozumné srovnatelnosti mezi srovnávanými právními předměty se dle našeho názoru vždy opírá o určitou

citově zabarvenou tezi, která pouze zakrývá naši vlastní neochotu nebo neschopnost vysvětlit unáhlenost a neúplnost výsledků a závěrů jistých srovnávání právních předmětů. Srovnáváme-li např. soustavu závazného řešení sporů v kmeni Mursi a v České republice, snadno by se nám mohlo stát, že dospějeme k závěru, že by Česká republika měla z kmene Mursi převzít soustavu závazného řešení sporů, protože je rychlejší, účinnější a méně nákladná. Namísto toho, abychom poté takový závěr vyvrátili, pomáháme si zásadou rozumné srovnatelnosti mezi srovnávanými předměty, která nám umožňuje takový závěr bez dalšího odmítnout. John Henry Merryman v tomto ohledu správně říká, že pokud jsou společenské rozdíly natolik veliké, že se jeví srovnávání právních pravidel jako nesmyslné, člověk má dvě možnosti: buď přistoupit na to, že lze srovnávat jen to, co si je podobné, anebo, a to je důležité, upustit od svého úzkoprsého zaměření a pustit se do srovnávání nikoliv právních pravidel, ale práva jakožto komplexního a dynamického sociálního sub-systému s hlubokou historicko-kulturní dimenzí.⁴⁵

Byť se zavedením zásady rozumné srovnatelnosti mezi srovnávanými právními předměty nesouhlasíme, zcela připouštíme možnost výběru určitých právních předmětů z rozsahu pojmu srovnávaných právních předmětů. Tato možnost výběru by ale měla být uskutečněna s ohledem na okolnosti, o kterých si více povíme v oddílu 3.3 této práce – již nyní ale můžeme prozradit, že se jedná o okolnosti těch, co srovnávání provádějí, a ne okolnosti toho, co srovnávají.

Závěr. Tímto jsme dospěli na závěr tohoto oddílu. Ukázali jsme si, že otázka srovnatelnosti nesouvisí jen se zásadou srovnatelnosti odvozenou z pojmu srovnávaných předmětů, ale i s některými dalšími předpoklady srovnávání, jako je např. počet srovnávaných předmětů.

Řádné zodpovězení otázky srovnatelnosti, tzn. stanovení souboru všech předpokladů srovnávání, ohraničuje srovnávání oproti ostatním lidským činnostem. Je tak např. jasné, že pokud provádíme určitou činnost s *jedním* předmětem, pak neprovádíme srovnávání.

Že však otázka srovnatelnosti není zcela řádně zodpovězena ani v této práci, se ukáže ve chvíli, kdy narazíme na některé rozumové činnosti, které se sice jeví být srovnáváním, ale které kdybychom považovali za srovnávání, pak bychom mohli považovat za srovnávání každou rozumovou činnost o dvou předmětech. Uvedme několik příkladů.

Je ověření věty „Pavel zítra porazí Karla v řeckořímském zápase.“ nebo např. věty „V § 23 občanského zákoníku⁴⁶ stojí napsáno, že člověk má právní osobnost od narození až do smrti.“ také srovnáváním?

⁴⁵ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. In: *American Journal of Comparative Law*, vol. 47, no. 3, 1999, p. 28.

⁴⁶ Viz pozn. 13.

Pavel je hmotný předmět. Člověk, jakožto pojem, je nehmotný předmět. Můžeme provést jejich srovnávání? Ano, můžeme provést jejich srovnávání. Provedeme-li jejich srovnávání, zcela nepochybně dojdeme k tomu, že „Pavel a člověk jsou dva odlišné předměty.“ Odkud poté věta „Pavel je člověk.“ Je tato věta také větou ze srovnávání?

Naše učebnicová představa o nakládání s pojmy je ta, že uchopíme pojem, např. pojem člověka, přiložíme ho k předmětu, např. Pavlovi, a jestliže se takový předmět s tímto pojmem shoduje, pak takový předmět pod tento pojem spadá. V čem se tedy poté tato naše učebnicová představa o nakládání s pojmy liší od naší představy, že srovnávání provádíme tak, že přiřkládáme jeden srovnávaný předmět k druhému?

Pokud by se ukázalo, že nakládání s pojmy je totéž, co srovnávání, pak by značná část aplikace práva byla věcí srovnávání. Pokud by se ukázalo, že nakládání s pojmy je totéž, co srovnávání, museli bychom přehodnotit náš postup srovnávání, protože již samo podřazení určitého předmětu pod pojem srovnávaných předmětů – tzn. krok v postupu srovnávání – by bylo věcí srovnávání.

Ponechme však celou záležitost stranou. Shora uvedeným činnostem, jakož i některým dalším, budeme i nadále rozumět jako činnostem odlišným od srovnávání. Důvod, proč těmto činnostem budeme i nadále rozumět jako činnostem odlišným od srovnávání, je ten, že se dle našeho názoru jedná o činnosti, které odlišným způsobem zachází s uvažovanými předměty, či lépe a přesněji, jeden z předmětů, se kterými se při těchto činnostech zachází, má formu neslučitelnou s naší základní představou o srovnávání, má abstraktní formu.

Naše základní představa o srovnávání je úzce spjata s představou srovnávání konkrétních předmětů, např. jablek, a/nebo abstraktních předmětů, ale v jejich konkrétní formě, např. právní úpravy koupě účinné k dnešnímu dni na území zvaném Česká republika s právní úpravou koupě účinné k dnešnímu dni na území zvaném Slovenská republika. Byť v této práci označujeme srovnávané předměty zpravidla nepřesně, je třeba si pamatovat, že srovnávané předměty, bez ohledu na jejich označení, vždy myslíme k určité časoprostorové události. Tím není dotčeno, že srovnávaný předmět, stejně jako jeho časoprostorová událost, může být smyšlený, např. takové dělení státní moci, které stojí za vzor dělbě státní moci v jednotlivých státech.

Od nakládání s pojmy je ale třeba odlišit tzv. *třídění* právních řádů do právních rodin a obdobných právních předmětů. Jakkoliv si mnozí z nás jistě pod názvem *třída* představí rozsah pojmu, otázka tzv. *třídění* právních řádů do právních rodin a obchodných právních předmětů má ve skutečnosti s nakládáním s pojmy jen málo společného. Právní řád X totiž nepatří do právní rodiny C na základě toho, že spadá pod pojem právní rodiny C, ale na základě toho, že je podobný právnímu řádu Y, s nímž tuto právní rodinu C utváří. Vznikne-li tak na světě právní řád Z, tento

právní řád není postupně podřazován pod právní rodiny (N), ale je postupně srovnáván s právními řády (N), a na základě výsledku takového srovnávání je poté k určité právní rodině přiřazen – za podmínky, že si nezaloží rodinu vlastní.

3 Skladba srovnávání

V předchozím dílu jsme pojednali o stavbě srovnávání. V tomto dílu pojednáme o skladbě srovnávání, o tom, proč se stavební prvky srovnávání skládají do jednoho uzavřeného celku.

V rámci skladby srovnávání rozlišujeme mezi cílem, účelem, výsledkem a závěrem srovnávání. Zatímco výsledek srovnávání považujeme za uskutečnění účelu srovnávání, závěr srovnávání považujeme za uskutečnění cíle srovnávání – závěr srovnávání je poté tím, na co můžeme z výsledku srovnávání usuzovat. Uveďme příklad.

Cílem srovnávání je rozhodnout o tom, zda právní případ X zakládá pro právní případ Y překážku věci rozsouzené. Platí, že právní případ (X) zakládá pro právní případ (Y) překážku věci rozsouzené tehdy, jsou-li právní případy (X) a (Y) totožné.

Účelem takového srovnávání je poznat, zda jsou právní případy X a Y totožné. Výsledkem takového srovnávání nechť je věta „Právní případy X a Y nejsou totožné.“ Závěrem takového srovnávání je poté věta „Právní případ X nezakládá pro právní případ Y překážku věci rozsouzené.“

3.1 Účel a výsledek srovnávání

V úvodu do dílu 2 této práce jsme řekli, že srovnávání je činnost prováděná za účelem poznání srovnávaných předmětů. To však není tak docela pravda. Srovnávání je činnost prováděná za účelem poznání srovnávacího vztahu (určité míry srovnávací veličiny) mezi srovnávanými předměty. A to je pro pochopení, co je srovnávání, nesmírně důležité.

V dílu 4 této práce si názorně ukážeme postup srovnávání. Na tomto postupu bude možné spatřit, že k tomu, abychom mohli dospět k poznání srovnávacího vztahu mezi srovnávanými předměty, musíme nejprve poznat hodnoty jejich rozhodných vlastností. To kupř. znamená, že předtím, než dospějeme k výsledku srovnávání, např. k větě „Pavel je vyšší než Karel.“, musíme – přísně vzato – měřením dospět k větě „Pavel je vysoký 195 cm.“ a k větě „Karel je vysoký 180 cm.“

Jistě rozumíme tomu, že provádíme-li shora uvedené srovnávání Pavla a Karla, pak nám nejde o to, jak jsou Pavel a Karel vysokí. Pokud by nám šlo právě a pouze o to, jak jsou Pavel

a Karel vysocí, pak přeci žádné takové srovnávání provádět nebudeme, ale prostě Pavla a Karla změříme. Proč tedy máme stále potřebu přistupovat ke srovnávání právních předmětů, obzvláště pak zahraničních právních úprav, s ryzím úmyslem poznat např. francouzskou, německou nebo rakouskou právní úpravu letecké dopravy?

Co je srovnávací vztah? To je takový vztah mezi srovnávanými předměty, který je mezi nimi jen z toho důvodu, že jsme ho mezi ně uměle zavedli. Takový vztah mezi předměty lze také označit za vztah rozumový, nikoliv však za vztah příčinný, rozumíme-li příčinnému vztahu jako vnitřní spojitosti mezi uvažovanými předměty.

Jak mezi předměty srovnávací vztah zavedeme? Mezi předměty srovnávací vztah zavedeme tak, že předměty uvedeme do vztahu ke srovnávací veličině, pod kterou je míníme srovnávat. Uvedením dvou a více předmětů do vztahu ke srovnávací veličině vznikne, mezi dále již srovnávanými předměty, srovnávací vztah. Proč předměty uvádíme do vztahu ke srovnávací veličině? Proč mezi předměty srovnávací vztah zavádíme? Srovnávací vztah mezi předměty zavádíme proto, abychom poznali, jak se k sobě ony předměty pod touto srovnávací veličinou, v tomto srovnávacím vztahu, právě mají.

Viktor Knapp v tomto duchu píše: „Znaky, které činí objekty poznání podobnými a nepodobnými, resp. které určují míru jejich podobnosti [rozuměj: kardinální srovnávací veličiny], existují *objektivně*. Nejsou však [rozuměj: srovnávané předměty] v žádném vzájemném ontologickém vztahu, nejsou tedy objektivně ani ve vztahu podobnosti... To je ale možno výlučně tehdy, zkoumají-li se nejméně dva objekty ve vzájemném [rozuměj: srovnávacím] vztahu. Do toho vztahu se však neuvádějí samy, nýbrž je do něj uvádí subjekt poznání.“⁴⁷

Podstatné je, že mezi srovnávanými předměty, mimo dané srovnávání, žádný srovnávací vztah není. Srovnávací vztah mezi předměty účelně zavádí ten, kdo srovnávání provádí. A ten také stanoví srovnávací veličinu. Tím nemyslíme, že ji prostě zvolí. Úspěšnost – jakožto ordinální srovnávací veličinu srovnávání právního řešení určité společenské záležitosti – nelze jednoduše zvolit, ale je třeba ji vědomě stanovit. Nesmíme se nechat zmást tím, že srovnávací veličinu obvykle vůbec nestanovíme, ale prostoduše se spoléháme na naše institucionalizovaná, intuitivní a minimální schémata. Nesmíme se tím nechat zmást, protože se nám poté může zdát, že se *svým* srovnáváním nemáme co dočinění, že srovnávací veličina není stavebním prvkem srovnávání a že srovnávací vztah mezi srovnávanými předměty lze vypožorovat např. z jejich tabulární

⁴⁷ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 37.

reprezentace. Giovanni Sartori v tomto ohledu píše: „Není intuitivně samozřejmé, že srovnávat znamená kontrolovat...“⁴⁸

V souvislosti s poznáním srovnávacího vztahu mezi srovnávanými předměty je třeba zmínit jednu velmi naléhavou záležitost. Uskutečnění účelu srovnávání – samo poznání srovnávacího vztahu mezi srovnávanými předměty – zpravidla nepostačí k tomu, abychom mohli něco nového o srovnávaných předmětech tvrdit. Uvedme příklad.

Nechť je výsledkem srovnávání věta „Pavel je vyšší než Karel.“ V čem tato věta, oproti větě „Pavel je vysoký 195 cm.“ a větě „Karel je vysoký 180 cm.“, rozšiřuje naše poznání Pavla a Karla? Tato věta naše poznání Pavla a Karla v ničem nerozšiřuje. Ostatně, je-li srovnávání zcela v naší moci, jinak tomu zřejmě ani být nemůže. Ale nejen z toho důvodu. Bylo by přeci přinejmenším podivné a zvláštní, kdybychom k tomu, abychom mohli o předmětu tvrdit, že jsme ho poznali, museli poznat něco, co z něho samého poznat nelze; kdybychom k tomu, abychom mohli tvrdit, že jsme poznali Pavla, museli poznat Karla nebo Slunce a srovnávací vztah mezi nimi.

3.2 Cíl a závěr srovnávání

Srovnávání je činnost prováděná za účelem poznání srovnávacího vztahu (míry srovnávací veličiny) mezi srovnávanými předměty. Podstatné je, že se účel srovnávání nemění. Účel srovnávání zůstává ve všech případech srovnávání zachován. Bezúčelné srovnávání není. Proto také není potřeba účel srovnávání v průběhu srovnávání zmiňovat. Rozumí se sám sebou. S cílem srovnávání se tomu má však právě naopak.

Cílem srovnávání je jednoduše to, k čemu poznání srovnávacího vztahu mezi srovnávanými předměty slouží. Otázka cíle srovnávání je jednou z nejzávažnějších a nejsložitějších otázek srovnávací právní vědy. Potíž s cílem srovnávání je kromě jiného také ta, že nedokážeme s jistotou říct, zda je nebo není skladebním prvkem srovnávání, a tudíž ani to, zda je nebo není předmětem srovnávací právní vědy. Právě s ohledem na tuto nejistotu jsme se rozhodli v úvodu do dílu 2 této práce vymezit srovnávání jen jako účelnou, a ne cílevědomou činnost.

⁴⁸ SARTORI, Giovanni. *Concept Misinformation in Comparative Politics*. In. *The American Political Science Review*, vol. 64, no. 4, 1970, p. 1035. Původní znění: „It is not intuitively evident that to compare is to control...“

Uvedme příklad. Necht' je cílem srovnávání rozhodnout, zda je právní úprava X pro právní řád X+ původní, nebo není. Platí, že právní úprava je pro právní řád původní tehdy, není-li podobná žádné jiné právní úpravě, a také tehdy, je-li sice podobná jiné právní úpravě, ale není ze žádného právního řádu převzata.

Pro to, že cíl srovnávání je skladebním prvkem srovnávání, svědčí zejména to, že je-li stanoven, měl by se značnou měrou promítat do způsobu, kterým je vymezen pojem srovnávaných předmětů a stanovena srovnávací veličiny. Co tím chceme říct? Je třeba si uvědomit, že ve shora uvedeném příkladu by měla být srovnávací veličina stanovena tak, aby uskutečnění účelu srovnávání mohlo *dobře* sloužit svému cíli. Pokud by srovnávací veličina nebyla v daném příkladu stanovena s ohledem na pojem původnosti právní úpravy, snadno by se nám mohlo stát, že výsledkem každého takového srovnávání bude věta „Právní úprava X je podobná právní úpravě (N).“ A pakliže by toto bylo výsledkem každého takového srovnávání, pak by nám uskutečnění účelu takového srovnávání nejenže neumožnilo rozhodnout o tom, zda je právní úprava X pro právní řád X+ původní, nebo není, ale ani by nám neumožnilo, a to je také důležité, zúžit onu množinu všech právních řádů, z nichž může být právní úprava X do právního řádu X+ převzata.

Vidíme, že je-li cíl předem srovnávání stanoven, měl by mít značný dopad na konečnou podobu srovnávání. Odtud se poté nabízí otázka – pokud cíl srovnávání není skladebním prvkem srovnávání, podle čeho stanovit srovnávací veličinu?

Z druhé strany. Proti tomu, že je cíl srovnávání skladebním prvkem srovnávání, svědčí např. to, že ten, kdo srovnávání provádí, cíl srovnávání znát nemusí.

Na shora uvedeném příkladu může pracovat mnoho lidí. Co musíme dát člověku, aby mohl v rámci daného příkladu provést srovnávání právní úpravy X s právní úpravou G? Musíme mu dát pojem srovnávaných předmětů, srovnávací veličinu a příkaz ke srovnávání právní úpravy X s právní úpravou G. Co mu však dát nemusíme? Cíl takového srovnávání. Jediné, co pro něj cíl takového srovnávání může znamenat, je *vysvětlení*, proč je pojem srovnávaných předmětů vymezen tak, jak je vymezen, a srovnávací veličina stanovena tak, jak je stanovena. A toto vysvětlení člověk, který dané srovnávání provádí, znát nemusí. Stejně tak Tomáš nepotřebuje vědět, proč se ho Lukáš ptá, zda je vyšší Pavel nebo Karel – a přesto bude schopen na takovou otázku pravdivě odpovědět.

Proti tomu, že je cíl srovnávání skladebním prvkem srovnávání, dále svědčí to, že v mnoha případech srovnávání ani ten, kdo cíl srovnávání stanoví, nezná všechny možné závěry, na které lze z výsledku takového srovnávání usuzovat. Je-li takto výsledkem srovnávání věta „Právní úprava umělého přerušení těhotenství X je totožná s právní úpravou umělého přerušení těhotenství Y.“, pak jeden člověk může z tohoto výsledku srovnávání např. učinit závěr, že právní úprava

umělého přerušení těhotenství X má ve společnosti X+ stejné účinky jako právní úprava umělého přerušení těhotenství Y ve společnosti Y+, zatímco druhý člověk může z tohoto výsledku srovnávání např. učinit závěr, že právní úprava umělého přerušení těhotenství X byla převzata ze společnosti Y+, přičemž dané srovnávání mohlo vědomě směřovat pouze k dosažení jednoho z těchto dvou závěrů.

A konečně, proti tomu, že je cíl srovnávání skladebním prvkem srovnávání, svědčí to, že cíle srovnávání lze povětšinou dosáhnout i jinak než srovnáním. Necht' je cílem určité lidské činnosti rozhodnout o tom, zda právní případ X zakládá pro právní případ Y překážku věci rozsouzené. Tohoto cíle lze dosáhnout jak srovnáním, tak hodem mincí nebo svévolí.

Přes všechno, co svědčí proti tomu, že je cíl srovnávání skladebním prvkem srovnávání, máme za to, že cíl srovnávání je jedním ze skladebních prvků každého srovnávání. Domníváme se tak především proto, že bez cíle srovnávání bychom nevěděli, jak stanovit srovnávací veličinu, ale také proto, že bezcílné srovnávání si neumíme příliš dobře představit, třebaže si umíme představit případ srovnávání, kdy *nám* cíl srovnávání není znám.

Bez ohledu na to, zda je cíl srovnávání skladebním prvkem srovnávání, nebo není, měl by být součástí předmětu srovnávací právní vědy, jelikož je tím nejbližším prostředím, kterému se srovnávání dostává, čímž klade srovnávání do výkladového rámce jeho vnitřní souvislosti.

Cílem srovnávání – obecně vzato – je jeho uskutečnění, tzn. dosažení závěru srovnávání. Co je závěrem srovnávání? Je všeobecně uznáváno, že závěrem srovnávání je pravděpodobnostní úsudek. O pravděpodobnostním úsudku, který je závěrem srovnávání, zpravidla hovoříme jako o zvláštním druhu úsudku, úsudku per analogiam.⁴⁹ Uveďme příklad takového závěru srovnávání.

Necht' je výsledkem srovnávání „Právní úpravy umělého přerušení těhotenství Y a X jsou totožné.“ Závěrem takového srovnávání poté může být věta „Usuzujeme na to, že právní úprava umělého přerušení těhotenství Y byla *pravděpodobně* přijata s úmyslem snížit porodnost ve společnosti Y+, protože o právní úpravě umělého přerušení těhotenství X *víme*, že byla přijata s úmyslem snížit porodnost ve společnosti X+.“

Závěr srovnávání – v důsledku toho, že je jeho obsahem pravděpodobnostní úsudek – se tak zcela zásadně liší od výsledku srovnávání. O výsledku srovnávání, např. větě „Pavel je vyšší než Karel.“, totiž nelze smysluplně pochybovat. Je možné pochybovat o větách, o které se výsledek srovnávání opírá, např. o větě „Pavel je vysoký 195 cm.“ a o větě „Karel je vysoký 180 cm.“

⁴⁹ Viz např. COPI, Irving M. et alia. *Introduction to Logic*. Viz pozn. 27, s. 357.

O pravdivosti těchto podpůrných vět pochybovat lze. Nepochybně se můžeme ptát, zda jsme se nedopustili chyby v měření. Pokud jsme se však takové chyby nedopustili, což je koneckonců možné ověřit, o daném výsledku srovnávání nemá smysl pochybovat. A totéž platí i v případě, že je výsledkem srovnávání např. věta „Předměty X a Y jsou podobné.“ Opět však lze pochybovat o pravdivosti samotného poznání srovnávaných předmětů, ale o daném výsledku srovnávání, dle našeho názoru, smysluplně pochybovat nelze.

Přestože základům rozumíme, na tomto místě musíme přiznat, že nemáme dostatek znalostí pro to, abychom v návaznosti na srovnávání podali ucelené pojednání o analogickém, potažmo induktivním usuzování. Z toho důvodu se zde o takovéto pojednání nebudeme pokoušet. Jelikož jsme takovéto pojednání nenašli ani v žádném z těch děl, která jsme o srovnávací právní vědě přečetli, pro úvod do této záležitosti musíme odkázat na tři články ze Stanfordské encyklopedie filosofie: *Analogy and Analogical Reasoning*⁵⁰, dále *The Problem of Induction*⁵¹ a *Interpretations of Probability*⁵².

V souvislosti s tímto naším odkazem musíme upozornit na jednu skutečnost. Hovoří-li se někde uceleně o pravděpodobnostním úsudku jakožto závěru srovnávání, zpravidla se o něm nehovoří jako o *závěru srovnávání*, či lépe a přesněji, nehovoří se o všech možných závěrech srovnávání. Nabízí se tak otázka, zda není možný i takový závěr srovnávání, který není pravděpodobnostní. Uveďme příklad.

Nechť je výsledkem srovnávání věta „Právní řády X a Y jsou podobné.“ Nechť je poté závěrem takového srovnávání věta „Právní řády X a Y tvoří právní rodinu C.“ Takovému závěru srovnávání nelze zcela přesvědčivě rozumět jako určitému pravděpodobnostnímu úsudku. Lze jistě pochybovat o větách, které tvrdí, za kterých podmínek o dvou právních řádech říkáme, že tvoří právní rodinu. Zdá se však, že mimo tuto pochybnost, a některé další, o kterých jsme hovořili výše, o takovémto závěru srovnávání smysluplně pochybovat nelze. Není zde totiž žádná skutečnost, oproti které bychom mohli daný závěr srovnávání ověřit. Obdobně se tomu má, dle našeho názoru, se závěrem srovnávání tehdy, je-li závěrem srovnávání např. věta „Právní případ X zakládá pro právní případ Y překážku věci rozsouzené.“

⁵⁰ BARTHA, Paul. *Analogy and Analogical Reasoning*. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2016 Edition). [online]. © Metaphysics Research Lab, Center for the Study of Language and Information, Stanford University [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <https://plato.stanford.edu/entries/reasoning-analogy/>

⁵¹ VICKERS, John. *The Problem of Induction*. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2016 Edition) [online]. © Metaphysics Research Lab, Center for the Study of Language and Information, Stanford University [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <https://plato.stanford.edu/entries/induction-problem/#ParRav>

⁵² HÁJEK, Alan. *Interpretations of Probability*. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition). [online]. © Metaphysics Research Lab, Center for the Study of Language and Information, Stanford University [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <https://plato.stanford.edu/entries/probability-interpret/>

Popravdě řečeno, ve dvou shora uvedených příkladech vše záleží na tom, čemu ještě rozumíme jako závěru srovnávání, a čemu už nikoliv. Můžeme totiž např. říct, že závěrem srovnávání, jehož cílem je rozhodnout o tom, zda právní případ X zakládá pro právní případ Y překážku věci rozsouzené, není věta „Právní případ X zakládá pro právní případ Y překážku věci rozsouzené.“, ale věta „Právní případ Y nebude projednán.“, a tak i pravděpodobností úsudek. V závislosti na tom bychom však museli odlišně stanovit cíl takového srovnávání: cílem srovnávání je rozhodnout o tom, zda právní případ Y bude projednán.

Tuto záležitost však dále ponechme stranou.

3.3 Dodatek ke skladbě srovnávání: užitečnost srovnávání právních předmětů

Mnozí, obzvláště pak mimo srovnávací právní vědu, rozlišují mezi srovnáváním ve významu techniky a srovnáváním ve významu metody.

Arend Ljiphart takto např. píše: „Na závěr bychom měli jasně rozlišit mezi *metodou* a *technikou*. Komparativní metoda je široká, obecná metoda, a nikoliv úzká, specializovaná technika.“⁵³ V *Úvodu do studia dějepisu 1* se pod hlavičkou s názvem komparativní metoda dočteme: „Zpravidla se rozlišuje mezi prostým srovnáním dvou a více historických jevů a mezi užitím komparativní metody. Srovnání samo o sobě tedy není komparací, proces srovnávání je považován za techniku práce, komparace pak za metodu s propracovanou teorií.“⁵⁴

Z tohoto jejich rozlišení se o tom, co myslí jedním, a co právě druhým, příliš mnoho nedozvíme. Zpravidla totiž ti, kteří toto rozlišení zavádějí, jak ostatně *vidíme*, o tom, co je srovnávání ve významu techniky, vůbec nemluví, pouze upozorňují na to, že zrovna hovoří o něčem jiném, tj. o srovnávání ve významu metody.

V úvodu do dílu 2 této práce jsme řekli, že srovnávání je způsobem poznávání. Dle našeho názoru je srovnávání jedno – metoda – a nic jiného. Na druhou stranu je třeba říct, že srovnávání dobře porozumíme, budeme-li mu rozumět jako nástroji. John C. Reitz píše: „Komparativní metoda je jen nástroj.“⁵⁵ Musíme ale upozornit na to, že se jedná o podobenství, podobenství srovnávání *jako* nástroje, které na vlastní podstatě srovnávání nic nemění. Přesto se ale

⁵³ LIJPHART, Arend. *Comparative Politics and the Comparative Method*. In: *The American Political Science Review*, 1971, vol. 65, no. 3, p. 683. Původní znění: „Finally, a clear distinction should be made between *method* and *technique*. The comparative method is a broad-gauge, general method, not a narrow, specialized technique.“

⁵⁴ Kolektiv autorů. *Úvod do studia dějepisu 1*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 105. ISBN: 978-80-210-7013-4.

⁵⁵ John C. *How to Do Comparative Law*. Viz pozn. 21A, s. 624. Původní znění: „The comparative method is just a tool.“

domníváme, že se jedná o podobenství velice přínosné, protože nám připomíná, že i srovnávání má své hrany, své hranice, tvar a rozměr, svoji možnost, a v mezích možnosti i svoji užitečnost.

V předchozím oddílu této práce jsme uvedli příklad – příklad zněl: „Cílem srovnávání je rozhodnout o tom, zda je právní úprava X pro právní řád X+ původní, nebo není.“ První způsob poznávání, který nás napadne, je učinit takové rozhodnutí na základě toho, co stojí v důvodové zprávě nebo v jiném dějinném prameni k dané právní úpravě. Teprve poté nás zřejmě napadne provést srovnávání právní úpravy X s právní úpravou (N). Nesmíme však zapomenout, že se oba způsoby poznávání dané skutečnosti vzájemně doplňují. V určitém dějinném prameni sice může být uvedeno, že právní úprava X byla převzata z právního řádu Y+, ale srovnáním můžeme dospět k větě „Právní úpravy X a Y jsou odlišné.“ Nebo naopak, v dějinném prameni může být zatajeno, že právní úprava X byla převzata z právního řádu Y+, a srovnávání nám může pomoci tuto skutečnost odhalit.

Z tohoto příkladu je patrné, že srovnávání je způsobem poznávání, kterého užíváme *jako* nástroje při dosahování určitého cíle. Z tohoto příkladu je také patrná ona volná spojitost mezi srovnáváním a jeho cílem, o které jsme hovořili v předchozím oddílu této práce. I když jsme v daném oddílu řekli, že otázka cíle srovnávání by měla být součástí předmětu srovnávací právní vědy, je třeba pamatovat na to, že cíl srovnávání má určitou soběstačnost, kterou není možné ve srovnávací právní vědě postihnout. Srovnávání právních předmětů nám např. umožňuje ověřit, zda dochází nebo nedochází ke sblížení dvou právních řádů či odvětví. Jenže otázku, *zda by mělo být* takového sblížení dosaženo, a *jak* by ho mělo být dosaženo, nelze prostřednictvím srovnávací právní vědy zodpovědět.

Otázka užitečnosti srovnávání právních předmětů má ve srovnávací právní vědě rozpačité, zato však výsadní postavení. Není úvodu do srovnávací právní vědy, který by otázce užitečnosti srovnávání právních předmětů nevěnoval notnou dávku pozornosti.⁵⁶ A to je jediné dobře.

Řekli jsme, že toho, co je cílem srovnávání, je obvykle možné dosáhnout hned několika způsoby, nejen srovnáváním. I pokud by na světě byl cíl, kterého je možné dosáhnout pouze za pomoci srovnávání, neznamená to, že ho kdy bude dosaženo, neboť se opět jedná jen o určitý cíl lidského konání, který spolu s ostatními cíli lidského konání stojí ve výkladní skříni, ve svobodné a volné soutěži, kde osudově čeká, než bude vybrán a naplněn.

⁵⁶ Viz např. BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A, s. 15-25; nebo ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 13-31; nebo (A) POKORNÝ, Ladislav. *Úvod do trestněprávní komparistiky*. Praha: Auditorium, 2010, s. 47-65.

Je proto jedině dobře, že srovnávací právní věda věnuje otázce užitečnosti srovnávání právních předmětů takovou pozornost. Musíme si ale uvědomit, že tato pozornost není ani dobrovolná, ani nezištná. Jednoduše řečeno, s tím, jak roste v právnické obci představa o užitečnosti srovnávání právních předmětů, roste i věhlas a důležitost samotné srovnávací právní vědy. Navíc, srovnávací právní věda ve skutečnosti vůbec není schopna užitečnost srovnávání právních předmětů posoudit, jelikož jejím předmětem nejsou činnosti, které se srovnáváním právních předmětů o míru užitečnosti při dosahování určitého cíle soutěží.

V předchozím oddílu jsme nastínili jistou neurčitost, která se pojí s výkladem o cíli a závěru srovnávání. A právě užitečnost je tím, s čím se běžně pojí případná a příkladná určitost výkladu o těchto skladebních prvcích srovnávání. Užitečnost však není vlastnost předmětu, ale je jako vlastnost na předmět promítána z jeho prostředí. Užitečnost srovnávání včetně srovnávání právních předmětů, se tak mění spolu s prostředím, ve kterém se srovnávání právě provádí – předmět sám však zůstává zachován.

O tom, co je srovnávání právních předmětů, skutečnost, že ho může být užito v souvislosti čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora⁵⁷, zhola nic nevyovídá. Tato prostá skutečnost, skutečnost, že srovnávání právních předmětů může posloužit při stanovení obecných zásad právních, uznaných civilizovanými národy, které může brát Mezinárodní soudní dvůr za podklad při svém rozhodování, nemůže srovnávání právních předmětů povýšit nebo ponížít na něco, co není.

Rozlišujeme mezi účelnou a cílovou užitečností srovnávání právních předmětů, a to v závislosti na tom, zda nám k užítku postačí dosáhnout jen účelu, nebo zda musíme k užítku dosáhnout i cíle srovnávání právních předmětů.

Účelná užitečnost srovnávání právních předmětů. Užitekem účelné užitečnosti srovnávání právních předmětů může být: (A) poznání právních předmětů; (B) změna právního vědomí v důsledku užítku (A) účelné užitečnosti srovnávání právních předmětů.

V oddílu 3.1 této práce jsme řekli, že jakkoliv nám samo dosažení výsledku srovnávání zpravidla nepřináší žádné nové poznání, abychom vůbec mohli určitého výsledku srovnávání dosáhnout, musíme nejprve poznat vlastnosti srovnávaných předmětů, které následně výsledek

⁵⁷ Vyhláška č. 30/1947 Sb., ministra zahraničních věcí o chartě Spojených národů a statutu Mezinárodního soudního dvora, sjednaných dne 26. června 1945 na konferenci Spojených národů o mezinárodní organizaci, konané v San Francisku. In: *Zákony pro lidi.cz* [online]. © AION CS 2010-2017 [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1947-30#f2640877>

srovnávání, či lépe a přesněji, míra srovnávací veličiny mezi nimi, odráží. A odtud oba shora uvedené užitky účelné užitečnosti srovnávání právních předmětů.

Je-li českým právníkem, bez znalosti kteréhokoliv zahraničního práva, srovnávána francouzská, španělská a portugalská právní úprava koupě, jsou z jeho hlediska oba užitky účelné užitečnosti srovnávání právních předmětů vnitřně nevyhnutelné. Potíž nastává ve chvíli, kdy se začneme pokoušet v rámci postupu srovnávání právních předmětů tyto užitky zprostředkovávat třetím osobám. K tomu se ale ještě vrátíme v úvodu do dílu 4 této práce.

K užitku (A) účelné užitečnosti srovnávání právních předmětů pravděpodobně není dále co dodat. Užitek (B) lze dobře obsáhnout větami Michaela Bogdana: „Srovnávání právních předmětů umožňuje právníkovi spatřit vlastní právní systém z jiného hlediska a s určitým odstupem. Tato nová perspektiva mu poté umožňuje získat lepší a více kritické chápání funkce a hodnoty těch starých a dobře známých právních jevů, které nachází ve vlastním právním systému... Toto zvýšené porozumění vlastního právního systému také znamená, že se právník dokáže na tento právní systém podívat, aniž by byl, ať už vědomě nebo instinktivně, vázán určitým právním řešením, které se pro právníky, kteří nemají komparativní znalosti, zdá být samozřejmé a nezměnitelné, protože nikdy neviděli ani neslyšeli o žádném jiném způsobu řešení daného problému.“⁵⁸

Cílová užitečnost srovnávání právních předmětů. Užitek cílové užitečnosti srovnávání právních předmětů může být: (A) poznání práva; (B) tvorba práva; (C) dotváření práva. Tyto užitky cílové užitečnosti srovnávání právních předmětů můžeme dále dělit. Užitek (A) třeba na: (A1) právní rodopisectví; (A2) poznávání zákonitostí uskutečňování práva. Užitek (B) třeba na: (B1) sjednocování a sblížování práva; (B2) hodnocení práva. Užitek (C) třeba na: (C1) povinné dotváření práva; (C2) nepovinné dotváření práva. A takto můžeme pokračovat.

Musíme upozornit na to, že užitek (A) cílové užitečnosti srovnávání právních předmětů nesmíme zaměňovat s účelem srovnávání právních předmětů, ani s užitekem (A) účelné užitečnosti srovnávání právních předmětů.

Podle nejvyšších užitků cílové užitečnosti srovnávání právních předmětů můžeme dělit srovnávání právních předmětů na: (A) vědecké; (B) úřednické; (C) soudcovské. Toto dělení

⁵⁸ BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A, s. 16-17. Původní znění: Comparative law thus makes it possible for a jurist to see his own legal system from a new point of view and from certain distance. In this new perspective one can obtain a better and more critical understanding of the function and value of old and well-known legal phenomena in one's own law... This increased understanding of one's own legal system also means that the jurist can look at this system without consciously or instinctively being bound by certain legal solutions which for other jurists, who do not have the benefit of comparative knowledge, seems obvious and irreplaceable, since they have never seen or heard of other methods used to resolve the same problem.“

považujeme za velmi důležité. Musíme však upozornit, že se jedná o dělení účelové, které nám má umožnit souhrnně vypovídat o určité skutečnosti. Co tím chceme říct? Tím chceme říct, že netvrdíme, že pouze úředníci provádí srovnávání právních předmětů s užitkem (B) cílové užitečnosti srovnávání právních předmětů, ani nemíníme nikoho, kdo srovnávání právních předmětů s takovým užitkem provádí, za úředníka označovat.

Toto dělení srovnávání právních předmětů považujeme za důležité proto, že nám umožňuje vypovídat o pravidelně se opakujících událostech, nastávajících v souvislosti s prováděním srovnávání právních předmětů. Ostatně, v předchozím oddílu této práce jsme řekli, že cíl srovnávání, či lépe a přesněji, cíl srovnávání právních předmětů, by měl být předmětem srovnávací právní vědy, a to už jen z toho důvodu, že klade srovnávání do výkladového rámce jeho vnitřní souvislosti. A toto je onen výkladový rámeček. Vysvětleme.

Jedním z kroků v postupu srovnávání právních předmětů bývá volba srovnávaných právních předmětů v mezích pojmu srovnávaných právních předmětů.

V případě vědeckého srovnávání právních předmětů by volba srovnávaných právních předmětů měla být provedena především s ohledem na naše vlastní omezení. To jednoduše znamená, že je-li pojmem srovnávaných právních předmětů právní úprava koupě, pak nám jde o srovnávání *všech* případů právní úpravy koupě v dějinách. Jelikož nejsme všemocní, budeme muset v rozsahu tohoto pojmu provést volbu srovnávaných právních předmětů. Tato volba by však měla být vázána na naše vlastní omezení. Jeví se jako nepřiměřeně náročné, třebaže možné, aby např. český právník cestoval do Jižní Ameriky, kde bude dalších několik let provádět srovnávání právní úpravy koupě u jihoamerických domorodých kmenů.

V případě úřednického srovnávání právních předmětů by volba srovnávaných právních předmětů měla být provedena s ohledem na naši vlastní potřebu. Jeví se jako zbytečné, aby zákonodárce kteréhokoliv soudobého státu, v zájmu přijetí nové právní úpravy koupě, prováděl srovnávání právní úpravy koupě u jihoamerických domorodých kmenů.

V případě soudcovského srovnávání právních předmětů by volba srovnávaných právních předmětů měla být provedena také s ohledem na naši vlastní potřebu, např. potřebu řádného odůvodnění určitého řešení na domácí půdě dosud neřešeného právního případu, anebo s ohledem na naši povinnost, např. povinnost eurokonformního výkladu.

A takto bychom mohli pokračovat. V rámci daného dělení srovnávání právních předmětů bychom mohli vypovídat o celé stavbě, skladbě a postupu srovnávání právních předmětů. Mohli bychom např. říct, že požadavek vědecké tvořivosti, zmíněný v dílu 1 této práce, se nevztahuje na úřednické a soudcovské srovnávání právních předmětů, a z toho důvodu musí tato srovnávání právních předmětů zcela odpovídat příslušnému vzorovému postupu srovnávání právních

předmětů. Mohli bychom např. říct, že v případě soudcovského, a zpravidla též i v případě úřednického srovnávání právních předmětů, neprovádíme tzv. makrokomparaci, tzn. srovnávání právních řádů.

Závěr. Jakkoliv otázka užitečnosti srovnávání právních předmětů znamená jistou určitost v cíli a závěru srovnávání, nesmí se srovnávací právní vědě nechat touto určitostí zmást, míní-li jejím prostřednictvím zmást druhé. Užitečnosti srovnávání právních předmětů je třeba rozumět jako nadstavbě toho, co jsme v předchozích dvou oddílech této práce řekli o skladebních prvcích srovnávání. Pojednání o užitečnosti srovnávání právních předmětů je třeba vždy rozumět spíše jako výkladové a učební pomůcce.

4 Postup srovnávání

V dílu 2 a 3 této práce jsme pojednali o stavbě a skladbě srovnávání, o celku srovnávání ze statického hlediska. V tomto dílu pojednáme o témže celku srovnávání, tentokrát však z dynamického hlediska.

Postup srovnávání, či lépe a přesněji, postup srovnávání právních předmětů je tou nejméně probádanou látkou srovnávací právní vědy.

Mathias Reimann píše: „V oboru, který má ve svém srdci srovnávání, musí být důkladné porozumění komparativní metodě středobodem jeho teoretického rámce. Přesto, je to právě tento středobod, který v našem oboru chybí. Pokusy vyvinout alespoň mírně sofistikovanou metodu srovnávání jsou zcela výjimečné, a co vím, jsou povětšinou také ignorovány.“⁵⁹

Walter Kamba píše: „Postup srovnávání, co se týče jeho vysvětlení, je zřejmě tím nejsložitějším aspektem srovnávací právní vědy a stávající literatura srovnávací právní vědy je nám v této věci také málo platná.“⁶⁰

Máme za to, že postup srovnávání probíhá ve čtyřech fázích. O první fázi srovnávání pojednáme v oddílu 1 tohoto dílu. O druhé fázi srovnávání pojednáme v oddílu 2 tohoto dílu. O nulté a třetí fázi srovnávání však pojednáme již na tomto místě.

Nultá fáze srovnávání spočívá především ve stanovení cíle srovnávání. Jelikož jsme v oddílu 3.2 této práce řekli, že k tomu, abychom mohli srovnávání provést, cíl srovnávání znát nemusíme, můžeme se od cíle srovnávání dále v této práci oprostít. Tím nemíníme otázku stanovení cíle srovnávání znevažít. Stanovení cíle srovnávání je klíčovým a zpravidla také tím nejtěžším krokem v celém postupu srovnávání, a než se mu věnovat málo, je lepší se mu nevěnovat vůbec. Navíc, co je – přísně vzato – postup srovnávání? Postup srovnávání není nic jiného než způsob uskutečnění cíle srovnávání. To znamená, že se k cíli srovnávání budeme v průběhu našeho

⁵⁹ REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. Viz pozn. 4, s. 689. Původní znění: „In a discipline with comparison at its heart, the centerpiece of its theoretical framework must be a thorough understanding of the comparative method. Yet, it is exactly this centerpiece that is largely missing in our field. Attempts to develop even a moderately sophisticated method of comparison have been exceedingly rare and, as far as I can see, happily ignored.“

⁶⁰ KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 511. Původní znění: „The process of comparison is, perhaps, the most difficult aspect of comparative law to clarify and there is little assistance to be derived from extant comparative legal literature.“

výkladu o první a druhé fázi srovnávání neustále vracet, neboť se jedná o fáze, které jsou do značné míry jen převráceným odrazem cíle srovnávání. Nic podstatného nám tak z našeho zorného pole neunikne.

První fáze srovnávání spočívá ve stanovení srovnávací veličiny a vymezení pojmu srovnávaných předmětů. Součástí první fáze srovnávání bývá obvykle též výběr srovnávaných předmětů z pojmu srovnávaných předmětů.

Druhá fáze srovnávání spočívá v poznání srovnávaných předmětů a jejich konečném srovnání. Druhá fáze srovnávání je ukončena závěrem srovnávání. Je-li s ukončením druhé fáze srovnávání naše srovnávání uzavřeno, co je poté třetí fází srovnávání?

Třetí fáze srovnávání spočívá v ověření závěru srovnávání a následné změně okolností vyslovených při stanovení cíle srovnávání. Jelikož jsme se rozhodli, že se stanovení cíle srovnávání nebudeme dále v této práci blíže věnovat, rozhodli jsme se, že se dále v této práci nebudeme blíže věnovat ani třetí fázi srovnávání. Pouze uvedme, že ne ve všech případech je možné závěr srovnávání ověřit. Ponechme stranou ty závěry srovnávání, o kterých jsme v oddílu 3.3 této práce řekli, že o nich zřejmě nelze smysluplně pochybovat. Z těch závěrů srovnávání, o nichž smysluplně pochybovat lze, není možné ověřit ty závěry srovnávání, pro jejichž ověření postrádáme např. potřebné dějinné prameny. Hraničním případem je poté srovnávání, jehož závěr je sice možné ověřit, ale opět jen srovnáním. Uvedme jeden příklad za všechny.

Jak ověříme, zda jsme právní úpravu X do právního řádu Y skutečně převzali? To, zda jsme právní úpravu X do právního řádu Y skutečně převzali, ověříme tak, že provedeme srovnávání právní úpravy X s právní úpravou Y, tj. s právní úpravou, o které tvrdíme, že je přejímkou právní úpravy X. Ověření závěru srovnávání výsledkem jiného srovnávání je poté možné pojímat buď tak, že třetí fáze není součástí postupu ani jednoho z těchto dvou na sebe navazujících srovnávání, anebo tak, že řekneme, že třetí fáze není součástí postupu jen toho následného, ověřovacího srovnávání.

Jakkoliv je možné nalézt případy srovnávání, u nichž provedení třetí fáze srovnávání nepřichází v úvahu, ve většině případů je řádné provedení třetí fáze srovnávání možné, ba dokonce vítané. Je ale třeba mít na paměti jedno. Praviděpodobnostní úsudek, který je obsažen v závěru srovnávání, např. úsudek „Pavel zítra porazí Karla v řeckořímském zápase.“, může být pravdivý nebo nepravdivý – ať už je to ten nebo onen, na tom, zda bylo srovnávání provedeno správně nebo špatně se nic nezmění. Něco se ale změní. To, co se do budoucna změní, či může změnit – opět v zásadě nezávisle na tom, zda se ve světle událostí závěr srovnávání ukáže jako pravdivý nebo nepravdivý – je probabilistický kalkul nacházející se spolu s cílem srovnávání v nulté fázi srovnávání.

Předtím než se pustíme do výkladu o první a druhé fáze srovnávání, musíme přiznat, že když mluvíme ve srovnávací právní vědě o postupu srovnávání, ne vždy docela dobře víme, o čem doopravdy mluvíme. Vysvětleme.

Mluvíme-li o postupu srovnávání, mluvíme o tom, jak má být (jak je) postup srovnávání uložen ve srovnávacím díle, které je jeho nositelem, nebo mluvíme o tom, co tomuto dílu předchází? Jaký je vztah mezi postupem srovnávání a postupem srovnávání uloženým ve srovnávacím díle? A mluvíme-li o postupu srovnávání mimo srovnávací dílo, o čem ve skutečnosti mluvíme, o tom co děláme, nebo o tom, co myslíme?

Jedná se o velmi složité otázky, na které v tuto chvíli nemáme přesnou odpověď. Můžeme však s jistotou říct, že jejich nezodpovězení způsobuje ve srovnávací právní vědě mnoho zmatků a rozpaků v chápání postupu srovnávání, neboť v důsledku toho, jak na ně odpovíme, mohou být dvě věty o postupu srovnávání na první čtení v rozporu, a na druhé naopak v souladu. Uveďme příklad.

Pro nás je např. souvislost mezi pojmem srovnávaných předmětů a srovnávanými předměty okamžitá. Co to znamená? To znamená, že je-li dán obsah pojmu srovnávaných předmětů, je dán *okamžitě* i jeho rozsah, a to zcela bez ohledu na to, zda víme nebo nevíme, které všechny předměty se v jeho rozsahu nachází. Je-li proto pojmem srovnávaných předmětů např. pojem občanského zákoníku, pak je francouzský občanský zákoník jeho případem, bez ohledu na to, zda o bytí francouzského občanského zákoníku víme nebo nevíme. Z toho důvodu poté součástí našeho postupu srovnávání není cesta od státu ke státu a sběr všech občanských zákoníků světa. Někdo jiný však může právě tuto cestu považovat za klíčovou součást postupu srovnávání. Ostatně, ani my nepopíráme, že tuto cestu světem budeme muset zpravidla vykonat. Jen se nám zdá zbytečné o ní v rámci postupu srovnávání hovořit.

Příležitostí pro takováto zdánlivá nedorozumění je v průběhu kteréhokoliv výkladu o postupu srovnávání mnoho. Je tak třeba vždy dát pozor, abychom se při vytýkání nedostatků neunáhlili a nevytkli něco, co v posledku může být zaviněno jen odlišným náhledem na tutéž záležitost.

Viktor Knapp píše: „Komparace ovšem obvykle nezačíná stanovením relátoru [rozuměj: pojmu srovnávaných předmětů]. Není to tedy, i když to není vyloučeno, myšlenkový pochod od relátoru ke srovnávaným předmětům a odtud dál k závěru, nýbrž zpravidla myšlenkový pochod od

srovnávaných předmětů k relátoru a odtud pak k závěrům. To znamená, že jsou dány předměty srovnávané a komparatista k nim hledá relátor.⁶¹

Pro naše chápání postupu srovnávání je příznačné – odhlédneme-li od nulté fáze srovnávání – že se jedná o postup srovnávání směrem od pojmu srovnávaných předmětů ke srovnávaným předmětům. Proč jsme zvolili právě tento postup srovnávání? V první řadě bychom rádi upozornili na to, že dle našeho názoru ona možnost převrátit postup srovnávání, o které tu mluví Viktor Knapp, není důsledně vzato možná. Ale celá záležitost je poměrně složitá a nemá jednoznačné řešení, neboť její řešení silně závisí na tom, jak myslíme to, co je pojem, co postup, co srovnávání a co vazba mezi nimi.

Viktor Knapp píše: „Musí [rozuměj: komparatista] nejprve určit, tj. izolovat, předmět srovnání (comparatum a comparandum), pak určit (izolovat) logickou abstrakcí relátor, tj. tertium comparationis, a pak teprve může začít rozumně srovnávat.“⁶²

V předchozí větě se dočteme, že i pro Viktora Knappa je postup srovnávání zahájen až s vymezením pojmu srovnávaných předmětů. Avšak Viktor Knapp na rozdíl od nás předpokládá, že ten, kdo srovnávání provádí, musí mít srovnávané předměty *před sebou*, aby byl schopen vymezit pojem srovnávaných předmětů. To, dle našeho názoru, není tak úplně dobře možné. Žádný předmět, přísně vzato, totiž nemůže být srovnávaným předmětem před vlastním pojmem srovnávaných předmětů. Připouštíme však, že na světě může nastat taková událost – a v jistém ohledu i musí – kdy jsou nám dány předměty a my si z nich odnášíme jejich pojem. Ale taková událost může ve své podstatě nastat jen náhodou. A co je náhodné, nevolíme.

Jde o to, že k okamžiku, kdy vyslovíme větu „Budeme srovnávat českou, ruskou a dánskou právní úpravu koupě.“, již pojem právní úpravy koupě musíme mít, jinak přeci nemůžeme být schopni ukázat na jeho jednotlivé případy. Uveďme ale příklad.

Nechť je právník. Tento právník nechť má zájem o soukromé právo a rád by provedl srovnávání *něčeho* v českém a chorvatském právním řádu. Z toho důvodu do těchto právních řádů nahlédne. Záhy se dozví, že součástí chorvatského právního řádu, na rozdíl od toho českého, není občanský zákoník. Jakkoliv tento náš právník stále neví, *čeho* by rád provedl srovnávání, nyní už ví, že nemůže provést srovnávání občanského zákoníku ve vybraných státech.

Toto předběžné šetření je podle nás tím, co Viktor Knapp myslí, když hovoří o postupu srovnávání od (srovnávaných) předmětů k pojmu srovnávaných předmětů. Po dlouhém uvažování nad smyslem tohoto předběžného šetření jsme dospěli k závěru, že jeho jediným smyslem je

⁶¹ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 4.

⁶² KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 4.

vyhovět našemu přání provést srovnávání *něčeho* – čehokoliv – v námi vybraných státech. Pokud bychom totiž toto předběžné šetření neprovedli, mohlo by se stát, že v námi vybraných státech žádný případ pojmu srovnávaných předmětů nenalezneme a pojem srovnávaných předmětů nás tak zavede na místa, která nás buď nezajímají a/nebo pro ně nejsme např. jazykově, časově nebo peněžně vybaveni.

Otázka zní, zda je toto předběžné šetření součástí postupu srovnávání, nebo ne. Dle našeho názoru lze věc vyřešit takto. Tomuto předběžnému šetření můžeme rozumět jako zkušenosti, díky níž *máme* pojem srovnávaných předmětů. Je-li pojmem srovnávaných předmětů pojem jablka, co je zkušeností, díky které máme pojem jablka? Bude-li zde znalec střeoevropského soukromého práva, který bude schopen vymezit pojem srovnávaných předmětů z *hlavy*, co je zkušeností, díky které je schopen *takto* vymezit pojem srovnávaných předmětů? Život sám?

Nechť je zkušenost, díky které máme pojem srovnávaných předmětů, poznamenána v nulté fázi srovnávání. Nechť je poté postup srovnávání – přísně vzato – vždy postupem od pojmu srovnávaných předmětů k srovnávaným předmětům. A nechť je důležitou otázkou srovnávací právní vědy otázky rozsahu našich znalostí a způsobu jejich nabytí k okamžiku vymezení pojmu srovnávaných předmětů ve vztahu k nestrannosti a nezávislosti našeho poznání srovnávaných předmětů.

S tím, o čem jsme hovořili v předchozím oddělení, souvisí zvláštní jev, s nímž se můžeme setkat v mnoha právněsrovnávacích dílech. Projevem tohoto zvláštního jevu jsou učebnicové obrazy jednotlivých právních předmětů, které velmi často bývají obsahem právněsrovnávacích děl.

Ten, kdo právněsrovnávací dílo píše, zpravidla nejprve podá určité učebnicové obrazy jednotlivých právních předmětů, např. obraz ruské právní úpravy koupě, obraz dánské právní úpravy koupě, obraz slovenské právní úpravy koupě, a teprve poté provede jejich srovnávání. Tím ten, kdo právněsrovnávací dílo píše, ať už vědomě nebo nevědomě, napodobuje události, které dobře známe z všedního života, např. nákup potravin v samoobsluze, kdy srovnávané předměty jakoby leží vyloženy a rozloženy přímo *před* námi.

Předložení těchto učebnicových obrazů právních předmětů bývá v soudobé srovnávací právní vědě považováno za první fázi srovnávání právních předmětů a obvykle nazýváno fází juxtapozitivní⁶³ nebo též deskriptivní⁶⁴. Dle našeho názoru se ale o *žádnou* fázi srovnávání nejedná a předložení těchto obrazů nemá ve vztahu k postupu srovnávání *žádné* opodstatnění. Důvod, proč

⁶³ Viz např. REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. Viz pozn. 4, s. 680.

⁶⁴ Viz např. KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 511.

předložení těchto učebnicových obrazů právních předmětů nemá ve vztahu k našemu postupu srovnávání, žádné opodstatnění, je ten, že předměty, které právě srovnáváme, stojí zcela nezávisle na našem srovnávání a srovnávacím díle, ve kterém je toto srovnávání uloženo.

Jisté opodstatnění však předložení těchto učebnicových obrazů právních předmětů v právněsrovnávacím díle mít může. Pakliže je jedinou rozhodnou vlastností našeho srovnávání právních úprav smluvní pokuty právní forma daného ujednání, pak vskutku jediným poznatkem o námi srovnávaných právních předmětech, který se z takového srovnávání právních předmětů dozvíme, je poznatek o požadované právní formě smluvní pokuty. *Někdo* by však rád znal nebo potřeboval znát *celou* právní úpravu smluvní pokuty v daných státech, a tak mu ten, kdo takové srovnávání právních předmětů provádí, vyjde v právněsrovnávacím díle vstříc a *celou* právní úpravu smluvní pokuty ve vybraných státech mu v něm vyloží.

Tento zvláštní jev poté vede k tomu, na co jsme upozorňovali v oddílu 3.1 a v oddílu 3.3 této práce: vede k výraznému přeceňování účelné užitečnosti srovnávání právních předmětů, neboť přenáší užitečnost těchto učebnicových obrazů právních předmětů na samotné srovnávání právních předmětů, a utužuje nešťastné pojmání právněsrovnávacího díla, a tudíž i srovnávání právních předmětů, jako prostého výdobytku jakési překladatelské služby právní vědy. Jelikož předložení těchto učebnicových obrazů právních předmětů napodobuje určitou skutečnost, může tento zvláštní jev vést také k chápání právněsrovnávacího díla jako nabídky čtenáři, aby provedl své vlastní srovnávání právních předmětů⁶⁵.

4.1 První fáze srovnávání: zahájení srovnávání

První fáze srovnávání se skládá z těchto dvou kroků: vymezení pojmu srovnávaných předmětů a stanovení srovnávací veličiny. Krokem této fáze srovnávání také obvykle bývá vlastní výběr srovnávaných předmětů z pojmu srovnávaných předmětů. Tomuto případnému kroku této fáze srovnávání se však dále v této práci nebudeme věnovat.

První fáze srovnávání je velice složitá. Její složitost spočívá ve vzájemné podmíněnosti pojmu srovnávaných předmětů a srovnávací veličiny, o níž jsme hovořili v oddílu 2.2 a v oddílu 2.3 této práce, jakož i v jejich přímé návaznosti na cíl srovnávání, o které jsme hovořili v oddílu 3.2 této práce.

⁶⁵ KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 512.

4.1.1 Vymezení pojmu srovnávaných předmětů

Vymezení pojmu srovnávaných právních předmětů je v soudobé srovnávací právní vědě, v rámci postupu srovnávání právních předmětů, tou nejčastěji probíranou látkou. Tato látka se v soudobé srovnávací právní vědě zpravidla probírá pod hlavičkou: *tertium comparationis*.

Názvosloví. Uvedme příklad. Necht' je cílem srovnávání koupit nejlepší rodinný vůz pro naši rodinu. A platí, že rodinný vůz je pro naši rodinu nejlepší tehdy, má-li modrou barvu, největší rozměr zavazadlového prostoru, nejnižší spotřebu paliva a nejnižší cenu. Co je v tomto příkladu srovnávací veličinou? Srovnávací veličinou je v tomto příkladu skvělost. Skvělost je v tomto příkladu vázána na určité vlastnosti, které lze o srovnávaných předmětech vypovídat. Které to jsou? Skvělost je v tomto příkladu vázána na: barvu, rozměr zavazadlového prostoru, spotřebu paliva a cenu. Vlastnosti, na které je srovnávací veličina vázána, nazýváme rozhodnými vlastnostmi pojmu srovnávaných předmětů. Je-li rozhodnou vlastností barva, pak o modré barvě říkáme, že je hodnotou této rozhodné vlastnosti.

Na uvedeném příkladu si můžeme všimnout, že je pojem srovnávaných předmětů do svého obsahu širší, a co do svého rozsahu užší, než by byl, pokud by byl jen souborem shora uvedených rozhodných vlastností. Důvod je ten, že pokud bychom srovnávali *všechny* předměty, o kterých lze vypovídat, že mají barvu, zavazadlový prostor, spotřebu paliva a cenu, snadno by se nám mohlo stát, že *tím* nejlepším pro naši rodinu bude golfové vozítko. Obsah pojmu srovnávaných předmětů tak bývá zpravidla rozšířen, a to prostřednictvím tzv. podstatné vlastnosti pojmu srovnávaných předmětů.

Zcela oprávněně se nám může zdát, že to, co je rozhodnou vlastností pojmu srovnávaných předmětům, není současně jeho vlastností podstatnou. Patrně bychom řekli, že pro to, co je společnost, není podstatné, že lze o ní vypovídat počet jejích členů. Patrně bychom řekli, že pro to, co je smluvní pokuta, není podstatné, že lze o ní vypovídat její právní formu. Řečeno jinými slovy, vedle rozhodných vlastností zpravidla budeme muset na pojmu srovnávaných předmětů vymežit i jeho vlastnost podstatnou.

S ohledem na názvosloví této práce je třeba upozornit, že to, o čem zde hovoříme jako o podstatné vlastnosti pojmu srovnávaných předmětů, přísně vzato žádná vlastnost není, ale je hodnota této vlastnosti. Vysvětleme.

Pro určitou právní úpravu je např. podstatné, že se něčeho týká. To, čeho se právní úprava týká – např. koupě – ale není podstatná vlastnost *této* právní úpravy, nýbrž hodnota, která jednu právní úpravu odlišuje od druhé.

Abychom to shrnuli. Podstatná vlastnost pojmu srovnávaných předmětů plní v zásadě dvojí úlohu. Její první úloha spočívá v tom, že rozšiřuje obsah pojmu srovnávaných předmětů, čímž zužuje jeho rozsah, aby odpovídal naší potřebě. Její druhá, také velmi významná úloha, spočívá v tom, že drží *všechny* vlastnosti, které je možné o srovnávaných předmětech vypovídat, v důsledku čehož zakládá rozhodnost těch vlastností, o kterých jsme se rozhodli v rámci daného srovnávání vypovídat.

Rozhraní pojmu srovnávaných právních předmětů. V jakém je pojem srovnávaných právních předmětů dán rozhraní? Pojem srovnávaných právních předmětů je dán v rozhraní nezávislém na rozhraní srovnávaných právních předmětů, jakkoliv je jeho nezávislost jistě omezena naší životní zkušeností. To znamená, že pokud srovnáváme českou a dánskou právní úpravu koupě, o tom, co je pojmem těchto srovnávaných právních předmětů se nedozvíme z ničeho jiného, kromě daného srovnávání právních předmětů. Pojem srovnávaných právních předmětů – např. pojem právní úpravy koupě – není vymezen s ohledem na to, co znamená „právní úprava koupě“ v právním životě např. české společnosti. A popravdě řečeno, ani takto být vymezen nemůže, což je dáno tím, co je pojem a co jeho případ. Velmi snadno se nám však může stát, že se necháme zmást zvykem a jazykem a začneme se domnívat, že hovoří-li ten, kdo srovnávání právních předmětů provádí, o právní úpravě koupě, hovoří o české právní úpravě koupě. Nehovoří. Nehovoří o *žádné* právní úpravě koupě. Hovoří o *pojmu* právní úpravy koupě.

Pakliže jsme si vědomi tohoto rozdílu mezi pojmem srovnávaných právních předmětů a srovnávanými právními předměty, nemusíme být tak přísní, jak to požadují Konrad Zweigert a Hein Kötz, když píší: „Otázka, které se komparativní studie věnuje, musí být položena s pomocí ryze funkcionálních termínů; problém musí být stanoven bez jakéhokoliv odkazu na pojmy vlastního právního systému.“⁶⁶ To, co je „otázka“ a „problém“ v pojetí Konrada Zweigerta a Heina Kötze, je totéž, co v našem pojetí podstatná vlastnost pojmu srovnávaných právních předmětů. Pro Konrada Zweigerta a Heina Kötze je „problém“ totéž, co pro nás např. „koupě“.

Funkcionalismus. Konrad Zweigert a Hein Kötz do srovnávací právní vědy, ve svém dnes už kanonizovaném díle *Introduction to Comparative Law*⁶⁷, v návaznosti na některé další

⁶⁶ ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 34. Původní znění: „The question to which any comparative study is devoted must be posed in purely functional terms; the problem must be stated without any reference to the concepts of one’s own legal system.“

⁶⁷ ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B.

představitele srovnávací právní vědy, slavně zavádí tzv. funkcionalismus, někdy též zvaný jako funkcionální metoda⁶⁸.

Konrad Zweigert a Hein Kötz zavádí funkcionalismus jakožto metodologický princip veškerého srovnávání právních předmětů. Funkcionalismus, tak jak jej zavádí Konrad Zweigert a Hein Kötz, je ale především soustava vět o právu, společnosti a vztahu mezi nimi – teprve poté i o srovnávání právních předmětů.

Klíčovou větou funkcionalismu, tak jak jej zavádí Konrad Zweigert a Hein Kötz, je věta o tom, že provádíme srovnávání právních úprav určité záležitosti – to znamená, že se ptáme po právní úpravě, jejíž funkcí je řešení určité záležitosti, určitého problému.

Pro nás je v tuto chvíli důležité, že záležitost, které se právní úprava týká – vytýká *tuto* právní úpravu z právního řádu. To znamená, že to, co je právní úprava vyvlastnění, není totéž, co zákon o vyvlastnění. Dále to znamená, že pouze na základě toho, že v určitém právním řádu nenacházíme *žádný* právní předpis o vyvlastnění, nesmíme předpokládat, že se v daném právním řádu nenachází *žádná* právní úprava vyvlastnění. Jednoduše řečeno, nesmíme se nechat zmást textovou a hypertextovou strukturou právního řádu.

Funkcionalismus v podání Konrada Zweigerta a Heina Kötze je od 80. let 20. století silně a dlouhodobě kritizován – to, co bylo řečeno v předchozím odstavci, ale zůstává ve své podstatě nezpochybněno. Na funkcionalismu v jejich podání je toho kritizováno velmi mnoho, obzvláště pak to, že *onu* záležitost, které se určitá právní úprava týká, ztotožňují s určitou empiricky verifikovatelnou konstelací práva a společnosti. Vysvětleme.

První, co musíme vysvětlit, je mechanismus funkcionalismu v podání Konrada Zweigerta a Heina Kötze. Konrad Zweigert a Hein Kötz považují větu o hodnotě podstatné vlastnosti pojmu srovnávané právní úpravy za hypotézu. Jedná se o nesmírně elegantní mechanismus, který zmátl srovnávací právní vědu na celá desetiletí.

Dejme tomu, že srovnáváme právní úpravu soužití muže a ženy. V rámci *tohoto* kroku v postupu srovnávání právních předmětů vymežíme pojem právní úpravy soužití muže a ženy. Na základě takto vymezeného pojmu srovnávaných právních předmětů následně můžeme rozdělit *všechny* společnosti na ty, které danou právní úpravu mají, a na ty, které ji nemají. Pouze na podkladě výsledku *hledání* srovnávaných právních předmětů, a ničeho jiného, bychom tak mohli např. tvrdit, že „Právní úprava soužití muže a ženy je z antropologického hlediska univerzální

⁶⁸ Např. CONINCK, Julie De. *The Functional Method of Comparative Law: 'Quo Vadis'?* Viz pozn. 31; nebo (A) MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. In: REIMANN, Mathias and Reinhard ZIMMERMANN, eds. *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. pp. 340-380.

právní úpravou.“ Takto bychom poté mohli pokračovat a budovat ucelenou soustavu poznatků o tom, *kteře* společnosti právně řeší *kteře* záležitosti.

Kritika, která se na tuto hypotetickou konstelaci snesla, je dvojího druhu. Zatímco první míří na samu tuto hypotetickou konstelaci, druhá míří na ztotožňování této hypotetické konstelace s krokem v postupu srovnávání právních předmětů, aniž by se jakkoliv k této hypotetické konstelaci vyjadřovala. A právě k této druhé kritice upínáme náš zrak. Julie De Coninck v tomto duchu píše: „Obecný trend tohoto návrhu je jasný: tím, že funkcionální metodě odpírá jakýkoliv nárok na empirickou realitu, radikálně omezuje cíle funkcionální metody ve srovnávací právní vědě. Funkce a problém by měly být chápány nikoliv jako empiricky ověřitelné skutečnosti, ale jako analytické nástroje srovnávání.“⁶⁹

Konrad Zweigert a Hein Kötz zmátli srovnávací právní vědu tím, že vzali krok v postupu srovnávání právních předmětů a přiřknuli mu zvláštní význam. Každý, kdo poté napadl tento význam, jako by současně napadl sám krok v postupu srovnávání právních předmětů. A trvalo poměrně dlouhou dobu, než si srovnávací právní věda uvědomila⁷⁰, že může jedno od druhého oddělit. Na tomto místě musíme podotknout, že rozumět tomu, co mají srovnávané předměty společného, jako pojmu srovnávaných předmětů, je názor, se kterým jsme se setkali výhradně u Viktora Knappa. Pro nás, kteří jsme s tímto názorem setkali, je téměř přirozené rozumět *kteřémukoliv* pojmu srovnávaných předmětů jen jako stavebnímu prvku každého srovnávání a jeho vymezení *pouze* jako kroku v postupu srovnávání. A takto mu budeme rozumět i nadále.

Myšlenka komparatistické ontologie. Komparatistickou ontologií rozumíme uspořádanou soustavu *všech* pojmů právních předmětů. Roger Cotterrell o předběžných otázkách srovnávací právní vědy píše: „Mezi ontologické otázky patří otázka po tom, co je srovnáváno, co lze považovat za srovnatelná jsoucna nebo za odpovídající empirické zaměření výzkumu. Ve srovnávací právní vědě může být srovnávání zaměřeno např. na právní pravidla nebo na právní styly, právní tradice nebo právní kultury; společenské problémy (jako je např. „kriminalita“ nebo „střet zaměstnanců a zaměstnavatelů“) upravené právem; nebo společenské instituce (jako je třeba „rodina“, „dědictví“ nebo „podnikání“) upravené právem.“⁷¹

⁶⁹ CONINCK, Julie De. *The Functional Method of Comparative Law: 'Quo Vadis'?* Viz pozn. 31, s. 337. Původní znění: „The general trend of this proposal is clear: it radically reduces the ambits of the functional method in comparative law, denying it any claim to empirical reality. Function and problem should be understood, not as empirically verified realities, but as analytical tools for comparison.“

⁷⁰ Např. MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. Viz pozn. 68A, s. 367; (A) HUSA, Jaako. *Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility*. In: *Reveu international de droit compare*, vol. 58, no. 4, 2006, p. 1102.

⁷¹ COTTERRELL, Roger. *Comparatists and Sociology*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 132.

Komparatistickou ontologii si vskutku můžeme představit jako výčet pojmů právních předmětů. Komparatistická ontologie je ale mnohem více než jen prostý výčet pojmů právních předmětů. Základním přínosem komparatistické ontologie by mělo být: umožnit těm, kteří provádí srovnávání právních předmětů, budovat v návaznosti na jimi prováděná srovnávání právních předmětů ucelenou soustavu poznatků o právu. Jak jim to komparatistická ontologie může umožnit? Uveďme příklad.

Jednou z nejpálčivějších otázek komparatistické ontologie je otázka vztahů mezi právními předměty. Otázka vztahů mezi právními předměty se vyjasní, uvědomíme-li si, že musíme rozlišovat mezi tím, co právě srovnáváme, a tím, co musíme poznat, abychom mohli dospět k výsledku srovnávání právních předmětů. Jistě tak můžeme srovnávat např. dva občanské zákoníky. Srovnáváme-li dva občanské zákoníky, ptáme se, na základě čeho jsme dospěli k *této* hodnotě *této* rozhodné vlastnosti *tohoto* srovnávaného právního předmětu – co je důkazem pro *tento* poznatek? Srovnáváme-li dva občanské zákoníky, pak *obsah* může být jejich rozhodnou vlastností, hodnotou této rozhodné vlastnosti může být *ta* a *ta* právní úprava a důkazem odkaz na daná místa v občanském zákoníku. Poté můžeme srovnávat např. dva právní řády. Srovnáváme-li dva právní řády, pak *počet právních předpisů* může být jejich rozhodnou vlastností, hodnotou této rozhodné vlastnosti může být určité číslo a důkazem odkaz na všechny právní předpisy v daném právním řádu, včetně občanského zákoníku, který jsme srovnávali v předchozím případě.

Tak, jako musíme rozlišovat mezi *tím*, co srovnáváme, a *tím*, co musíme poznat, abychom mohli dospět k výsledku srovnávání, musíme také rozlišovat mezi *tím*, na co míníme nebo můžeme z výsledku srovnávání usuzovat. Jakkoliv je vztah mezi *tím*, co srovnáváme, *tím*, co právě poznáváme, a *tím*, na co můžeme z výsledku srovnávání usuzovat, zprostředkovan vlastním srovnáváním, jeho *možnost* obnažuje vnitřní vztah mezi předměty. Komparatistická ontologie tak *tím*, že *předem* vysvětlí vztahy, které mezi právními předměty panují, usnadňuje provádění a hodnocení srovnávání právních předmětů, čímž zvyšuje důvěryhodnost poznatků nabytých jeho prostřednictvím a usnadňuje jejich sdílení.

Přestože jsme začali vztahem, základní položkou komparatistické ontologie je právní předmět, či lépe a přesněji, pojem právního předmětu. Komparatistickou ontologii zpravidla myslíme jako soustavu *všech* pojmů právních předmětů a pojem právního předmětu poté jako souhrn *všech* vlastností, které lze o právním předmětu vypovídat. To je základní představa, kterou

Původní znění: „Ontological questions relate to what is to be compared, what can be treated as comparable *entities* or appropriate empirical foci of research. In comparative law, foci of comparison might be, for example, legal rules or legal styles, traditions or cultures; or social problems (such as “crime” or “industrial conflict”) addressed by law; or social institutions (for example, “the family”, “inheritance” or “the business enterprise”) regulated legally.”

můžeme spojit s téměř každou ontologií, nejen s tou komparatistickou. Uvedme příklad, jak by *nejvyšší* pojem komparatistické ontologie mohl vypadat.

Významný představitel srovnávací právní vědy John Henry Merryman píše: „Musíme nejprve přijmout mnohem štedřejší pojetí „práva“ a „právního systému“... Začneme s „právním systémem“, kterému rozumím jako komplexu aktérů, institucí a procesů označovaných příslušníky a pozorovateli společnosti za „právní“, „soudní“ nebo za spojené s utvářením „práva“, „právního systému“ nebo „právního řádu“... Jedním z úkolů srovnávací právní vědy je popsat právní systémy a posoudit původ a význam jejich podobností a odlišností. Pro tento účel potřebujeme pojmovou soustavu.“⁷² A tuto soustavu, či lépe a přesněji, rozhodné vlastnosti právního systému, John Henry Merryman nabízí: *právní extenze* znamená dosah práva ve společnosti, tj. hranici mezi tím co je a není právem upraveno; *právní penetrace* znamená dopad práva na život ve společnosti; *právní kultura* znamená vnitřní logiku právního systému; *právní instituce*, tj. soudy, právně-výzkumné a právně-vzdělávací ústavy, právnické komory, zákonodárné sbory apod.; *právní aktéři*, tj. např. soudci, policisté, obhájci, státní zástupci nebo učitelé; *právní procesy*, tj. aktivity, které provádí právní instituce a právní aktéři; *sekundární normy* ve smyslu H. L. A. Harta⁷³; *právní náklady* na udržení právního systému v chodu.⁷⁴ Jak sám John Henry Merryman říká, to jsou základní složky právního systému – ty, které ho udržují v chodu, uskutečňují ho.⁷⁵

Jakkoliv se nám zdá být pojem právního systému Johna Henryho Merrymana velice povedený, osobně bychom si dokázali představit *celou* komparatistickou ontologii o něco více formální. Je důležité si uvědomit, že komparatistická ontologie by měla umožnit budování ucelené soustavy poznatků o právu většímu počtu lidí s často nesourodými názory. Aby komparatistická ontologie byla schopna následně všechny tyto nesourodé názory pojmut, měla by být o něco více formální, než to dovoluje sám pojem právního systému Johna Henryho Merrymana.

Byť jsme výše řekli, že základní představa o komparatistické ontologii je *ta o všech* pojmech právních předmětů a *všech* vlastnostech, které lze o právních předmětech vypovídat, je tato představa ve své podstatě nesmyslná. Není zde žádný důvod, proč by měla komparatistická ontologie *toto* všechno obsahovat. Naopak, *toto* všechno by mělo být postupně utvářeno spolu s tím, jak bude budována ucelená soustava poznatků o právu. Komparatistická ontologie by neměla

⁷² LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 62.

⁷³ „Podle pravidel jednoho typu, který může být považován za typ základní či primární, se na lidech žádá, aby nějakým způsobem jednali nebo aby se určitého jednání zdrželi, ať už si to přejí, či nikoliv... Podle sekundárních pravidel totiž lidé tím, že něco udělají nebo řeknou, zavádějí nová pravidla primárního typu, anulují nebo modifikují ta stará či různými způsoby stanoví jejich dopad nebo kontrolují jejich činnost. Pravidla prvního typu ukládají povinnosti, pravidla druhého typu udělují pravomoci – veřejné i soukromé.“ HART, Herbert Lionel A. *Pojem práva*. 2. vyd. Praha: Prostor, 2010, s. 91.

⁷⁴ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 63.

⁷⁵ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 64.

akademický diskurs potlačovat, ale měla by ho umožňovat – spíše než *všechny* pojmy právních předmětů měla by nám nabídnout nástroje, které nám umožní se *všemi* pojmy právních předmětů pracovat.

Jednota srovnávaného právního předmětu (právní úpravy). V dílu 1 této práce jsme hovořili o soustavě vzorových postupů srovnávání právních předmětů – přitom jsme zmínili názor Vernona Valentina Palmera, který hovořil o jejich škálování. Na daném místě jsme však *něco* o názoru Vernona Valentina Palmera zatajili. To, co jsme zatajili, je skutečnost, že Vernon Valentin Palmer jako možnost připouští i ono holobytné srovnávání právních úprav, opřené pouze o znění právních předpisů, proti kterému se jinak srovnávací právní věda tak bouří.⁷⁶ Takové srovnávání právních úprav bývá považováno srovnávací právní vědou za neúplné, a tak i za nedostatečné. Vernon Valentin Palmer neúplnost takového srovnávání právních úprav nezpochybňuje, ale tvrdí, s ohledem na případný poměr mezi náklady a výnosy, že i takovéto holobytné srovnávání právních úprav může mít své opodstatnění a není třeba jej předem odsuzovat.

Ponechme však tuto záležitost na okamžik stranou. To, co nás v tuto chvíli zajímá, je představa o úplnosti srovnávání právních úprav, kvůli které se nám jedno srovnávání právních úprav jeví jako lepší než druhé.

Aleš Gerloch píše: „V případě pramenů práva ve formálním smyslu jde o formy, které obsahují právní normy, dodávají v nich obsaženým pravidlům charakter práva. Pouze takové pravidlo chování, které má státem (resp. v mezinárodním právu společenstvím států) uznanou *formu* pramene práva, je *právní normou*.“⁷⁷

Úprava je právní, jestliže se nalézá v uznaném prameni práva. Zastáváme přísné oddělení mezi pramenem práva a právní úpravou. To, co realizujeme a aplikujeme, není pramen práva, ale úprava, která se v něm nalézá. Srovnáváme-li dvě právní úpravy, pak důkazem hodnoty rozhodné vlastnosti srovnávané právní úpravy je odkaz na pramen práva. Pramen práva není vlastností právní úpravy a dvě právní úpravy se v něm nemohou lišit – pramen práva a právní úprava *jsou* dva odlišné právní předměty. Při srovnávání právních úprav jeden z těchto právních předmětů poznáváme, zatímco druhý srovnáváme.

S ohledem na úplnost srovnávání právních úprav zpravidla připouštíme vedle formálních pramenů práva i prameny kvaziformální. Pokud by jednou ze srovnávaných právních úprav byla česká právní úprava, pak bychom např. řekli, že formálním pramenem práva je právní předpis

⁷⁶ PALMER, Vernon V. *From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*. Viz pozn. 23, s. 289.

⁷⁷ GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 7. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017, s. 71.

a kvaziformálním pramenem práva je úřední (soudní a správní) výklad a odborný výklad právních předpisů. Pakliže je poté jednou ze srovnávaných právních úprav česká právní úprava, pak pouze odkaz na některý z těchto *právních pramenů* může být považován za důkaz hodnoty rozhodné vlastnosti kterékoliv české právní úpravy.

Platí jednota právní úpravy (srovnávaného právního předmětu). Co to znamená? To znamená, že srovnávaná česká právní úprava je právě jedna. Jinými slovy, hodnota každé z vlastností kterékoliv srovnávané české právní úpravy může být pouze jedna. To znamená, a to je pro nás v tuto chvíli podstatné, že dva rozporuplné důkazy o hodnotě určité vlastnosti srovnávané české právní úpravy nemohou být současně pravdivé. Uvedme příklad.

Nechť je pojmem srovnávaných právních předmětů pojem právní úpravy zastoupení při založení právnické osoby jedním zakladatelem a rozhodnou vlastností této právní úpravy právní forma plné moci. Nechť je poté česká právní úprava zastoupení při založení právnické osoby jedním zakladatelem jednou ze srovnávaných právních úprav.

Hodnotou dané rozhodné vlastnosti české právní úpravy dané záležitosti je poté na základě formálního pramene práva: forma notářského zápisu⁷⁸. Hodnotou dané rozhodné vlastnosti české právní úpravy dané záležitosti je na základě kvaziformálního pramene práva: písemná forma s úředně ověřenými podpisy⁷⁹. Aby byla zachována jednota srovnávané právní úpravy, musí jeden z těchto důkazů převážít. V tomto případě převáží odkaz na kvaziformální právní pramen. Důvod je ten, že nás zajímá *ta* právní úprava, která *je* ve společnosti *účinná*. Proto zpravidla považuje srovnávací právní věda srovnávání právních úprav, opřené pouze o znění právních předpisů, za nedostatečné.

Nesmírně zajímavá je následující záležitost. Právní úpravu lze rozložit. Právní úpravu lze rozložit jak vertikálně, tak horizontálně. Rozkládáme-li právní úpravu vertikálně, rozkládáme ji na její právní stupně. Rozkládáme-li právní úpravu horizontálně, rozkládáme ji na její právní prameny. Ptáme se, lze vzájemně srovnávat tyto jednotlivé složky právní úpravy? Významný představitel srovnávací právní vědy, italský právník Rodolfo Sacco, nám ve své slavné nauce o právních formantech ukazuje, že ano. To, co Rodolfo Sacco srovnává⁸⁰, jsou právě horizontální složky *jedné* právní úpravy, které on nazývá právními formanty. To, co je pro nás v tuto chvíli

⁷⁸ § 441 odst. 2 občanského zákoníku. Viz pozn. 13.

⁷⁹ Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 27. 11. 2014, sp. zn. 29 Cdo 3919/2014, uveřejněné pod číslem 43/2015 Sbirky soudních rozhodnutí a stanovisek, část občanskoprávní a obchodní. In: nsoud.cz [online]. © Nejvyšší soud České republiky [cit. 1. 1. 2017].: Dostupné z http://www.nsoud.cz/Judikatura/judikatura_ns.nsf/WebSearch/03B05DAF303050B5C1257DB600364BE8?openDocument&Highlight=0,

⁸⁰ SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*. Viz pozn. 12; SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*. Viz pozn. 13.

zajímavé, je to, že každá složka právní úpravy si zachovává vlastní soběstačnost a pravdivostní hodnotu, tzn. je opět jedna – jedná se o jeden právní a potažmo i srovnávaný předmět. Rodolfo Sacco provádí srovnávání horizontálních složek jedné právní úpravy, tzv. právních formantů, za cílem poznání zákonitostí uskutečňování práva ve společnosti. Vysvětleme.

Srovnáváme-li dva právní formanty, pak se můžeme ptát, proč jsou dva právní formanty *odlišné*? Srovnáváme-li dvě právní úpravy, pak se můžeme ptát, proč jsou dvě právní úpravy *odlišné*? Jistě ale tušíme, že se množiny možných odpovědí na první a druhou otázku nebudou zcela překrývat. To je dáno tím, o *které* srovnávané právní předměty se jedná. Z každého druhu právních předmětů lze usuzovat na *něco* jiného. To, na co lze z výsledku srovnávání právních předmětů usuzovat, se liší v závislosti na tom, které právní předměty srovnáváme. Je proto nesmírně důležité vědět, co srovnáváme. Uveďme příklad.

Pro srovnávání právních úprav je příznačné, že důkazem pro hodnotu rozhodné vlastnosti srovnávané právní úpravy nemůže být neprávní pramen. V zájmu úplnosti se však ve srovnávací právní vědě někdy připouští, aby i neprávní pramen, např. vnitřní předpis, mohl být důkazem pro hodnotu rozhodné vlastnosti srovnávaných předmětů. Dle našeho názoru v takovém případě již nelze hovořit o srovnávání právních úprav – zda lze hovořit o srovnávání právních předmětů ponechme stranou. Srovnáváme-li dvě právní úpravy výkonu advokacie, poté z jejich *odlišnosti* můžeme usuzovat např. na to, že to, co není v první společnosti upraveno právem, zatímco ve druhé společnosti to upraveno právem je, musí být i v první společnosti *nějak* upraveno, třebaže ne zrovna právem – můžeme tak usuzovat na určitou neprávní úpravu jakožto na okolnost právní úpravy. Pakliže však srovnáváme dvě *jakékoliv* úpravy výkonu advokacie, pak na tuto okolnost usuzovat nemůžeme, protože v tomto případě může být neprávní pramen důkazem pro hodnotu rozhodné vlastnosti srovnávaných úprav – opět se tedy uplatní jednota srovnávaného (právního) předmětu.

K otázce okolností srovnávaných předmětů se ještě vrátíme v oddílu 4.3 této práce, na závěr tohoto oddělení pouze uveďme, že to, co první považují za dostatečné, tj. srovnávání právních úprav na základě právních pramenů, druzí považují za nedostatečné, stejně jako první považují za nedostatečné srovnávání právních úprav na základě formálních pramenů práva. Kde je tak ona hranice úplnosti srovnávání právních předmětů? V tomto ohledu stojíme zcela na straně Vernona Valentina Palmera. *Žádná jedna* předem a navždy daná hranice úplnosti srovnávání právních zde není.

Závěr. Není nám známo, že by se v soudobé srovnávací právní vědě o komparatistickou ontologii kdokoliv pokusil – to, co v soudobé srovnávací právní vědě můžeme nalézt, je spíše jen myšlenka⁸¹ komparatistické ontologie.

Je třeba upozornit na to, že se otázka komparatistické ontologie zodpovídá spolu s každým případem srovnávání právních předmětů. Není možné provést srovnávání právních předmětů a nezodpovědět otázku komparatistické ontologie. Někomu se může zdát, že se ho při srovnávání právních předmětů např. netýká otázka času, ve skutečnosti však takovou otázku zodpovídá, aniž by si to uvědomoval, neboť vždy musíme stanovit časový rámec poznání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů.

Potíž ale nespočívá pouze v tom, že každý z nás odpovídá na otázku po komparatistické ontologii samostatně, ale také v tom, že na ni *všichni* odpovídáme pod tlakem naší vnější zkušenosti s právem, která je silně ovlivněna *naším* právnickým vzděláním. Právnické vzdělání vcelku pochopitelně nesměruje ke srovnávání právních předmětů, nýbrž zejména k výkonu právnických povolání, čemuž se také přizpůsobuje i vlastní výuka a nauka o právu. A je dobře možné, že se jednou ukáže, že juristická ontologie není vhodná k tomu, aby sloužila za vzor komparatistické ontologii. Giovanni Sartori v tomto duchu píše: „Tradiční... politická věda zdělila množství pojmů, vymezovaných a upravovaných – ať už k lepšímu nebo k horšímu – generacemi filosofů a politických teoretiků. Do určité míry si tak tradiční politická věda mohla dovolit být „neuvědomělým myslitelem“ – myšlení bylo provedeno za ni... Každopádně, nová politická věda vyžaduje rekonceptualizaci. A obzvláště to platí v případě další komparativní expanze disciplíny.“⁸² A obdobně to platí i v případě *naší* komparatistické ontologie.

Jedním z příkladů rekonceptualizace juristické ontologie je to, že soudobá srovnávací právní věda zpravidla neváže pojem právního systému k území, jako to např. činíme v české právní vědě, ale ke společnosti, jako to např. činí John Henry Merryman výše. Díky tomu poté můžeme provádět srovnávání právních systémů (a jeho součástí) i takových společností, jež žádné území nemají. Ale jak se v návaznosti na tuto změnu v našem chápání pojmu nejvyššího právního

⁸¹ Viz např. KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 518; (A) GERBER, David J. *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?* In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 4, 1998, pp. 719–737; (B) KALLENBERG, Arthur L. *The Logic of Comparison: A Methodological Note on the Comparative Study of Political Systems*. In: *World Politics*, 1966, vol. 19, no. 1, p. 73.

⁸² SARTORI, Giovanni. *Concept Misinformation in Comparative Politics*. Viz pozn. 48, s. 1033–1034. Původní znění: „Traditional... political science inherited a vast array of concepts which had been previously defined and refined – for better and for worse – by generations of philosophers and political theorists. To some extent, therefore, the traditional political scientist could afford to be an „unconscious thinker“ – the thinking had already been done for him... However, the new political science engages in reconceptualization. And this is even more the case, necessarily, with the new comparative expansion of the discipline.“

předmětu změnilo naše chápání jemu podřízených pojmů právních předmětů, nikdo z nás již zřejmě netuší.

To, že nevyjasněnost komparatistické ontologie brání smysluplnému pochopení toho, co děláme, když provádíme srovnávání právních předmětů, si můžeme ukázat na rozkladu pojmu právního systému Johna Henryho Merrymana.

Jak jsme již uvedli výše, John Henry Merryman se domnívá, že právní systém popisují tyto skutečnosti: *právní extenze* znamená dosah práva ve společnosti, tj. hranici mezi tím co je a není právem upraveno; *právní penetrace* znamená dopad práva na život ve společnosti; *právní kultura* znamená vnitřní logiku právního systému; *právní instituce*, tj. soudy, právně-výzkumné a právně-vzdělávací ústavy, právnické komory, zákonodárné sbory apod.; *právní aktéři*, tj. např. soudci, policisté, obhájci, státní zástupci nebo učitelé; *právní procesy*, tj. aktivity, které provádí právní instituce a právní aktéři; *sekundární normy* ve smyslu H. L. A. Harta⁸³; *právní náklady* na udržení právního systému v chodu.

Za prvé si můžeme všimnout, že se John Henry Merryman dopouští téže chyby, jaké se popravdě řečeno dopouštíme i my na mnoha místech této práce: nerozlišuje a staví na jednu úroveň jak vlastnosti právního systému (právní extenze, právní penetrace, právní náklady), tak jeho součásti (právní instituce, právní aktéři, právní procesy).

Rozdíl mezi vlastnostmi a součástmi předmětu spočívá v tom, že součást předmětu je předmětem o sobě, zatímco vlastnost předmětu nikoliv (pouze jako pojem). Příkladem vlastnosti je hmotnost. Žádná bezpředmětná hmotnost *není*, nelze ji od předmětu oddělit.

Je tak potřeba nejprve *všechny* součásti právního systému převést na určitou vlastnost právního systému, např. na jeho složení, přičemž hodnotou této vlastnosti bude to, *které* právní předměty jsou právě součástí srovnávaného právního systému. Tato vlastnost právního systému je ale vlastností zvláštní povahy. Jistě rozumíme tomu, že např. hmotnost automobilu, jakož i jeho další vlastnosti, např. rychlost, se mění v závislosti na tom, zda automobil právě má nebo nemá motor. Nabízí se tudíž otázka, zda když provádíme srovnávání právních systémů, může být rozhodnou vlastností zároveň jak složení právního systému, tak vlastnosti právního systému, které jsou jeho složením podmíněny. Ponechme tuto otázku nezodpovězenou a zaměřme se dále na samo složení právního systému.

⁸³ „Podle pravidel jednoho typu, který může být považován za typ základní či primární, se na lidech žádá, aby nějakým způsobem jednali nebo aby se určitého jednání zdrželi, ať už si to přejí, či nikoliv... Podle sekundárních pravidel totiž lidé tím, že něco udělají nebo řeknou, zavádějí nová pravidla primárního typu, anulují nebo modifikují ta stará či různými způsoby stanoví jejich dopad nebo kontrolují jejich činnost. Pravidla prvního typu ukládají povinnosti, pravidla druhého typu udělují pravomoci – veřejné i soukromé.“ HART, Herbert Lionel A. *Pojem práva*. 2. vyd. Praha: Prostor, 2010, s. 91.

Při psaní této práce jsme se v souvislosti se srovnáváním právních předmětů usilovně zabývali problematikou bytí a mětí, preskriptivního a deskriptivního (racionálního a empirického) modu vět a dělením na „law in books“ a „law in action“. Jelikož se nám nepodařilo tuto problematiku zcela uspokojivě vyřešit, rozhodli jsme se, že ji z této práce vyřadíme. Podnětem našeho zájmu o tuto problematiku byla zásada srovnatelnosti a naše neschopnost jasně říct, *co s čím* srovnáváme a jaké jsou možnosti hodnocení toho kterého srovnávání. To, co nás trápí, je otázka, zda je možné o právním systému smysluplně tvrdit, že je současně složen jak z práva (právní úpravy), tak z toho, co je tímto právem upraveno? A pokud je to právě možné, jak tomu přizpůsobit provádění srovnávání právních předmětů?

Je-li legislativní proces totéž co právní úprava (v podstatě jakékoliv mětí) legislativního procesu, pak zřejmě nemá žádný smysl nimi rozlišovat. Jsme si však dobře vědomi, že o *určitém* legislativním procesu směřujícím k *určitému* právnímu předpisu toho můžeme vypovědět mnohem více, než kolik toho o něm můžeme vypovědět prostřednictvím jeho právní úpravy. Zároveň jsme si ale také vědomi, že neprávní okolnosti nemají právní následky – jaký poté máme v právní vědě důvod k tomu, abychom je vypovídali? Jenže, co je neprávní okolnost? Že je hranice mezi právní a neprávní okolností velice tenká, se ukáže ve chvíli, kdy se *někoho* zeptáme, aby řekl, které vlastnosti ujednání o smluvní pokutě by právně upravil: někdo by upravil formu ujednání, jiný zase výši smluvní pokuty, jiný množinu smluv, ke kterým lze smluvní pokutu ujednat atd. A je třeba si uvědomit, že právě takto se ptáme sami sebe před vlastním srovnáváním právních úprav smluvní pokuty, neboť se již před poznáním hodnot *případně* upravených vlastností smluvní pokuty musíme zabývat tím, které její vlastnosti jsou rozhodné.

Celá problematika je však mnohem složitější, obzvláště zapleteme-li do ní linku, o které jsme hovořili výše, linku poznávání-srovnávání-usuzování, a jako červenou nit i tázání se po předmětu právní vědy. Abychom se však vrátili k pojmu právního systému Johna Henryho Merrymana. John Henry Merryman o sekundárních normách tvrdí⁸⁴, že kromě jiného také vymezují právní instituce, právní aktéry a právní procesy, čímž se dostáváme k tomu, o čem jsme hovořili v předchozím odstavci. Sekundární normy jakožto součást právního systému, John Henry Merryman, na rozdíl od právních institucí, právních aktérů a právních procesů, ale podřazuje pod určitou vlastnost právního systému, kterou sám stanoví, a to právní extenzi, kam jistě náleží i primární normy, které jinak John Henry Merryman zcela vědomě a s nadsázkou z právního systému vyčleňuje⁸⁵.

⁸⁴ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 63.

⁸⁵ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 64.

Na závěr našeho rozkladu pojmu právního systému Johna Henryho Merrymana jsme si ponechali pojem právní kultury. Vedle toho, že pojem právní kultury chápe jako vnitřní logiku právního systému, chápe John Henry Merryman právní kulturu také takto: „Právo je kulturní výraz. Myšlenky o právu jsou hluboko zakořeněné a dějinně podmíněné složky kultury. Silně omezují a usměrňují myšlení o tom, co je právo, a o tom, které je řádné složení a fungování právního systému.“⁸⁶

V první řadě si všimněme něčeho, co je pro soudobou srovnávací právní vědu vsutku příznačné, a to chápání pojmu práva – odpovědi na otázku, co je právo – jako součásti nejvyššího pojmu právního předmětu, a nikoliv jako nejvyššího pojmu právního předmětu. Vraťme se však k pojmu právní kultury.

Ralf Michaels nalézá v soudobé srovnávací právní vědě celkem dvanáct pojmů právní kultury⁸⁷, což některé vede k prostému názoru, že by bylo lepší pojem právní kultury zcela odmítnout, a nahradit jej třeba pojmem právní tradice⁸⁸, než se jím dále zabývat.

Nejpromyšlenější se nám jeví pojem právní kultury v podání Marka Van Hoecka a Marka Warringtona, kteří skládají právní kulturu z následujících skutečností: *pojem práva*, tj. odpověď na otázku, co je právo; *teorie pramenů práva*, tj. kdo a jak je oprávněn nakládat s právem; *právní metodologie*, tj. teorie výkladu a utváření právního významu; *teorie právní argumentace*, tj. teorie přípustnosti argumentů a argumentačních strategií; *teorie legitimacy práva*, tj. na základě čeho lze tvrdit, že je *něco* právně závazné; *společenská ideologie*, tj. sdílený světonázor a hodnoty, které určují, které společenské záležitosti je třeba právně upravit.⁸⁹

Dle našeho názoru právní kultura *není* součástí právního systému. Dle našeho názoru je právní kultura určitý *výběr* součástí právního systému, který bývá považován za rozhodný, ať už z jakéhokoliv důvodu, pro *naše* srovnávání právních systémů. Ale to, co je součástí právního systému, stojí samo o sobě před výběrem součástí z právního systému a sám *výběr* součástí z právního systému, o tom, co *všechno* je součástí právního systému, nic netvrdí. Rozlišení na „právo jako kulturu“ a „právo jako pravidlo“, o kterém Mark Van Hoecke a Mark Warrington hovoří, tak

⁸⁶ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 63. Původní znění: „Law is a cultural expression. Ideas about law are a deeply-rooted, historically-conditioned component of the culture. They powerfully limit and direct thinking about what law is and about the proper composition and operation of the legal system. Legal culture can be thought of as the inner logic of the legal system.“

⁸⁷ MICHAELS, Ralf. *Legal Culture*. In: BASEDOW, Jurgen and Reinhard Zimmerman, eds. *Oxford Handbook of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, forthcoming. Dostupné z https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2390.

⁸⁸ GLENN, Patrick H. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-66.

⁸⁹ HOECKE, Mark Van and Mark WARRINGTON. *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, no. 3, 1998, p. 514.

není rozporuplné.⁹⁰ Toto jsou ty nesourodé a různorodé *výběry* z právního systému, které musí být komparatistická ontologie schopna pojmout, aniž by se přitom vyslovila ve prospěch kteréhokoliv z nich.

Tímto jsme ukončili náš rozklad a výklad o pojmu právního systému Johna Henryho Merrymana. Jednalo se o rozklad toho, co *vidíme*. K tomu, co nevidíme, dodejme toto. Pojem právního systému, je-li právní systém sociálním subsystémem, musí být vymezen spolu s pojmem společnosti, tj. sociálním systémem. Máme-li poté tento celek, musíme sestoupit do nižšího rozměru: do časoprostorového rozměru. V tomto rozměru musíme stanovit, co je jeden případ sociálního systému, a tak i právního systému. Máme-li jeden případ právního systému, můžeme jej uvést do vztahu k druhému případu právního systému. Tím se nám otevírají některé důležité možnosti, např. možnost dějin a tradice. Máme-li poté tento celek, musíme do něj zavést to, o co nám jde: linku poznávání-srovnávání-usuzování; čímž je ve své podstatě *určitá* komparatistická ontologie ukončena.

Opět však opakujeme, až do té doby, než budou zodpovězeny předběžné otázky, jejichž zodpovězení by nám mělo umožnit smysluplně vypovídat o právních předmětech a jejich srovnávání, nejsme zastánci žádné *určité* komparatistické ontologie. Jak klíčové je zodpovězení těchto předběžných otázek pro správné porozumění *určité* komparatistické ontologii jsme viděli při našem rozkladu pojmu právního systému Johna Henryho Merrymana.

4.1.2 Stanovení srovnávací veličiny

Co míníme, hovoříme-li o stanovení srovnávací veličiny? Stanovením srovnávací veličiny míníme stanovení pravidel, podle kterých určíme míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty – pravidel, které nám umožní vyslovit výsledek srovnávání.

V úvodu do tohoto oddílu jsme řekli, že stanovení cíle srovnávání, vymezení pojmu srovnávaných předmětů a stanovení srovnávací veličiny spolu úzce souvisí. Uveďme příklad.

Konrad Zweigert a Hein Kötz ve svém díle *Introduction to Comparative Law*⁹¹ představují srovnávání právních systémů s cílem jejich zařazení do právních rodin. Výběr vlastností (součástí) právního systému, který Konrad Zweigert a Hein Kötz považují za rozhodný, nazývají právním stylem. Právní styl označuje následující skutečnosti právního systému: „(1) jeho historické pozadí a vývoj, (2) převažující a charakteristický způsob myšlení v právních otázkách, (3) obzvláště

⁹⁰ HOECKE, Mark Van and Mark WARRINGTON. *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*. Viz pozn. 88, s. 502.

⁹¹ ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B.

příznačné právní instituce, (4) uznané druhy pramenů práva a způsob, jakým se s nimi zachází a (5) jeho ideologii.⁹²

Sám obsah právního stylu ponechme stranou. Jelikož Konrad Zweigert a Hein Kötz pouze vymezili rozhodné vlastnosti pojmu srovnávaných právních předmětů, pokusme se sami doplnit některá prázdná místa tohoto jejich srovnávání právních předmětů.

Řekli jsme, že cílem jejich srovnávání právních předmětů je zařadit právní systémy do právních rodin. Pakliže je zařazení právních systémů do právních rodin cílem srovnávání právních předmětů, pak je třeba stanovit podmínku, za které právní systémy utváří právní rodinu, např. „Dva právní systémy utváří právní rodinu, jsou-li totožné nebo podobné.“

Poté se ptáme, kdy jsou dva právní systémy totožné, podobné nebo odlišné? Odpovědět na tuto otázku, dle našeho názoru znamená stanovit srovnávací veličinu. V tomto případě stanovíme tři možné míry srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty. V jiných případech můžeme stanovit pouze dvě míry srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty, srovnáváme-li např. právní případy s cílem rozhodnout, zda právní případ (X) zakládá pro právní případ (Y) překážku věci rozsouzené. V jiných případech zase můžeme stanovit čtyři míry srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty. Vše závisí na naší potřebě.

Stanovit totožnost jakožto míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty je poměrně jednoduché. Můžeme říct, že dva právní systémy jsou totožné, jsou-li *všechny* hodnoty jejich rozhodných vlastností shodné. Stanovit odlišnost jakožto míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty je také poměrně jednoduché. Odlišnost můžeme chápat jako zbytkovou míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty. Nejsou-li tak srovnávané právní systémy totožné nebo podobné, jsou odlišné. Oříšek nastává ve chvíli, kdy máme stanovit podobnost jakožto míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty.

Podobnost jakožto míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty, dle našeho názoru, stejně jako každá jiná míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty, musí být smysluplná, nejen plnovýznamová – nesmí znamenat pouze uskutečnění určité možnosti mezi srovnávanými předměty. Provádíme-li srovnávání právních případů s cílem rozhodnout, zda právní případ (X) zakládá pro právní případ (Y) překážku věci rozsouzené, pak stanovení podobnosti jakožto míry srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty jednoduše není smysluplné, neboť zde není *žádný* třetí závěr daného srovnávání, je ale plnovýznamové, neboť

⁹² ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 68. Původní znění: „(1) its historical background and development, (2) its predominant and characteristic mode of thought in legal matters, (3) especially distinctive institutions, (4) the kind of legal sources it acknowledges and the way it handles them, and (5) its ideology.“

můžeme na základě takto stanovené podobnosti o dvou srovnávaných právních případech pravdivě nebo nepravdivě tvrdit, zda jsou nebo nejsou podobné – na tom, zda právní případ (X) zakládá pro právní případ (Y) překážku věci rozsouzené se však nic nezmění.

Aby tak míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty byla smysluplná, je třeba vzít v potaz cíl srovnávání. V našem případě je cílem daného srovnávání právních předmětů zařazení právních systémů do právních rodin. Přísně vzato, *pouhé* zařazení právních systémů do právních rodin nemůže být cílem daného srovnávání právních předmětů, pak by totiž *kteříkoliv* zařazení právních systémů do právních rodin bylo dostatečné.

Zcela souhlasíme s René Davidem, když píše: „Myšlenka „právní rodiny“ neodpovídá biologické realitě: nejedná se o nic jiného než o didaktickou pomůcku.“⁹³ A právě skutečnost, že se jedná o didaktickou pomůcku, musí být poté zohledněna při vymezení pojmu srovnávaných právních systémů, jejich rozhodných vlastností, a stanovení srovnávací veličiny – při stanovení podobnosti jakožto míry srovnávací veličiny mezi právními systémy.

Pochybnost nad srovnávací veličinou. Jak jsme již řekli v úvodu do dílu 2 této práce, v soudobé srovnávací právní vědě není srovnávací veličině věnována téměř žádná pozornost. A popravdě řečeno, srovnávací veličině není věnována téměř žádná pozornost ani mimo srovnávací právní vědu – srovnávací veličina dokonce zůstává do značné míry i stranou zájmu filozofie, třebaže je od dob Platóna otázka odlišnosti a totožnosti jednou z jejích základních otázek. Proto převážná většina toho, co je v této práci řečeno o srovnávací veličině, je výsledkem třibení mnoha cizích názorů, vlastního myšlení a neustálého roubení jednoho s druhým. Tímto se nemíníme zbavit odpovědnosti za případné nejasnosti a nepřesnosti, ba naopak, rádi bychom předtím, než se pustíme do samotného výkladu o stanovení srovnávací veličiny, na některé z možných nedostatků v krátkosti upozornili a nabídli mírně odlišné hledisko.

Po dlouhou dobu nám byla trnem v oku věta, která tvrdí, že srovnávání spočívá v zjišťování podobnosti nebo odlišnosti mezi srovnávanými předměty. Tato věta, s níž se můžeme poměrně často v soudobé srovnávací právní vědě setkat, totiž spojuje srovnávání a *určitou* srovnávací veličinu takovým způsobem, že jedno bez druhého nelze dále myslet. Toto spojení, dle našeho názoru, nejenže vede k opomíjení srovnávací veličiny pro její samozřejmost, ale ani nevystihuje rozmanitost, s níž se můžeme v souvislosti se srovnáváním a srovnáváním právních předmětů

⁹³ DAVID, René da and John E. C. BRIERLEY. *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*. 3rd ed. London: Stevens, 1985, p. 21. Původní znění: „The idea of „legal family“ does not correspond to biological reality: it is no more than a didactic device.“

setkat. Výpovědní hodnotu dané věty jsme proto zrušili. Zrušili jsme ji tak, že jsme do našeho uvažování o srovnávání zavedli *možnost* srovnávací veličiny, čímž jsme přerušili ono osudové spojení mezi srovnáváním a *určitou* srovnávací veličinou. Tím, že jsme toto osudové spojení přerušili, postavili jsme před každé srovnávání *volbu* srovnávací veličiny, a tak ustavili srovnávací veličinu za jeden ze stavebních prvků každého srovnávání a podtrhli, že srovnávání je zcela v *naší* moci.

Naše snaha vyzdvihnout úlohu srovnávací veličiny není náhodná. Všimněme si, že o pojmu srovnávaných předmětů, jakož i o srovnávaných předmětech, můžeme hovořit zcela nezávisle na srovnávání. Můžeme přeci sáhodlouze hovořit o pojmu práva, o pojmu právního řádu nebo o pojmu právní úpravy, aniž bychom kdykoliv cokoliv řekli o srovnávání jejich případů. To, co činí srovnávání srovnáváním, není jakkoliv důležité vymezení pojmu srovnávaných předmětů, ale stanovení srovnávací veličiny.

První chyba, které jsme se dopustili, byla ta, že jsme ve snaze vyzdvihnout úlohu srovnávací veličiny její úlohu přecenili. V předchozím oddělení jsme uvedli, že k tomu, abychom mohli provést srovnávání, nestačí pouze vymežit pojem srovnávaných předmětů. Totéž by však mělo platit i obráceně, tzn. k tomu, abychom mohli provést srovnávání, nestačí pouze stanovit srovnávací veličinu. Od oddílu 2.2 této práce však platilo, z důvodu uvedeného v předchozím oddělení, že k provedení srovnávání postačí, stanovíme-li srovnávací veličinu, neboť skrze srovnávací veličinu vždy zároveň vymežíme i pojem srovnávaných předmětů, byť ne zpravidla tak, jak odpovídá našim potřebám, což jsme ukázali v pododdílu 4.1.1 této práce.

Předpokládali jsme tudíž prvenství srovnávací veličiny. V souladu s tím, v první osnově této práce dokonce nebylo prvním krokem první fáze srovnávání vymezení pojmu srovnávaných předmětů, ale samo stanovení srovnávací veličiny. Postupem času se ale začalo ukazovat, že bude rozumnější, zachováme-li ve vztahu k postupu srovnávání prvořadost pojmu srovnávaných předmětů a prvořadost srovnávací veličiny již nebudeme dále uvažovat.

Druhá chyba, které jsme se dopustili, byla ta, že jsme podcenili úlohu věty, která tvrdí, že srovnávání spočívá v zjišťování podobnosti nebo odlišnosti mezi srovnávanými předměty. V této práci není *žádná* věta o srovnávání, která by se ve své všeobecné srozumitelnosti mohla dané větě rovnat. Tato práce postrádá podobně *jednoduchou* větu, která by učebnicově vystihovala podstatu srovnávání. Jedna taková věta je ve srovnávací právní vědě jistě potřeba, neměla by však, podle našeho názoru, obsahovat tatáž jména, která užíváme pro pojmenování určité míry srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty.

Třetí a nejtěžší chyba, které jsme se v našich úvahách dopustili, leží zapletena v dělení srovnávání dle srovnávací veličiny na ordinální a kardinální, které jsme zavedli v oddílu 2.2 této práce.

Naše základní myšlenka byla a zůstala prostá. Je srovnávání, při kterém nám jde o stanovení pořadí srovnávaných předmětů, tzv. ordinální, a je srovnávání, při kterém nám jde o něco docela jiného než o stanovení pořadí srovnávaných předmětů, tzv. kardinální. Za vzorový příklad ordinálního srovnávání jsme považovali (a považujeme) srovnávání právních úprav s cílem převzetí té nejlepší ze srovnávaných právních úprav. Za vzorový příklad kardinálního srovnávání jsme považovali (a považujeme) srovnávání právních systémů s cílem zařazení právních systémů do právních rodin.

Chyba, které jsme se dopustili, je následující. Vzali jsme dva shora uvedené vzorové příklady srovnávání a představili jsme si jejich možný výsledek. Na jedné, ordinální straně stála věta „Právní úprava X je lepší než právní úprava Y.“ Na druhé, kardinální straně stála věta „Právní systém X je podobný právnímu systému Y.“ Odtud jsme poté došli k přesvědčení, že to, zda provádíme ordinální nebo kardinální srovnávání, se projevuje tím, co stojí ve výsledku srovnávání mezi srovnávanými předměty; dospěli jsme také k přesvědčení, že volba srovnávání, které chceme provádět, předurčuje volbu srovnávací veličiny, pod kterou ho chceme provádět, a to alespoň v případě kardinálního srovnávání. Na základě těchto dvou přesvědčení jsme poté zavedli v oddílu 2.2 této práce dělení srovnávání na ordinální a kardinální dle srovnávací veličiny, čímž jsme nevědomky zachovali to, co se nám od samého počátku nelíbilo: takové spojení srovnávání a *určité* srovnávací veličiny, že jedno bez druhého nelze myslet.

Postupem času se ale ukázalo, že naše dělení srovnávání na ordinální a kardinální dle srovnávací veličiny neodpovídá skutečnosti. Vysvětleme.

Nechť je výsledkem srovnávání např. věta „Pavel je rychlejší než Karel.“ a závěrem takového srovnávání např. věta „Pavel mohl Karla ubodat nožem.“ Vidíme, že i přesto, že ve výsledku daného srovnávání stojí mezi srovnávanými předměty míra určité ordinální srovnávací veličiny, o pořadí srovnávaných předmětů nám však ve skutečnosti nejde. Uveďme další příklad.

Nechť je výsledkem srovnávání např. věta „Počet účinných právních předpisů je v právním řádu X větší než v právním řádu Y.“ a závěrem takového srovnávání např. věta „Počet účinných právních ustanovení je v právním řádu X větší než v právním řádu Y.“

Podle toho, jak jsme v oddílu 2.2 této práce zavedli dělení srovnávání dle srovnávací veličiny, by byl shora uvedený příklad příkladem ordinálního srovnávání, a to proto, že míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty je vyjádřena prostřednictvím některého z názvů znamenajících: více, méně nebo rovno. Opět však vidíme, že nám ani ve shora uvedeném příkladu

nejde o stanovení pořadí srovnávaných předmětů. Potíž patrně leží v tom, že to, prostřednictvím kterého z názvů je míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty vyjádřena, není ani tak výrazem toho, o které srovnávání se jedná, jako spíše naší potřeby a povahy vlastností, kterých se míra srovnávací veličiny týká. Vysvětleme.

Nechť je množství účinných právních předpisů vlastností právního řádu. O dvou stavech českého právního řádu poté můžeme říct, že „Počet účinných právních předpisů je ve stavech X a Y českého právního řádu odlišný.“, stejně jako o nich můžeme říct, že „Počet účinných právních předpisů je ve stavu X českého právního řádu větší než ve stavu Y českého právního řádu.“

Dejme tomu, že se počet účinných právních předpisů v českém právním řádu rok od roku mění – změnu v počtu účinných právních předpisů v českém právním řádu můžeme stav od stavu očekávat. Co však nemůžeme očekávat je skoková změna v počtu účinných právních předpisů v českém právním řádu. A přesto taková skoková změna může nastat. Dejme tomu, že nastane.

K tomu, abychom mohli usuzovat na to, že nastala událost, která zapříčinila skokovou změnu v počtu účinných právních předpisů v českém právním řádu, nám postačí, jsou-li stavy X a Y českého právního řádu odlišné, tzn. nikoliv podobné nebo totožné. Pro tento úsudek vůbec nepotřebujeme vědět, na kterou stranu daná skoková změna v počtu účinných právních předpisů v českém právním řádu právě nastala. Nyní si ale představme, že máme po ruce sadu možných příčin, které mohly zapříčinit onu skokovou změnu v počtu účinných právních předpisů v českém právním řádu. Takto poté víme, že zatímco např. (re)kodifikace právního odvětví a purifikace právního řádu může skokově *snižít* počet účinných právních předpisů v právním řádu, vstup státu do Evropské Unie může skokově *zvýšit* počet účinných právních předpisů v právním řádu.

Máme-li takto po ruce sadu možných příčin, které mohly zapříčinit skokovou změnu v počtu účinných právních předpisů v českém právním řádu, pak je již pro nás důležité vědět, nejen zda jsou stavy X a Y českého právního řádu odlišné, ale také na kterou stranu jsou odlišné.

Vidíme tak, že to, zda je míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty vyjádřena prostřednictvím některého z názvů znamenajících více, méně a rovno, nebo právě některého z názvů znamenajících odlišnost, podobnost nebo totožnost, záleží spíše na naší potřebě, nežli na tom, zda se jedná o určitý druh srovnávání. Nezáleží však *pouze* na naší potřebě. Sotva bychom mohli o dvou právních jednáních říct, že mají více, méně nebo rovno právní formy. Záleží tudíž i na povaze toho, co míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty odráží.

Ukazuje se tak, že námi zavedené dělení srovnávání na ordinální a kardinální dle srovnávací veličiny, není dobré. Jakkoliv dělení srovnávání na ordinální a kardinální dle srovnávací veličiny není dobré, neznamená to, že samo intuitivní a primitivní dělení srovnávání na ordinální a kardinální dle toho, o co nám v něm jde, je špatné.

Potíže při stanovování srovnávací veličiny. První otázka, na kterou bychom měli odpovědět, je otázka po tom, co je srovnávací veličina? V oddílu 2.2 této práce jsme řekli, obdobně jako v prvním oddělení tohoto pododdílu, že srovnávací veličina je soustava pravidel, která nám na základě hodnoty zvolené rozhodné vlastnosti srovnávaných předmětů umožňuje určit míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty, tzn. vyslovit výsledek srovnávání. Je však zjevné, že tato odpověď nám nedává odpověď na shora položenou otázku.

Srovnávací veličin je opět *něco*, co lze vypovídat o srovnávaných předmětech – nazvěme *to* třeba vlastnost, ale řekněme, že určitá vlastnost stojí na místě srovnávací veličiny. Dejme poté tomu, že na místě srovnávací veličiny může stát určitá kvantita nebo kvalita.

Nechť na místě srovnávací veličiny stojí: množství účinných právních předpisů. Množství účinných právních předpisů je kvantita, kterou lze vypovídat o právním řádu. Nechť je poté výsledkem srovnávání dvou právních řádů pod danou srovnávací veličinou např. věta „Počet účinných právních předpisů v právním řádu X je větší než v právním řádu Y.“ Způsob, kterým stanovíme množství účinných právních předpisů – kvantitu C – jakožto srovnávací veličinu, může být následující: o právním řádu (X) říkáme, že má větší počet účinných právních předpisů než právní řád (Y), jestliže platí, že $A \text{ minus } B \text{ rovná se plus } (M)$, kde (A) je hodnota kvantity C právního řádu (X), zatímco (B) je hodnota kvantity C právního řádu (Y). Obdobným způsobem poté můžeme pro jiné předměty stanovit jakožto srovnávací veličinu např. výšku.

Nechť na místě srovnávací veličiny stojí: přehlednost právního řádu. Přehlednost právního řádu již není kvantita, ale kvalita, kterou lze vypovídat o právním řádu. Nechť je poté výsledkem srovnávání dvou právních řádů pod danou srovnávací veličinou např. věta „Právní řád X je přehlednější než právní řád Y.“ Způsob, kterým stanovíme přehlednost právního řádu nechť je následující: o právním řádu (X) říkáme, že je přehlednější než právní řád (Y), jestliže o něm právě platí, že: má (1) menší počet účinných právních předpisů; má (2) menší počet účinných právních ustanovení; má (3) v posledních třech letech menší počet změn právních předpisů. Každou z kvantit (1), (2) a (3) musíme opět stanovit způsobem uvedeným výše.

Upozorňujeme, že sada pravidel srovnávací veličiny jak pro kvantitu, tak pro kvalitu, je mnohem širší, než bylo uvedeno v předchozích dvou odstavcích. Obzvláště je důležité dát pozor na sadu pravidel srovnávací veličiny pro kvalitu. O právním řádu (X) můžeme např. říkat, že je přehlednější než právní řád (Y) i tehdy, *nemá-li* v posledních třech letech menší počet změn právních předpisů.

Co je rozhodnou vlastností srovnávaných předmětů? Výše jsme řekli, že rozhodnou vlastností právních systémů může být např. právní styl Konrada Zweigerta a Heina Kötz. Vraťme se ke shora uvedenému srovnávání dvou právních řádů dle přehlednosti. Všimněme si, že právní styl se má ke srovnávací veličině stejně tak, jako se má právě kvantita (1), (2) a (3) k přehlednosti právního řádu. V jednom i druhém případě stojí na místě srovnávací veličiny kvalita. Zatímco v jednom případě je touto kvalitou přehlednost, v druhém případě je touto kvalitou? To, co je v druhém případě kvalitou, jsme nazvali kardinalitou, tj. kardinální srovnávací veličinou. Proč právě kardinalitou? Kardinalitou proto, že se nám zdá, že ji na rozdíl např. od přehlednosti, ale i třeba od hmotnosti, rychlosti nebo spravedlnosti, nelze vypovídat o *jednom* předmětu a zároveň podle ní nelze stanovit pořadí srovnávaných předmětů. Nechme však dále tuto záležitost stranou.

Všimněme si, že stojí-li na místě srovnávací veličiny kvalita, pak nemáme potíže rozlišit mezi srovnávací veličinou a rozhodnou vlastností, a to i kdyby byla pouze jedna. Potíž však nastává v okamžiku, kdy na místě srovnávací veličiny stojí kvantita, neboť se poté zdá, že mezi srovnávací veličinou a rozhodnou vlastností není žádný rozdíl, jako např. ve větě „Pavel je vyšší než Karel.“ Jenže jak víme, že je v dané větě srovnávací veličinou výška? Vraťme se na okamžik k předchozímu oddělení. V daném oddělení jsme nejprve stanovili určitou kvantitu, množství účinných právních předpisů v právním řádu, a poté jsme stanovili určitou kvalitu, přehlednost právního řádu, pro kterou bylo množství účinných právních předpisů v právním řádu rozhodnou vlastností. Jak tedy víme, že věta „Počet účinných právních předpisů v právním řádu X je větší než v právním řádu Y.“ je výsledkem srovnávání pod danou kvantitou, a nikoliv součástí srovnávání pod danou kvalitou. Navíc, výše jsme řekli, že „být vyšší“ a „být odlišný“ je věcí naší potřeby. Je tak dobře možné, že na místě srovnávací veličiny může stát pouze určitá kvalita. Ponechme však tuto záležitost dále stranou. Otevřeli se nám dvě nové otázky.

Stojí-li na místě srovnávací veličiny kvalita, může se zdát, že je zde jedno srovnávání za každou rozhodnou vlastnost srovnávaných předmětů plus jedno srovnávání mezi srovnávanými předměty (podle srovnávací veličiny), neboť např. věta „Právní řád X je přehlednější než právní řád Y.“ znamená větu „Právní řád X má menší počet účinných právních předpisů než právní řád Y.“, větu „Právní řád X má menší počet účinných právních ustanovení než právní řád Y.“ a větu „Právní řád X má menší počet změn právních předpisů v posledních třech letech než právní řád Y.“ Kolik tak provádíme srovnávání celkem? Dle našeho názoru jedno, a to mezi srovnávanými předměty (podle srovnávací veličiny), neboť pouze z něho usuzujeme na závěr srovnávání. Potíž s tímto tvrzením je následující.

Všimněme si, že věta „Dva právní systémy utváří právní rodinu, jsou-li totožné.“ říká právě tolik, co věta „Dva právní systémy utváří právní rodinu, jsou-li hodnoty všech jejich rozhodných

vlastností shodné.“ Stanovení totožnosti jakožto míry srovnávací veličiny se tak jeví jako ryze nadbytečné. A možná, že tomu tak vsutku je. Možná, že otázka srovnávací veličiny a výsledku srovnávání je zde pouze od toho, aby nám usnadnila obecnou výpověď o srovnávání a chápání postupu srovnávání.

Dvě školy srovnávací právní vědy. V soudobé srovnávací právní vědě nalézáme dvě školy myšlení: školu podobnostní a školu odlišnostní. Zatímco podobnostní škola srovnávací právní vědy je zaměřena na překonávání odlišností a vyhledávání podobností mezi srovnávanými právními předměty, odlišnostní škola je zaměřena na vyhledávání odlišností mezi srovnávanými právními předměty.

Podobnostní škola srovnávací právní vědy je škola dějinně starší. Vznik podobnostní školy srovnávací právní vědy můžeme ztotožnit se založením *Société de la législation comparée* v roce 1869 v Paříži, jejímž zkráceným mottem bylo „Zákony jsou různé, právo je jediné.“⁹⁴ Toto motto v zásadě předurčilo chápání srovnávací právní vědy až do druhé poloviny 20. století. Srovnávací právní věda byla po dlouhou dobu chápána jako *něco*, co má vést ke sblížení nebo až k sjednocení zákonů světa – k překonání odlišností.

Nechvalně známým vrcholem podobnostní školy srovnávací právní vědy je tzv. domněnka podobnosti (*praesumptio similitudinis*) Konrada Zweigerta a Heina Kötz. Domněnka podobnosti je velmi jednoduchá a zní: všechny společnosti řeší (ať už právně nebo jinak) své problémy podobně. Odtud poté pro Konrada Zweigerta a Heina Kötz vyplývá následující poučka hodnocení srovnávání: pakliže Vám vyšlo, že jsou srovnávané (právní) úpravy odlišné, pak jste někde udělali chybu.⁹⁵

Odlišnostní škola srovnávací právní vědy se utváří od 80. let 20. století jako kritika podobnostní školy srovnávací právní vědy. Ponechme stranou, že domněnka podobnosti Konrada Zweigerta a Heina Kötz je tou nejkritizovanější myšlenkou⁹⁶, kterou v soudobé srovnávací právní vědě nacházíme, ona skutečně druhová a silová kritika míří na zaměření podobnostní školy srovnávací právní vědy na srovnávání právních ustanovení a předpisů. Příkladem nám může být právní rodopisectví. Právní rodopisectví, které ve své podstatě spočívá ve sledování dějinného postupu právních ustanovení či právních předpisů, je úzce spjato právě s podobnostní školou srovnávací právní vědy.

⁹⁴ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 10.

⁹⁵ ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 40.

⁹⁶ MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. Viz pozn. 68A, s. 369.

Odlišnostní škola srovnávací právní vědy, která kritizuje zaměření podobnostní školy srovnávací právní vědy na srovnávání právních ustanovení a předpisů, sama zastává nahlížení „práva jako kultury“. Odlišnostní škola srovnávací právní vědy poté tvrdí, že *podobnost* mezi právními ustanoveními a předpisy neznamena *podobnost* mezi právními úpravami (právními systémy), je-li právní kultura právních systémů *odlišná*.

Odlišnostní škola srovnávací právní vědy na svém podobnostním protějšku dále kritizuje doktrinální podtón, kterým se podobnostní škola srovnávací právní vědy vyznačuje. Příkladem může být tzv. hledání společného právního jádra, které bývá s podobnostní školou srovnávací právní vědy také úzce spojováno. Vysvětlit nalezení určitého společného právního jádra je možné hned několika způsoby. Obecně vzato, v současné době převládá spíše archetypická, než prototypická explanace společného právního jádra, třebaže se obě explanace do jisté míry doplňují a podporují. Prototypická explanace společného právního jádra se opírá o společného právního předka. Archetypická explanace společného právního jádra se opírá o společnost (lidství) a společnou životní zkušenost. Podnětem pro archetypickou explanaci společného právního jádra může být např. věta Maxe Rheinsteina, která říká, že je přibližně osmdesáti procentní pravděpodobnost, že právní řešení určitého soukromoprávního případu bude ve Francii, Spojených státech amerických, Kanadě, Argentině a Japonsku totožné.⁹⁷ Archetypická explanace společného právního jádra tak míří k určité racionální koncepci jusnaturalistické doktríny a přesvědčení, že i dva na sobě nezávislé právní systémy (bez společného právního předka) jsou vždy do určité míry podobné – odtud poté domněnka podobnosti. Jak už to tak bývá, akademická doktrína se velmi často stává srdcem politické ideologie, proto mnozí, obzvláště pak angloameričtí představitelé srovnávací právní vědy považují např. hledání společného právního jádra na území Evropské unie za ryze politickou aktivitu, která má vést k utužení kolektivní identity.⁹⁸

Popravdě řečeno, odlišnostní škola srovnávací právní vědy, co se týče doktrinálního podtónu, na tom není o moc lépe než podobnostní škola srovnávací právní vědy. Valenční potenciál mezi kulturou, kolektivní identitou a politickou ideologií je nesmírně vysoký, jak také dokazují dějiny lidského myšlení. Odlišnostní škola srovnávací právní věda tak v duchu postmoderního anti-humanismu chápe svůj podobnostní protějšek za útok na svébytnost lidských společenství a sebe za obránce druhové rozmanitosti lidstva – odtud např. ono výše zmiňované odkázání pojmu práva z oblasti univerzalizmu do oblasti relativismu.

⁹⁷ RHEINSTEIN, Max. *Comparative Law – Its Functions, Methods and Uses*. In: ROTONDI, Mario (ed.). *Inchieste di diritto comparato*. Milan and New York: Cedam and Oceana Publications, 1967, p. 553.

⁹⁸ REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. Viz pozn. 4, s. 693.

Celost srovnávaného právního předmětu. Pierre Legrand, hlavní představitel odlišnostní školy srovnávací právní vědy, se ptá: „Když se komparatista pouští do právněsrovnávacího podniku, je jeho prvotní mravní odpovědností vyjasnit odlišnosti mezi kulturami, nebo naopak mezi nimi určit podobnosti?“⁹⁹ John Henry Merryman mu odpovídá otázkou: „Co se týče Vámi naznačené volby mezi podobností a odlišností, proč si musíme vybrat?“¹⁰⁰

Dle našeho názoru, nebezpečnost dělení srovnávací právní vědy na dvě v předchozím oddělení této práce zmíněné školy myšlení spočívá v představě, že máme možnost vybrat si výsledek srovnávání právních předmětů. Tuto možnost, dle našeho názoru, v žádné případě srovnávání právních předmětů mít nesmíme, neboť je tato možnost zcela v rozporu s pojetím odborného (veřejného) srovnávání právních předmětů, ať už vědeckého, úřednického nebo soudcovského. Abychom se o tuto možnost připravili, musíme vymezit pojem srovnávaných právních předmětů a stanovit srovnávací veličinu před vlastním poznáním srovnávaných právních předmětů. Důvod je ten, že k tomu, abychom si mohli vybrat výsledek srovnávání právních předmětů, musíme znát hodnoty vlastností srovnávaných právních předmětů. Známe-li hodnoty vlastností srovnávaných právních předmětů, poté můžeme za rozhodné vlastnosti prohlásit právě ty vlastnosti srovnávaných právních předmětů, jejichž hodnoty odpovídají námi požadovanému výsledku srovnávání právních předmětů.

Výše jsme řekli, že podobnostní škola je zaměřena na překonávání odlišností a vyhledávání podobností mezi srovnávanými právními předměty, zatímco odlišnostní škola je zaměřena na vyhledávání odlišností mezi srovnávanými právními předměty. Všimněme si množného čísla. Pro anglicky psanou srovnávací právní vědu je vskutku příznačné, že nehovoří ani tak o podobnosti a odlišnosti mezi srovnávanými právními předměty jako spíše o podobnostech a odlišnostech mezi srovnávanými právními předměty. Tím se vracím k tomu, o čem jsme hovořili výše, k tomu, zda když na místě srovnávací veličiny stojí kvalita, zda provádíme jedno srovnávání za každou rozhodnou vlastnost srovnávaných předmětů, nebo zda provádíme jedno srovnávání, a to v celku rozhodných vlastností srovnávaných předmětů. Uvedme příklad.

Ptáme se, nastane ve společnosti B stav společnosti A, který je zapříčiněn právní úpravou X, převezme-li společnost B ze společnosti A právní úpravu X? Tato otázka je otázkou

⁹⁹ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 41. Původní znění: „As the comparatist engages in the comparative enterprise, is his primary ethical responsibility to elucidate differences between the cultures being compared or, on the contrary, to seek to identify similarities between them?“

¹⁰⁰ LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. Viz pozn. 45, s. 42. Původní znění: „As to your suggested choice between difference and similarity, why must one choose?“

pravděpodobnosti. Všechny vlastnosti, které ovlivňují to, zda daná událost nastane, nazýváme rozhodnými. V dokonalém světě *všechny* rozhodné vlastnosti známe. To, že tento svět není ten případ, ponechme stranou. Podstatné je pro nás v tuto chvíli to, že se nelze soustředit pouze na hodnoty *těch* rozhodných vlastností, které jsou podobné nebo totožné, nebo pouze na hodnoty *těch* rozhodných vlastností, které jsou odlišné, neboť konečná pravděpodobnost závěru srovnávání je ovlivněna hodnotami *všech* rozhodných vlastností. Z toho důvodu v této práci hovoříme o míře srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty, a nikoliv o míře srovnávací veličiny mezi jejich rozhodnými vlastnostmi.

Závěr. V souvislosti se srovnávací veličinou a jejím stanovením zbývá vyřešit velké množství otázek. Některé z těchto otázek se týkají vlastní podstaty srovnávání, jiné vlastní podstaty srovnávací veličiny, jiné se zase dotýkají komparatistické ontologie a jiné jen názvoslovných obtíží.

4.2 Druhá fáze srovnávání: uzavření srovnávání

Druhá fáze srovnávání je srdcem srovnávání. Jedná se o fázi, kterou lze, na rozdíl od první fáze srovnávání, rozdělit do dvou ostře a jasně vyhraněných kroků. V prvním kroku této fáze srovnávání srovnávané předměty poznáme. Ve druhém kroku této fáze srovnávání poté námi poznané srovnávané předměty srovnáme.

4.2.1 Poznání srovnávaných předmětů

Poznání srovnávaných předmětů – první krok druhé fáze srovnávání – se v zásadě skládá ze dvou uzlů: z poznávání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných předmětů a zprostředkování našeho poznání navenek.

Zcela ponechme stranou, zda již před tímto krokem srovnávání hodnoty rozhodných vlastností srovnávaných předmětů známe nebo neznáme.

Poznání srovnávaných předmětů probíhá popořadě, po jednotlivých srovnávaných předmětech. Uchopíme první srovnávaný předmět, ať už kterýkoliv, poznáme hodnoty jeho rozhodných vlastností a naše poznatky zapíšeme. Uchopíme druhý srovnávaný předmět, poznáme hodnoty jeho rozhodných vlastností a naše poznatky zapíšeme. Poté uchopíme třetí srovnávaný předmět... atd.

V souvislosti s prvním uzlem tohoto kroku srovnávání právních předmětů vyvstávají všechny ty otázky klíčového významu: od možnosti poznání, pravdivého poznání a pravdivého poznání cizího právního předmětu, přes možnost nestrannosti a nezávislosti toho, kdo hodnoty rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů poznává – jeho možnosti oprostít se od vlastních předsudků, vlastního světonázoru a ustálených výkladových vzorců – po stupňování a hodnocení pramenů poznání. V souvislosti s poznáváním hodnot rozhodných vlastností srovnávaných předmětů také vyvstává důležitá otázka po samotném způsobu poznávání těchto hodnot.

Odpověď na otázku po způsobu poznávání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů je nesmírně rozmanitá. Vše závisí na tom, které právní předměty srovnáváme a které jejich rozhodné vlastnosti právě poznáváme. V zásadě je možné říct, že není takový způsob poznávání, který by při řešení tohoto uzlu srovnávání právních předmětů nepřicházel v úvahu.

Budeme-li srovnávat domorodé právo původních severoamerických kmenů, pak našim základním způsobem poznávání může být pozorování a dotazování. Budeme-li však provádět srovnávání domorodého práva původních severoamerických kmenů, které již nemají žádného žijícího příslušníka, pak pozorování, ale ani dotazování, není možné. Stále nám však zůstává možnost poznávání záznamů o cizím pozorování a cizím dotazování, kterou jsme v předchozím případě mohli, ale nemuseli využít.

Mohlo by se zdát, že pozorování jakožto způsob poznávání je příznačné pouze pro poznávání domorodého práva. Ale přeci, je-li srovnávaným právním předmětem trestní řízení, pak naše přítomnost u určitého trestního řízení není ničím jiným než pozorováním. Způsobům poznávání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů se vskutku meze nekladou. Všechno záleží, jak jsme ostatně již řekli, na tom, které právní předměty srovnáváme a které jejich rozhodné vlastnosti právě poznáváme. Důležité je si v tuto chvíli uvědomit, že výklad právních ustanovení není jediným způsobem poznávání práva.

Nesmíme zapomenout, že bez ohledu na to, které právní předměty zrovna srovnáváme a které jejich rozhodné vlastnosti právě poznáváme, vždy nám jde o jedno a to samé – o to, aby naše poznání bylo pravdivé. Vysvětleme.

Nechť je srovnávaným právním předmětem česká právní úprava smluvní pokuty. Máme-li poznat českou právní úpravu smluvní pokuty, pak ji nelze pravdivě poznat výhradně na základě

toho, co je o ní uvedeno v § 2048 a násl. občanského zákoníku¹⁰¹, ale lze ji pravdivě poznat teprve na základě poznání jí nadřazeného celku, do něhož daná právní úprava zapadá, tzn. práva České republiky. Máme-li tak vyložit ustanovení § 2050 občanského zákoníku¹⁰², nemůžeme ho *pravdivě* vyložit bez znalosti příslušných způsobů výkladu českého práva. A máme-li takové znalosti, poté víme, že nemůžeme pravdivě vyložit dané ustanovení bez znalosti § 2 téhož zákoníku. Je tak třeba rozlišovat mezi srovnávaným právním předmětem – mezi tím, co srovnáváme – a rozsahem poznání, které musíme nabýt – tím, co poznáváme – abychom mohli o srovnávaném právním předmětu tvrdit, že jsme ho pravdivě poznali.

Jazyk. Otázce jazyka je v soudobé srovnávací právní vědě věnována značná pozornost¹⁰³. Otázka jazyka se štěpí na dvě podotázky, a to podle uzlů *tohoto* kroku *této* fáze srovnávání.

V případě prvního uzlu tohoto kroku srovnávání – poznávání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů – vystupuje cizí jazyk jako překážka poznání. Tuto překážku překonáváme znalostí cizího jazyka. Stanovit určitý stupeň znalosti cizího jazyka, která nám vždy jistě postačí k pravdivému poznání hodnot rozhodných vlastností cizích srovnávaných právních předmětů, není ve své podstatě možné. Nejlepší je, když neovládáme *pouze* cizí jazyk, ale ovládáme i danou řeč, tj. rozumíme cizímu jazyku ve vší jeho rozmanitosti, kterou přináší jeho každodenní užití v dané společnosti; kdy ovládáme cizí jazyk nejen jako komunikační systém, ale i jako kulturní fenomén. Třebaže se jedná o nejvyšší stupeň znalosti cizího jazyka, neznamená to nutně, že se jedná o nejnižší stupeň, kterého je třeba dosáhnout, abychom mohli pravdivě poznat hodnoty rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů. Ale jak jsme již řekli, stanovit určitý stupeň znalosti cizího jazyka, který nám vždy k takovému poznání postačí, není ve své podstatě možné, neboť i rodilý mluvčí se velmi snadno dopustí chyby.

V případě druhého uzlu tohoto kroku srovnávání – zprostředkování našeho poznání navenek – vystupuje cizí jazyk v souvislosti s překladem. V tomto ohledu odkazujeme na dílo Michala Tomáška s názvem *Překlad v právní praxi*¹⁰⁴.

Pro úplnost dodejme, že právní jazyk je součástí právního systému a může být srovnáván jako právní předmět.

¹⁰¹ Viz pozn. 13.

¹⁰² Viz pozn. 13.

¹⁰³ Viz např. (A) GROßFELD, Bernhard. *Comparatists and Languages*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 154-196; (B) LEGRAND, Pierre. *The Same and the Different*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 240-311; KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 44-47; BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A, s. 36-37.

¹⁰⁴ TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*. 2. vyd. Praha: Linde, 2003. 143 s.

4.2.2 Srovnání srovnávaných předmětů

Pakliže jsme řádně poznali a zprostředkovali hodnoty všech rozhodných vlastností všech srovnávaných předmětů, můžeme přistoupit k druhému kroku druhé fáze srovnávání, a to k vlastnímu srovnání srovnávaných předmětů. I tento krok v postupu srovnávání, stejně tak jako ten předchozí, se skládá ze dvou uzlů: z dosažení výsledku a závěru srovnávání a z jejich následného zprostředkování navenek.

Nechť je cílem srovnávání rozhodnout o tom, zda právní případ X zakládá pro právní případ Y překážku věci rozsouzené. Platí, že právní případ (X) zakládá pro právní případ (Y) překážku věci rozsouzené tehdy, jsou-li právní případy (X) a (Y) totožné.

Povšimněme si na shora uvedeném příkladu dvou pravidel.

První z nich – to, které je ve shora uvedeném příkladu vysloveno – stanoví, co právě nastane, řekneme-li o dvou právních případech, že jsou totožné. Jinými slovy, první z těchto pravidel váže určitou skutečnost na uskutečnění určité míry srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty. Toto pravidlo je stanoveno v nulté fázi srovnávání.

Druhé z nich – to, které ve shora uvedeném příkladu vysloveno není – stanoví, kdy o dvou právních případech říkáme, že jsou totožné. Jinými slovy, druhé z těchto pravidel váže určitou míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty na uskutečnění určitých hodnot rozhodných vlastností srovnávaných předmětů. Toto pravidlo je stanoveno v druhém kroku první fáze srovnávání.

Důležité je, že máme-li tato dvě pravidla, pak jsme schopni ještě před provedením prvního kroku druhé fáze srovnávání – samotným poznáním hodnot rozhodných vlastností srovnávaných předmětů – vyjádřit *všechny* možné výsledky a závěry srovnávání. Na určitém výsledku a závěru srovnávání nás tak může překvapit pouze to, že se jedná o výsledek a závěr srovnávání určitý pro *tyto* dva srovnávané předměty.

Dále si musíme uvědomit, že jak výsledek, tak závěr srovnávání – v návaznosti na provedení prvního kroku druhé fáze srovnávání – ze shora uvedených pravidel vyplývá. Jinými slovy, první uzel tohoto kroku v postupu srovnávání se provádí sám od sebe. Na nás už je poté jen to, abychom daný výsledek a závěr srovnávání zobrazili.

Tím je náš postup srovnávání uzavřen.

4.3 Dodatek k postupu srovnávání: srovnávací výzkum

V úvodu do tohoto dílu jsme řekli, že jsme toho názoru, že postup srovnávání probíhá celkem ve čtyřech fázích. O třetí, poslední fázi srovnávání jsme řekli, že spočívá v ověření závěru a následné změně okolností zakotvených v nulté fázi srovnávání. Uveďme příklad.

Necht' je cílem srovnávání rozhodnout, zda příští pondělí zvítězí v řeckořímském zápase Pavel nebo Karel. Necht' je výsledkem tohoto srovnávání věta „Pavel je lepší než Karel.“ a závěrem tohoto srovnávání věta „Pavel příští pondělí porazí Karla v řeckořímském zápase.“

Co se stane, pokud v daném řeckořímském zápase nezvítězí Pavel, ale Karel? Bud' se do budoucna změní naše chápání ordinální srovnávací veličiny, anebo se pro naše další obdobné srovnávání změní alespoň pravděpodobnostní hodnota jeho závěru. Ale aby mohla jedna nebo druhá změna nastat – a to je důležité – někdo musí toto prvotní srovnávání zaznamenat.

Vzpomeňme na to, co jsme řekli v oddílu 2.1 této práce, když jsme hovořili o větě „Právní úprava X není podobná právní úpravě C, D, E, F.“ Řekli jsme, že daná věta není zobrazením jednoho, ale hned čtyř výsledků srovnávání. A přesto je zřejmé, že výsledky srovnávání, které lze smysluplně zobrazit v *jedné* větě, spolu musí *něco* sdílet. Ale co? Musí spolu sdílet způsob vymezení pojmu srovnávaných předmětů a způsob stanovení srovnávací veličiny. Tak je tomu např. v případě srovnávání právních systémů prováděného s cílem jejich zařazení do právních rodin. Že je důležité, že výsledky srovnávání sdílejí *totéž* vymezení pojmu srovnávaných předmětů a *totéž* stanovení srovnávací veličiny, dokládá to, že je-li výsledkem jednoho takového srovnávání věta „Předměty X a Y jsou podobné.“ a výsledkem druhého takového srovnávání věta „Předměty X a Z jsou podobné“, pak platí věta „Předměty Y a Z jsou podobné.“, která není výsledkem *žádného* srovnávání.

Ukazuje se tak, že případu srovnávání nelze příliš dobře porozumět, nerozumíme-li mu v rámci celku, do něhož mohou jednotlivé případy srovnávání spořádaně zapadat. Tento celek zde nazýváme srovnávacím výzkumem. Srovnávací výzkum, podle nás, není nic jiného než soubor srovnávání a dobře uspořádaná soustava jejich výsledků a závěrů.

Za jeden z druhů srovnávacího výzkumu považujeme srovnávací výzkum, jehož všechna srovnávání sdílejí cíl, pojem srovnávaných předmětů a srovnávací veličinu. Příkladem takového srovnávacího výzkumu může být již výše zmíněná činnost, která je prováděna s cílem zařazení právních systémů do právních rodin.

Za druhý z druhů srovnávacího výzkumu považujeme srovnávací výzkum, jehož všechna srovnávání sdílejí pouze svůj cíl. Příklad tohoto druhu srovnávacího výzkumu uvedeme níže.

Naše myšlenka o srovnávacím výzkumu je v jistém ohledu vynucená. Uvažujme postup srovnávacího výzkumu, či lépe a přesněji, právněsrovnávacího výzkumu prováděného s cílem zařazení právních systémů do právních rodin. Postup tohoto právněsrovnávacího výzkumu se nebude v ničem lišit od postupu srovnávání, o kterém jsme hovořili výše, pouze se několikrát po sobě zopakuje druhá fáze shora uvedeného postupu srovnávání. Možná bychom si tak vystačili pouze s pojmem srovnávání. Záhy bychom se však dostali do názvoslovných obtíží při popisu toho, co děláme, když provádíme srovnávání. Což jsou obtíže, které nás provází po celou dobu této práce.

Explanatorní fáze srovnávání právních předmětů. Walter Kamba¹⁰⁵, ale i mnozí další, tvrdí, že klíčovou fází každého srovnávání právních předmětů je tzv. fáze explanatorní, která spočívá ve vysvětlování podobností a odlišností mezi srovnávanými právními předměty. Michael Bogdan píše: „Objevení podobností a odlišností mezi srovnávanými právními systémy přirozeně vede k otázce „proč?“ ... Při hledání rozumného vysvětlení postupně zjišťujeme, které faktory ovlivňují strukturu, vývoj a obsah právního systému, jako kdyby podobnosti a odlišnosti mezi těmito faktory vytvářeli podobnosti a odlišnosti na poli práva.“¹⁰⁶ Přestože jak s Walterem Kambou, tak i s Michaelem Bogdanem souhlasíme, tomuto našemu souhlasu neodpovídá námi shora naznačený postup srovnávání. Proč?

Co vysvětlujeme, vysvětlujeme-li právě míru srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty? Bezpochyby nevysvětlujeme samu tuto míru, ale vysvětlujeme hodnoty rozhodných vlastností, které míra srovnávací veličiny mezi srovnávanými předměty odráží. To znamená, že se ptáme, proč jsou hodnoty rozhodných vlastností srovnávaných předmětů takové, jaké jsou. Po čem se tak ptáme? Ptáme se po příčinách těchto hodnot.

Domníváme se, že příčina není vlastností srovnávaného předmětu, ale že určitá hodnota určité vlastnosti srovnávaného předmětu je jejím následkem. Co to znamená? To znamená, že srovnáváme-li celé jablko a druhé jablko, které je nakousnuté, pak příčiny, kterým můžeme dát za vinu *stav* těchto srovnávaných jablek, jsou obsaženy v hodnotách jejich vlastností, např. v jejich barvě, tvaru, ceně atd. Jsou-li tedy příčiny již obsaženy v hodnotách jejich vlastností, jeví se jako

¹⁰⁵ KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 512.

¹⁰⁶ BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A, s. 55. Původní znění: „Discoveries of the similarities and differences between the compared legal systems naturally lead to the question „why?“ ... While searching for conceivable explanations, one learns which factors influence the structure, development and substantive contents of the legal systems, as it is the similarities and differences between these factors that create the similarities and differences in the field of law“

nesmyslné, aby byly opět jejich vlastností. A jelikož nejsou jejich vlastností, pak ani nemohou být odraženy v míře srovnávací veličiny mezi nimi, třebaže lze na ně z této míry usuzovat.

Řečeno jinými slovy, abychom vůbec mohli začít smysluplně hovořit o příčině stavu určitého předmětu, musíme od samotného předmětu ukročit. Jak poté takový úkrok zapadá do našeho postupu srovnávání? Nezapadá, a to je ta potíž.

Nechť je toto:

	Fakt 1	Fakt 2	Fakt 3
Fakticita α =	Fakt -Faktor 1A Fakt -Faktor 1B → Fakt -Faktor 1C	Fakt -Faktor 2A Fakt -Faktor 2B → Fakt -Faktor 2C	Fakt -Faktor 3A Fakt -Faktor 3B Fakt -Faktor 3C
	Fakt I	Fakt II	Fakt III
Fakticita β =	Fakt -Faktor IA Fakt -Faktor IB → Fakt -Faktor IC	Fakt -Faktor IIA Fakt -Faktor IIB → Fakt -Faktor IIC	Fakt -Faktor IIIA Fakt -Faktor IIIB Fakt -Faktor IIIC

Nechť je fakt 2B právní úpravou umělého přerušení těhotenství. Poté faktor 1A, 1B, 1C je možnou příčinou, či lépe a přesněji, okolností faktu 2B, tzn. možnou příčinou dané právní úpravy, a fakt 3B je stavem porodnosti ve společnosti α . Fakt 2A, 2B, 2C jsou jakožto faktory 2A, 2B a 2C možnou příčinou faktu 3B, tzn. možnou příčinou stavu porodnosti ve společnosti α .

A totéž necht' platí i pro společnost β .

Nejprve provedeme srovnávání právních předmětů, tzn. faktů 2B a IIB. Výsledkem takového srovnávání necht' je např. věta „Právní úpravy umělého přerušení těhotenství 2B a IIB jsou totožné.“ Závěrem takového srovnávání necht' je poté věta „Fakt 1 a I jsou totožné.“ a věta „Fakt 3B a IIIB jsou totožné.“ Oba tyto závěry je možné ověřit.

Provedeme tudíž srovnávání faktu 1 a I a srovnávání faktu 3B a IIIB. Výsledkem srovnávání faktu 1 a I necht' je věta „Fakt 1 a I jsou totožné.“ Výsledkem srovnávání faktu 3B a IIIB necht' je věta „Fakt 3B a IIIB jsou odlišné.“ Závěrem srovnávání faktu 3B a IIIB necht' je poté věta „Fakt 2 a II jsou odlišné.“ Ptáme se, proč jsou fakt 2 a II odlišné, jsou-li fakt 2B a IIB právě totožné? A takto můžeme pokračovat dále, a tak např. dospět k tomu, že zde někde *musí být* nám dosud *neznámý* fakt 2D a/nebo IID, který jakožto faktor ovlivňuje stav porodnosti v dané společnosti, a to z toho důvodu, že *víme*, že fakt 2 a II jsou odlišné, přestože *všechny* nám *známé* fakty, tj. 2A, 2B, 2C a IIA, IIB, IIC jsou totožné.

V předchozím oddělení uvedený příklad lze považovat za případ onoho druhu srovnávacího výzkumu, jehož *všechna* srovnávání sdílejí jen svůj cíl.

Co je cílem daného srovnávacího výzkumu? Cílem daného srovnávacího výzkumu je poznání zákonitostí uskutečňování práva ve společnosti, a to v obou směrech: ze společnosti na právo a z práva na společnost. Ve směru ze společnosti na právo zřejmě nebude potíží rozumět takovému srovnávacímu výzkumu jako právněsrovnávacímu. Ve směru z práva na společnost však již taková potíže nastat může, neboť např. právní úprava umělého přerušování těhotenství je pouze jednou z okolností (možných příčin) stavu porodnosti v určité společnosti.

Každopádně, nyní se vraťme k tomu, o čem hovoří Walter Kamba a Michael Bogdan, když hovoří o explanatorní fázi postupu srovnávání právních předmětů. Dle našeho názoru nehovoří o fázi postupu srovnávání právních předmětů, ale hovoří o souběžně prováděném srovnávání právních předmětů a jejich okolností, či lépe a přesněji, hovoří o shora uvedeném příkladu srovnávacího výzkumu, jehož závěrem může být vysvětlení způsobu uskutečňování práva ve společnosti – poznání zákonitosti tohoto uskutečňování.

Případně mohou hovořit o určitém dodatku, který se nalézá v právněsrovnávacím díle a je tvořen soustavami vět o námi srovnávaných právních předmětech, např. o důvodu přijetí určité právní úpravy, o stavu společnosti, v níž je námi srovnávaná právní úprava účinná, o právních dějinách dané společnosti atd. – mezi nimiž však není provedeno žádné srovnávání. I takový dodatek lze považovat za obstojné vysvětlení určitého právního předmětu. Nelze ho však považovat za vysvětlení ze srovnávání, natož pak ze srovnávacího výzkumu.

Závěr. Konrad Zweigert a Hein Kötz píší: „Ptát se *proč* cizí systém necítil potřebu vyprodukovat právní řešení určitého problému, může vést k zajímavému závěru o cizím systému, nebo o vlastním právu.“¹⁰⁷ Co tím Konrad Zweigert a Hein Kötz vlastně říkají? Říkají tím, že je možné provést srovnávání něčeho s ničím. Je možné provést srovnávání něčeho s ničím? Dle našeho názoru to možné není, ale uveďme příklad.

Když jsme odcházeli z místnosti, na stole leželo jablko. Když jsme se poté do místnosti vrátili, na stole již jablko nebylo. Můžeme provést srovnávání těchto dvou jablek? Jelikož zde *žádná* dvě jablka nejsou, takové srovnávání *očividně* provést nemůžeme. Co však srovnávat můžeme? Můžeme srovnávat dvě místnosti, dvě prostředí stolu. Jinými slovy, *nic* se může uskutečnit pouze na předmětu. Srovnáváme-li proto českou právní úpravu letecké dopravy třeba s právní úpravou letecké dopravy kmene Mursi, která *není*, ve skutečnosti žádné dvě právní úpravy letecké dopravy nesrovnáváme, ale srovnáváme např. dva právní systémy.

¹⁰⁷ ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 35. Původní znění: „To ask *why* a foreign system has not felt the need to produce a legal solution for a particular problem may lead to interesting conclusions about it, or about one’s own law.“

Jedním z důvodů, proč jsme se v oddílu 2.3 této práce tak bránili zásadě rozumné srovnatelnosti mezi srovnávanými právními předměty, je to, že poznáváme-li zákonitosti uskutečňování práva ve společnosti, pak lze souběžně se srovnáváním českého a mursijského právního systému velmi dobře provést srovnávání stavu české a mursijské společnosti, a dospět tak k závěru, který bude *něco* smysluplného tvrdit o vztahu mezi právem a společností, byť by to v konečném důsledku mělo být *něco*, co mnozí z nás již teď jistě tuší: že stav společnosti má vliv na stav právního systému.

Závěr

Tímto jsme dokončili naši slovomalbu obrazu srovnávací právní vědy. Máme-li tak *před sebou* obraz srovnávací právní vědy, můžeme k němu přistoupit a začít na něm ohraničovat jednotlivé metodologické problémy srovnávací právní vědy. Předtím však uvedme toto.

Námět této práce byl zadán v souladu s obecně rozšířenou představou o tom, že srovnávací právní věda a srovnávání právních předmětů jsou dvě totožné činnosti. Takto např. Vladimír Klokočka píše: „Srovnávací právní věda pak spočívá ve srovnávání prostorově nebo časově oddělených jevů, které jsou svou povahou srovnatelné: např. institucí shodného charakteru anebo systémově shodné funkce, jako je třeba srovnávání postavení parlamentů anebo zákonodárského procesu v různých zemích.“¹⁰⁸

Tato obecně rozšířená představa je však dle našeho názoru ve světle stavu soudobé srovnávací právní vědy neudržitelná. Z toho důvodu jsme se rozhodli pro důkladné oddělení srovnávací právní vědy a srovnávání právních předmětů. Domníváme se, že teprve *toto* oddělení může učinit *kterýkoliv* obraz srovnávací právní vědy srozumitelným. V důsledku *tohoto* oddělení však dochází k rozporu mezi názvem a námětem této práce. Zatímco název této práce hovoří o metodologických problémech srovnávací právní vědy, námět této práce hovoří o metodologických problémech srovnávání právních předmětů. Abychom vyhověli jak požadavku jednoho, tak druhého, rozhodli jsme se, že na samém závěru této práce, na našem obraze srovnávací právní vědy, poukážeme na metodologické problémy jak srovnávací právní vědy, tak srovnávání právních předmětů.

Metodologické problémy srovnávací právní vědy

V tuto chvíli – přísně vzato – srovnávací právní věda *žádné* metodologické problémy nemá. Aby totiž srovnávací právní věda vůbec *nějaké* metodologické problémy mít mohla, musela by mít metodologii, které by se takové problémy mohly týkat. A problém neexistence metodologie není důsledně vzato metodologickým problémem srovnávací právní vědy, neboť se jeho řešení nabízí spolu s odpovědí na otázku po předmětu a cíli srovnávací právní vědy.

¹⁰⁸ KLOKOČKA, Vladimír. *Ústavní systémy evropských států*. Praha: Linde, 1996, s. 17.

Co je předmětem srovnávací právní vědy? Aby srovnávací právní věda vůbec mohla být vědním oborem, o kterém tušíme, že je, řekne-li se „srovnávací právní věda“, mělo by být jejím předmětem vždy alespoň srovnávání.

Ptáme se „Které srovnávání je ještě předmětem srovnávací právní vědy?“ a „Co je na srovnávání, které je předmětem srovnávací právní vědy, ještě stále předmětem srovnávací právní vědy?“

Na otázku „Které srovnávání je ještě předmětem srovnávací právní vědy?“ jsme v dílu 1 této práce odpověděli „Předmětem srovnávací právní vědy je srovnávání právních předmětů.“ Ale obzvláště pak v oddílu 4.3 této práce, v souvislosti s určitým druhem srovnávacího výzkumu, se ukázalo, že ne *všechna* srovnávání prováděná v právním životě právnické obce je možné označit za srovnávání právních předmětů, např. srovnávání stavů společností prováděné souběžně se srovnáváním právních řádů. Ale stejně tak, ne *všechna* srovnávání prováděná v právním životě právnické obce je možné považovat za předmět srovnávací právní vědy. Můžeme nalézt nejméně dva druhy srovnávání, jejichž provádění je sice v právním životě právnické obce běžné, zato však není běžné je myslet v souvislosti se srovnávací právní vědou. Jedná se o srovnávání právních případů a srovnávání neprávních předmětů prováděné na právním základě, např. podle § 2586 odst. 2 občanského zákoníku¹⁰⁹: „Mají-li strany vůli uzavřít smlouvu bez určení ceny díla, platí za ujednanou cena placená za totéž nebo srovnatelné dílo v době uzavření smlouvy a za obdobných smluvních podmínek.“

S vědomím této rozmanitosti budeme i nadále v této práci předmět srovnávací právní vědy označovat jako srovnávání právních předmětů.

Na otázku „Co je na srovnávání, které je předmětem srovnávací právní vědy, ještě stále předmětem srovnávací právní vědy?“ jsme zatím v této práci výslovně neodpověděli. Tato otázka se týká *něčeho*, co bychom mohli nazvat věcnými náležitostmi srovnávání právních předmětů. To jsou takové náležitosti, kterými se lze zabývat nezávisle na srovnávání právních předmětů, a tudíž i mimo srovnávací právní vědu. O které náležitosti se jedná?

Jedná se např. o to, co je právní předmět; které všechny právní předměty známe; jak je poznáváme atd. Jinými slovy, nahlédneme-li do srovnávací právní vědy, můžeme očekávat, že se z ní např. dozvíme i *něco* o tom, co je právo a jak ho (obecně) poznáváme? Všimněme si, že věta

¹⁰⁹ Viz pozn. 13.

o právu – o právu v tom nejširším slova smyslu – je ve srovnávací právní vědě vždy v jistém ohledu oprávněná, jak jsme již také naznačili v pododdílu 4.1.1 této práce, když jsme hovořili o vymezení pojmu srovnávaných právních předmětů. Obdobně je ale ve srovnávací právní vědě vždy oprávněná i věta o tom, jak to, co srovnáváme, poznáváme, což je dáno tím, o čem jsme v pododdílu 4.2.1 této práce řekli, že je prvním krokem druhé fáze srovnávání.

Na otázku „Co je na srovnávání, které je předmětem srovnávací právní vědy, ještě stále předmětem srovnávací právní vědy?“ tak můžeme odpovědět mezi dvěma krajnostmi, buď maximem, anebo minimem: buď „Všechno na srovnávání právních předmětů je předmětem srovnávací právní vědy.“, anebo „Předmětem srovnávací právní vědy na srovnávání právních předmětů předmětem není nic, kromě formy.“

To, jak na danou otázku odpovíme, bude silně záležet na tom, o čem řekneme, že je cílem srovnávací právní vědy. Přičemž platí, že otázka „Co je cílem srovnávací právní vědy?“ by měla být zodpovězena s ohledem na: za (A) s ohledem na to, aby nebyla samolibá, ale skutečně přispěla k upevnění určité právníkové dovednosti, a tak i k rozvoji práva a právní vědy; a za (B) s ohledem na to, aby nedocházelo v právní vědě ke zdvojování, a tak i k rozměňování akademického diskursu, tzn., aby se srovnávací právní věda nestala rozpravou o sjednocování práva, o tom, zda je sjednocování práva dobré nebo zlé, o tom, zda je lepší ho dosáhnout násilnou nebo nenásilnou cestou apod., a to jen proto, že je možné prostřednictvím srovnávání právních předmětů určit možnost a zjistit úspěšnost takového snažení.

Co je cílem srovnávací právní vědy? V dílu 1 této práce jsme řekli, že cílem srovnávací právní vědy je zdokonalení provádění srovnávání právních předmětů. Současně s tím jsme však uvedli, že cílem srovnávací právní vědy zdokonalení jejího předmětu nutně být nemusí, ale může jím být pouze jeho poznání. Domníváme se však, jak jsme již řekli v dílu 1 této práce, že se tím výrazně snižuje naše potřeba *za* srovnávací právní vědou – cíl takové srovnávací právní vědy nevyhovuje ohledu (A).

Je-li předmětem srovnávací právní vědy srovnávání právních předmětů a cílem srovnávací právní vědy zdokonalení jejího předmětů, co *na* srovnávání právních předmětů ještě *musí být* předmětem srovnávací právní vědy, aby mohla srovnávací právní věda tohoto svého cíle dosáhnout? Dvě krajní odpovědi na tuto otázku jsme podali výše. Maximální odpověď dle našeho názoru nevyhovuje ohledu (B). Minimální odpověď dle našeho názoru naopak nevyhovuje ohledu (A). Bude tak třeba podat mediální odpověď. Náš obraz srovnávací právní vědy mediální odpověď na danou otázku nepodává, ale kloní se k minimální odpovědi. Sklon našeho obrazu srovnávací právní vědy není výrazem našeho přesvědčení, ale našeho rozhodnutí pro tuto práci.

V předchozím oddělení jsme uvažovali *pouze* o takové srovnávací právní vědě, jejímž předmětem je srovnávání právních předmětů. Mnohem častěji se však setkáme s takovou srovnávací právní vědou, jejímž prvořadým předmětem je právo. Zpravidla platí, že ve chvíli, kdy ztotožníme cíl srovnávací právní vědy s některým z užitků cílové užitečnosti srovnávání právních předmětů, které jsme naznačili v oddílu 3.3 této práce, přestane být prvořadým předmětem srovnávací právní vědy srovnávání právních předmětů, ale stane se jím právo a samo srovnávání právních předmětů, pod tlakem *našich* znalostí o právu, ustoupí do pozadí – stane se druhořadým předmětem srovnávací právní vědy.

Obraz srovnávací právní vědy, jejímž předmětem je právo, se liší oproti maximálnímu obrazu srovnávací právní vědy, jejímž předmětem je srovnávání právních předmětů, především tím, že zahrnuje *veškerou* případovost komparatistické ontologie. To znamená, že komparatistická ontologie přestává být tím, co má umožnit budování ucelené soustavy poznatků o právu, ale stává se ucelenou soustavou *všech* poznatků o právu. Vysvětleme.

Na srovnávací právní vědu se často klade odpovědnost za *něco*, co nazýváme *Theatrum legale mundi*. *Theatrum legale mundi* je souhrn *všech* případů práva na světě. Poté, co vytvoříme *Theatrum legale mundi*, můžeme s ním dále nakládat. Můžeme *všechny* případy práva uspořádat podle určitého hlediska, např. podle času. Můžeme na něm vyznačit mezi *všemi* případy práva *všechny* příbuzenské vztahy. Můžeme na něm poznávat zákonitosti uskutečňování práva ve společnosti. A tak dále – možností je nespočet.

Myšlenku o *Theatrum legale mundi* poprvé představil Gottfried Wilhelm Leibniz ve svém díle *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae*¹¹⁰. Třebaže tato jeho myšlenka bývá označována za utopickou¹¹¹, ve skutečnosti se v soudobé srovnávací právní vědě mlčky předpokládá a v jistém smyslu se na jejím uskutečnění také usilovně pracuje. *The Comparative Constitutions Project*¹¹², který zaznamenává a klíčuje téměř všechny ústavy světa, nepochybně spadá do rámce *Theatrum legale mundi*. Obdobně to platí i o sedmnácti svazkové *International Encyclopedia of Comparative Law*¹¹³.

¹¹⁰ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *The New Method of Learning and Teaching Jurisprudence. According to the Principles of the Didactic Art Premised in the General Part and in the Light of Experience. A Translation of the 1667 Frankfurt Edition with Notes by Carmelo Massimo De Iuliis*. New Jersey: Lawbook Exchange, 2017. p. 306. ISBN: 978-1-616-19547-2.

¹¹¹ HIRSCHL, Ran. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 284. ISBN: 978-0-198-71451-4.

¹¹² The Comparative Constitutions Project. *The Constitute Project* [online databáze]. Austin: University of Texas. [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <https://www.constituteproject.org/?lang=en>

¹¹³ ZWEIGERT, Konrad and Ulrich DROBNIG, eds. *International Encyclopedia of Comparative Law*. Hamburg: Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht.

V předchozích třech odděleních jsme v hrubých rysech načrtli možné odpovědi na otázku po předmětu a cíli srovnávací právní vědy, čímž jsme také předpověděli možné metodologie srovnávací právní vědy. V následujících třech pododdílech této práce uvedeme tři metodologické problémy srovnávací právní vědy, o nichž se domníváme, že na ně ve srovnávací právní vědě vždy narazíme, a to bez ohledu na to, jak odpovíme na otázku po předmětu a cíli srovnávací právní vědy. To, jak na danou otázku odpovíme, však silně ovlivní jejich případné řešení.

Problém případu srovnávání právních předmětů

Problém případu srovnávání právních předmětů znamená metodologický problém srovnávací právní vědy, který vyvstává při snaze o stanovení toho, co tvoří jednotlivinu – jeden případ srovnávání právních předmětů.

Problém případu srovnávání právních předmětů jsme naznačili hned na několika místech této práce. Naznačili jsme ho v úvodu do dílu 2, v oddílu 2.1 a v oddílu 4.3 této práce, když jsme upozorňovali na počet srovnávání ve vztahu k počtu srovnávaných předmětů. Dále jsme ho naznačili v oddílu 3.2 a úvodu do dílu 4 této práce, když jsme upozorňovali na zvláštní povahu cíle a závěru srovnávání. A konečně, tento metodologický problém srovnávací právní vědy jsme také naznačili v úvodu do dílu 4 a v pododdílu 4.2.1 a 4.2.2 této práce, když jsme hovořili o nejistotě ohledně toho, zda je postup srovnávání právních předmětů totožný s jeho zobrazením v právněsrovnávacím díle.

Řešení problému případu srovnávání právních předmětů musí být prvním úkolem srovnávací právní vědy, neboť se o řešení tohoto problému opírají *všechna* ostatní řešení *všech* dalších metodologických problémů srovnávací právní vědy.

Problém případu srovnávání právních předmětů považujeme za metodologický, a nikoliv za epistemologický problém srovnávací právní vědy proto, že se jeho řešení nemůže opírat výhradně jen o poznání, ale musí se z podstatné části opírat o rozhodnutí srovnávací právní vědy, tak jako se v průběhu této práce jeho řešení opíralo o rozhodnutí naše.

Problém popisu případu srovnávání právních předmětů

Problém popisu případu srovnávání právních předmětů znamená metodologický problém srovnávací právní vědy, který vyvstává při snaze usnadnit výpověď o případech srovnávání právních předmětů.

Byl-li vyřešen problém případu srovnávání právních předmětů, bylo také řečeno, co mají *všechny* případy srovnávání právních předmětů společného. Bylo-li řečeno, co mají *všechny* případy srovnávání právních předmětů společného, bylo také řečeno, v čem se mohou *všechny* případy srovnávání právních předmětů lišit. Víme-li, v čem se mohou *všechny* případy srovnávání právních předmětů lišit, víme, podle čeho je můžeme dělit. Každé dělení srovnávání právních předmětů *může být* popisným nástrojem (deskriptivní kategorií) srovnávací právní vědy. Ne každé dělení srovnávání právních předmětů je však užitečné, např. dělení srovnávání právních předmětů podle barvy očí toho, kdo srovnávání právních předmětů provádí. Každé zavedené dělení srovnávání právních předmětů – dělení, které slouží srovnávací právní vědě jako popisný nástroj – tak musí být podloženo úvahou, která ospravedlňuje jeho zavedení.

Obecně vzato, ospravedlnit zavedení určitého dělení srovnávání právních předmětů do srovnávací právní vědy je možné s ohledem na potřebu srovnávací právní vědy a/nebo s ohledem na potřebu právní vědy. Srovnávací právní věda potřebuje zejména taková dělení srovnávání právních předmětů, která odráží podstatné změny v postupu a výkladu srovnávání právních předmětů. Právní věda potřebuje zejména taková dělení srovnávání právních předmětů, která jí umožní budovat ucelenou soustavu poznatků o právu.

V dílu 1 této práce jsme nadnesli otázku, zda má vůbec smysl uvažovat o něčem takovém jako je např. srovnávací ústavněprávní věda. Tuto otázku jsme nadnesli proto, že z hlediska srovnávací právní vědy nevidíme žádný pádný důvod, proč by se měl postup srovnávání ústavněprávních předmětů podstatně odlišit např. od postupu srovnávání trestněprávních předmětů. Z hlediska právní vědy je však užitečnost tohoto dělení srovnávání právních předmětů ospravedlnitelná.

V této práci jsme výslovně zavedli dvě dělení srovnávání právních předmětů. V oddílu 2.2 této práce jsme zavedli dělení srovnávání právních předmětů dle srovnávací veličiny na ordinální a kardinální. V oddílu 3.3 této práce jsme poté zavedli dělení srovnávání právních předmětů dle cílového užitečnosti na vědecké, úřednické a soudcovské. Zatímco jsme dělení srovnávání právních předmětů na ordinální a kardinální v pododdílu 4.1.2 této práce upravili, o užitečnosti

a správnosti dělení srovnávání právních předmětů na vědecké, úřednické a soudcovské nemáme pochybnosti, byť jej lze samozřejmě dále zpřesňovat a prohlubovat.

V soudobé srovnávací právní vědě se téměř všechna dělení srovnávání právních předmětů týkají srovnávaných právních předmětů. Jedná se tak o dělení srovnávání právních předmětů, která jsou do srovnávací právní vědy zavedena především pro potřeby právní vědy. Aby však tato dělení srovnávání právních předmětů mohla potřebám právní vědy sloužit, musela by být do srovnávací právní vědy zavedena mnohem lépe, než do ní zavedena byla. Musíme ale připomenout, že jednou ze základních podmínek dobrého zavedení dělení srovnávání právních předmětů dle srovnávaných právních předmětů je vytvoření dobré komparatistické ontologie, zmíněné v pododdílu 4.1.1 této práce.

Tím nejznámějším dělením srovnávání právních předmětů je dělení na makrokomparaci a mikrokomparaci.¹¹⁴ Viktor Knapp píše: „Na makroúrovni jde zejména o srovnávání právních odvětví či oborů (jejich koncepce, obsahu atd.) různých zemí; právních řádů (jako celku, jako systému) různých zemí; velkých světových právních systémů (právních rodin).“¹¹⁵ Veškeré další srovnávání právních předmětů lze, podle Viktora Knappa, považovat za mikrokomparaci.

Způsob, kterým Viktor Knapp, ale i mnozí jiní, zavádí toto dělení srovnávání právních předmětů do srovnávací právní vědy je více či méně založen na pocíťované *velikosti* srovnávaných právních předmětů.

Dalším často užívaným dělením srovnávání právních předmětů je dělení na interkomparaci a intrakomparaci, v závislosti na tom, zda při provádění srovnávání právních předmětů přecházíme kvůli srovnávaným právním předmětům hranice, či nikoliv.¹¹⁶ Někteří představitelé srovnávací právní vědy, přesněji pak Konrad Zweigert a Hein Kötz, toto dělení srovnávání právních předmětů odmítají¹¹⁷, neboť tvrdí, že to, co je předmětem srovnávací právní vědy, je z povahy věci srovnáváním přeshraničním. Viktor Knapp však toto dělení srovnávání právních předmětů připouští¹¹⁸ a připouštíme ho i my.

Dalším často zmiňovaným dělením srovnávání právních předmětů je dělení srovnávání právních předmětů na simultánní (synchronní) a historické (diachronní), v závislosti na vztahu

¹¹⁴ BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A s. 45; ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 4.

¹¹⁵ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 24

¹¹⁶ MCEVOY, Sebastian. *Descriptive and Purposive Categories of Comparative Law*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, p. 150.

¹¹⁷ ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 2.

¹¹⁸ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 26.

srovnávaných právních předmětů k časové ose.¹¹⁹ Srovnáváme-li např. ruskou a českou právní úpravu koupě k dnešnímu dni, hovoříme o simultánním (synchronním) srovnávání právních předmětů, zatímco když srovnáváme např. českou právní úpravu koupě k dnešnímu dni s českou právní pravou koupě k 1. 1. 2005, hovoříme o historickém (diachronním) srovnávání právních předmětů.

Dle našeho názoru důležitým, byť ne příliš často zmiňovaným dělením srovnávání právních předmětů je dělení, které uvádí Michael Bogdan¹²⁰, a to dělení srovnávání právních předmětů na ideální (de lege ferenda) a reálné (de lege lata), v závislosti na povaze srovnávaných právních předmětů.

Vidíme, že čtyři shora uvedená dělení srovnávání právních předmětů jsou vsutku zcela základní, co se týče hodnot vlastností srovnávaných právních předmětů, podle kterých se následně srovnávání právních předmětů dělí. To vůbec nevádí, důležitá je užitečnost dělení srovnávání právních předmětů. Posuzujeme-li užitečnost dělení srovnávání právních předmětů, zpravidla neposuzujeme *jedno* dělení srovnávání právních předmětů, ale *celou sadu* dělení srovnávání právních předmětů. Důvod je ten, že každé rozumové dělení utváří třídu – a mezi třídami panují vztahy. Uveďme příklad.

Můžeme např. říct, že ideální srovnávání právních předmětů je *nutně* ordinální. Dále můžeme říct – tak, jako Viktor Knapp¹²¹ – že makrokomparace je *nutně* interkomparací. Aby však tato poslední věta mohla být pravdivá, pouze srovnávání právních systémů, a ne např. srovnávání právních odvětví, může být považováno za makrokomparaci. Jelikož právě takto makrokomparaci rozumíme, v oddílu 3.3 této práce jsme např. řekli, že makrokomparace je *nutně* vědecká.

V konečném důsledku by nám sada dělení srovnávání právních předmětů zavedená do srovnávací právní vědy měla usnadnit výpověď o srovnávání právních předmětů, a to tak, že nám umožní prostřednictvím jedné pravdivé věty pravdivě tvrdit i věty další. Sada dělení srovnávání právních předmětů obsažená v této práci však v tomto ohledu není dostatečná, a to ani po stránce kvantitativní, ani po stránce kvalitativní.

Míníme-li např. provést srovnávání jusnaturalismu s juspozitivismem, které srovnávání právních předmětů míníme provést? Nebo, míníme-li např. provést srovnávání právní úpravy organizační struktury Evropské Unie a Africké Unie, které srovnávání právních předmětů míníme provést?

¹¹⁹ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 27; MCEVOY, Sebastian. *Descriptive and Purposive Categories of Comparative Law*. Viz pozn. 104, s. 150.

¹²⁰ BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 35A, s. 21.

¹²¹ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 24.

Po kvalitativní stránce naopak dochází ke střetům mezi sadou dělení srovnávání právních předmětů a naší, v tuto chvíli pouze zkušenostní komparatistickou ontologií. Srovnáváme-li tak právní systém České republiky k 1. 1. 1998 s právním systémem České republiky k 1. 1. 2018, pak provádíme makrokomparaci. Pakliže provádíme makrokomparaci, provádíme dle pravidla nutně interkomparaci. Co je tak ona hranice, kterou v případě interkomparace a intrakomparace přecházíme, není-li územní a ona časová je již obsažena v dělení srovnávání právních předmětů na synchronní a diachronní?

Problém dosahu srovnávací právní vědy

Problém dosahu srovnávací právní vědy znamená metodologický problém srovnávací právní vědy, který vyvstává při snaze stanovit okruh skutečností, kterých se srovnávací právní věda dotýká a jak.

Co je dosah srovnávací právní vědy? Představme si jednotlivce, který *drží* určitou skutečnost a o *této* skutečnosti tvrdí, že je případem srovnávání právních předmětů. Je-li ve srovnávací právní vědě vyřešen problém případu srovnávání právních předmětů, poté srovnávací právní věda vezme *toto* řešení, přiloží ho ke skutečnosti, o které *náš* jednatel tvrdí, že je případem srovnávání právních předmětů, a rozhodne, zda je jeho tvrzení pravdivé, nebo není – zda je *ona* skutečnost případem srovnávání právních předmětů, nebo není.

V dílu 1 této práce jsme řekli, že případ srovnávání právních předmětů je vstupem do srovnávací právní vědy. To je pravda, jak jsme si však ukázali v předchozím odstavci, srovnávací právní věda se z podstaty věci nedotýká pouze toho, co je jejím vstupem. To, čeho všeho se srovnávací právní věda dotýká (určitý okruh skutečností), nazýváme dosahem srovnávací právní vědy.

Dejme tomu, že dosah srovnávací právní vědy je pevně dán. Je-li dán dosah srovnávací právní vědy, můžeme skutečnosti, kterých se srovnávací právní věda dotýká, dělit na ty, které jsou případem srovnávání právních předmětů a vstupují do srovnávací právní vědy, a na ty, které případem srovnávání právních předmětů nejsou a do srovnávací právní vědy nevstupují – o těchto skutečnostech srovnávací právní věda říká jen a pouze to, že *nejsou* případem srovnávání právních předmětů, nic jiného.

Vést dosahem srovnávací právní vědy onu dělicí čáru je možné mnoha způsoby. V soudobé srovnávací právní vědě je tato dělicí čára vedena hned několika způsoby zároveň, což vyvolává mnohé zmatky. Uvedme příklad.

Do srovnávací právní vědy bývá zaváděno jedno nesmírně důležité a zajímavé dělení srovnávání právních předmětů, a to dělení na explicitní a implicitní dle expresivity základních (stavebních, skladebních a dalších) prvků každého srovnávání právních předmětů. V důsledku tohoto dělení srovnávání právních předmětů o případu srovnávání právních předmětů, jehož *všechny* základní prvky jsou expresivní, říkáme, že je explicitní, a o případu srovnávání právních předmětů, jehož *některý* ze základních prvků expresivní není, říkáme, že je implicitní.

Nebýt *tohoto* dělení srovnávání právních předmětů, tak je celá tato záležitost poměrně jednoduchá. Nebýt *tohoto* dělení srovnávání právních předmětů, pak by případem srovnávání právních předmětů bylo pouze „explicitní“ srovnávání právních předmětů. Proč by bylo pouze „explicitní“ srovnávání právních předmětů případem srovnávání právních předmětů? V dílu 1 této práce jsme stanovili hlediska, podle kterých *má být* srovnávání právních předmětů ve srovnávací právní vědě zdokonalováno, a pouze „explicitní“ srovnávání právních předmětů těmto hlediskům odpovídá. Walter Kamba píše: „Soustavné srovnávání by mělo být omezeno na explicitní srovnávání...“¹²² John C. Reitz píše: „Srovnávací právní věda by měla být uspořádána tak, aby vyzdvihla význam explicitního srovnávání.“¹²³

Zavedeme-li do srovnávací právní vědy dělení srovnávání právních předmětů na explicitní a implicitní, pak se ona čára, která dělí dosah srovnávací právní vědy, posune: z některých skutečností, které před zavedením tohoto dělení srovnávání právních předmětů do srovnávací právní vědy nebyly případem srovnávání právních předmětů, protože nebyly „explicitním“ případem srovnávání právních předmětů, se stanou implicitní případy srovnávání právních předmětů. To má pro *tyto* skutečnosti následující důsledek. O skutečnosti, která není případem srovnávání právních předmětů, srovnávací právní věda nemůže říct, že je *špatným* nebo *správným* případem srovnávání právních předmětů, protože *žádným* případem srovnávání právních předmětů jednoduše není. O skutečnosti, která je implicitním srovnávání právních předmětů, sice srovnávací právní věda může říct, že je *špatným* nebo *správným* případem srovnávání právních předmětů, ale již o ní nemůže říct, že *není* případem srovnávání právních předmětů.

¹²² KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. Viz pozn. 20A, s. 505. Původní znění: „Systematic comparison should be confined to explicit comparison...“

¹²³ REITZ, John C. *How to Do Comparative Law*. Viz pozn. 21A, s. 633. Původní znění: „Comparative law scholarship should be organized in a way that emphasizes explicit comparison.“

Pro člověka, který si není vědom zavedení dělení srovnávání právních předmětů na explicitní a implicitní do srovnávací právní vědy může celá věc působit velmi rušivě, neboť skutečnosti, které přísně vzato nejsou případem srovnávání právních předmětů, srovnávací právní věda za případy srovnávání právních předmětů prohlašuje. Uveďme příklad.

Tabulka 1: Česká, slovenská a chorvatská právní úprava právní formy smluvní pokuty

Právní úprava k 1. 1. 2017	Právní forma smluvní pokuty
Česká: § 1 odst. 2 zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku ¹²⁴ a mlčení zákonodárce	Nezávislá (na právní formě smlouvy)
Slovenská: § 544 odst. 2 zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník ¹²⁵	Písemná (bez ohledu na právní formu smlouvy)
Chorvatská: čl. 352 st. 2 zakona o obveznim odnosima ¹²⁶	Závislá (na právní formě smlouvy)

To, co vidíme v tabulce 1, přísně vzato není případem srovnávání právních předmětů. Mezi uvažovanými předměty – českou, slovenskou a chorvatskou právní úpravou právní formy smluvní pokuty – není žádný srovnávací vztah, není zde žádná srovnávací veličina. A přesto, právě to, co vidíme v tabulce 1, bude zpravidla prohlášeno za případ srovnávání právních předmětů. To, co vidíme v tabulce 1, ale může být prohlášeno za případ srovnávání právních předmětů pouze za podmínky, že je do srovnávací právní vědy zavedeno dělení srovnávání právních předmětů na explicitní a implicitní. Teprve poté, o tom, co vidíme v tabulce 1, můžeme říct, že je případem srovnávání právních předmětů, a to implicitním.

John C. Reitz v tomto duchu píše: „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

¹²⁴ Viz pozn. 13.

¹²⁵ Zákon č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník. In: *Zákony pre ľudí.sk* [online]. © S-EPI s.r.o. 2010-2017 [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <http://www.zakonypreludi.sk/zz/1964-40>

¹²⁶ Zakon o obveznim odnosima (NN br. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15) In: *zakon.hr* [online]. © Ante Borić [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <https://www.zakon.hr/z/75/Zakon-o-obveznim-odnosima>

založeno na skutečnosti, že velké množství děl srovnávací právní vědy není srovnávací, anebo je přinejlepším slabě srovnávací.¹²⁷

Způsob, kterým se posune čára, která dělí dosah srovnávací právní vědy, v důsledku zavedení dělení srovnávání právních předmětů na explicitní a implicitní, silně závisí na způsobu zavedení tohoto dělení do srovnávací právní vědy. A sám způsob zavedení tohoto dělení do srovnávací právní vědy silně závisí na cíli srovnávací právní vědy, či lépe a přesněji, na důvodech, které nás k zavedení tohoto dělení srovnávání právních předmětů do srovnávací právní vědy vedou.

V předchozím oddělení jsme naznačili, že důvodem pro zavedení tohoto dělení srovnávání právních předmětů do srovnávací právní vědy může být hodnocení případů srovnávání právních předmětů. Může jím však být i něco docela jiného. Je-li předmětem srovnávací právní vědy právo a srovnávací právní věda buduje ucelenou soustavu poznatků o právu, pak lze mít za to, že zde není důvod odepřít pravdivému poznatku o právu vstup do srovnávací právní vědy jen proto, že nebyl předán jako součást explicitního případu srovnávání právních předmětů. Navíc, jelikož takový poznatek o právu obvykle bývá přeložen do cizího jazyka, může jednou dobře posloužit tomu, kdo by se ho jinak nedobral a rád by sám jednou provedl explicitní srovnávání právních předmětů.

Mathias Reimann píše: „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...“¹²⁸

Základní potíž s dělením srovnávání právních předmětů na explicitní a implicitní leží uložena v jeho podstatě: v tom, že jeho prostřednictvím označujeme skutečnosti, které nejsou „explicitním“ případem srovnávání právních předmětů, za případy srovnávání právních předmětů, v důsledku

¹²⁷ REITZ, John C. *How to Do Comparative Law*. Viz pozn. 21A, s. 618-619. Původní znění: „It’s amazing how much writing about foreign law is not explicitly comparative and yet is thought of as part of comparative law. I wish to insist that the comparative method involves explicit comparison of aspects of two or more legal systems... I believe that the disappointment critics have expressed in comparative law is in large part based on the fact that so much writing in the field is either entirely non-comparative or at best only weakly comparative.”

¹²⁸ REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. Viz pozn. 4, s. 674. Původní znění: „Comparative law has made huge progress with regard to knowledge about a variety of legal systems. Although it is true that the “mere study of foreign law falls short of being comparative law,” this knowledge should count among the discipline’s accomplishments. Knowledge of foreign law is an indispensable prerequisite to explicit comparison, information about other legal regimes is the discipline’s most valuable contribution to legal practice...”

čehož se ze srovnávací právní vědy může velmi snadno stát např. disciplína psychologie. Viktor Knapp např. píše: „Argumentace pro názor, že srovnávací právní věda zahrnuje i výzkum cizího práva, vychází z předpokladu, že výzkum cizího práva komparací mlčky implikuje. Argumentuje se tak, že autor z jedné země při výzkumu práva země cizí vychází z právního myšlení, které je vlastní právní kultuře jeho rodné země, čímž již vnáší do tohoto výzkumu prvek komparativní, a navíc ještě činí cizí právo srozumitelné čtenáři své vlastní země, čímž se do takového výzkumu vnáší další komparativní prvek.“¹²⁹

Jedním z důvodů, proč je nebo by mělo být předmětem srovnávací právní vědy totéž co „explicitní“ srovnávání právních předmětů, je to, že o něm *víme*, že se jedná o uvědomělou a cílevědomou lidskou činnost. Proto také při řešení problému případu srovnávání právních předmětů převládá rozhodovací, a ne poznávací složka. Proto jsme také v dílu 1 této práce zdůrazňovali význam preskriptivní složky ve složení srovnávací právní vědy. Proto jsme také v oddílu 3.1 této práce upozorňovali na to, že to jsme *my*, kteří ovládáme srovnávání a stanovíme srovnávací veličinu. A co se týče výzkumu cizího práva, jelikož dle našeho názoru právo není předmětem srovnávací právní vědy, není předmětem srovnávací právní vědy ani výzkum cizího práva. Na druhou stranu, v úvodu do tohoto oddílu jsme se ptali „Co je na srovnávání, které je předmětem srovnávací právní vědy, ještě předmětem srovnávací právní vědy?“ Pakliže na tuto otázku neodpovíme minimálně, tzn. „Nic, kromě formy srovnávání právních předmětů, není předmětem srovnávací právní vědy.“, pak vždy bude součástí srovnávací právní vědy otázka poznávání cizího práva, ne však proto, že by sama událost poznávání cizího práva byla byt' „implicitním“ případem srovnávání právních předmětů, ale proto, že pravdivé poznání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů je podmínkou pro to, aby mohlo být srovnávání právních předmětů považováno za věcně správné.

V úvodu do této práce byl vysloven následující axiom: „Věta, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, se srovnáváním nutně souvisí.“ To znamená, že věta, ve které se něco s něčím v něčem srovnává, tj. výsledek srovnávání, je axiomatickou implikací celku srovnávání. To ale ještě neznamená, že každý výsledek srovnávání právních předmětů, např. věta „Platný občanský zákoník se výrazně odchyluje od standardů právní kultury kontinentální Evropy i od tuzemských právních tradic, odmítnutých po státním převratu z r. 1948.“¹³⁰ je nutně vzato implicitním případem srovnávání právních předmětů ve smyslu dělení srovnávání právních předmětů na

¹²⁹ KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Viz pozn. 1A, s. 30.

¹³⁰ Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, [online] s. 10. [cit. 1. 1. 2017]. Dostupné z <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-NOZ-konsolidovana-verze.pdf>

explicitní a implicitní. Pokud je ale takové dělení srovnávání právních předmětů do srovnávací právní vědy zavedeno, měla by *expresivita* výsledku srovnávání právních předmětů nutně značit implicitní případ srovnávání právních předmětů.

Celek srovnávání, a tudíž i celek srovnávání právních předmětů, je možné nahlížet ze dvou hledisek: z vnitřního hlediska, z hlediska toho, kdo srovnávání provádí, a z vnějšího hlediska, z hlediska toho, kdo provádění srovnávání pozoruje. Vnější hledisko je pro srovnávací právní vědu obzvláště důležité, neboť se jedná o hledisko, které srovnávací právní věda sama zastává.

Některé části této práce se mohou zdát jako části, které jsou pro srovnávací právní vědu zbytečné, např. věta, která zazněla v oddílu 2.2 této práce: „Potíž je ta, že na podkladě určitého výsledku srovnávání, např. věty „Pavel je vyšší než Karel.“, nejsme schopni určit, zda je pojmem srovnávaných předmětů *pojmem*, který znamená *vlastnost* (výška), nebo *pojmem*, v němž je sice taková *vlastnost* obsažena, ale znamená *předmět* (např. člověk).“ Vězte, že mnohé části této práce, které se na první čtení mohou zdát být pro srovnávací právní vědu zbytečné, se na druhé čtení ukáží jako části, které jsou pro srovnávací právní vědu výsadní, neboť jsou dány z jejího vnějšího hlediska a představují možnost interpretace, rekonstrukce a evaluace implicitních případů srovnávání právních předmětů.

Metodologické problémy srovnávání právních předmětů

Pokud by zde byl takový metodologický problém srovnávání právních předmětů, který by byl natolik závažný, že by bránil *jakémukoliv* provedení srovnávání právních předmětů, pak by náš první dochovaný záznam o jeho provedení nepocházel ze starověku¹³¹.

Metodologické problémy srovnávání právních předmětů, popravdě řečeno, nejsou metodologickými problémy srovnávání právních předmětů, ale jsou významovými útvary srovnávací právní vědy, které srovnávací právní věda sama utváří akademickou problematizací svého předmětu poznání.

Jedním z projevů akademické problematizace předmětu poznání srovnávací právní vědy je akademický paradox, který bychom mohli nazvat paradoxem přirozenosti srovnávání právních předmětů. Podstata tohoto paradoxu tkví v tom, že zatímco je provedení srovnávání právních předmětů *ve skutečnosti* nesmírně jednoduché, srovnávací právní věda činí jeho provedení vesmírně složitým. Vernon Valentin Palmer v tomto duchu píše: „Věřím, že tato přisnost [rozuměj:

¹³¹ ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. Viz pozn. 1B, s. 49.

srovnávací právní vědy] je zčásti založena na nerealistických předpokladech, které hrozí, že z provádění srovnávání právních předmětů učiní činnost značně nepraktickou. Stanovuje totiž takový standard výzkumu, který je obecně neudržitelný, což znamená, že žádný projekt nestojí za to, abychom s ním vůbec začínali, a pakliže jsme s ním začali nebo jsme ho dokončili, znamená to, že se neubrání rigorózní kritice. A tato kritika pouze prohlubuje reputaci srovnávací právní vědy, která i bez toho bývá považována za exotickou a zabraňující.“¹³²

Příkladem shora zmíněného akademického paradoxu může být následující úvaha. Dá se očekávat, že se český právník dopustí při poznávání hodnot rozhodných vlastností francouzského právního předmětu více chyb než právník francouzský. To poté může vést k požadavku, aby francouzský srovnávaný právní předmět poznával francouzský právník, aby český srovnávaný právní předmět poznával český právník atd. V důsledku tohoto požadavku je tak srovnávání právních předmětů prováděné jednotlivcem předem odsouzeno k podřadnosti a neúspěchu.

V předchozím odstavci uvedený požadavek na provádění srovnávání právních předmětů je právě tak oprávněný, jako je opodstatněná úvaha, o kterou se daný požadavek opírá. V tomto případě je sice daná úvaha částečně opodstatněná, ale to dle našeho názoru neznamená, že možnost chyby při poznávání cizího srovnávaného právního předmětu nelze překonat pílí a znalostmi.

To, na co chceme upozornit, je to, abychom se nenechali ani touto prací, ani soudobou srovnávací právní vědou od srovnávání právních předmětů odradit.

Problém věcné správnosti srovnávání právních předmětů

Problém věcné správnosti srovnávání právních předmětů znamená metodologický problém srovnávání právních předmětů, který vyvstává při snaze vyhovět požadavku věcné správnosti srovnávání právních předmětů.

Kdy je srovnávání právních předmětů věcně správné? Tušíme, že věcná správnost srovnávání právních předmětů bude závislá současně na správnosti vymezení pojmu srovnávaných právních předmětů, správnosti stanovení srovnávací veličiny a pravdivosti poznání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů. Každý z těchto bodů lze vytknout jako samostatný metodologický problém srovnávání právních předmětů. A s ohledem na složitost těchto tří bodů

¹³² PALMER, Vernon V. *From Lertholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*. Viz pozn. 23, s. 23. Původní znění: „I believe these strictures are in part based upon unrealistic assumptions which threaten to make the comparative law enterprise quite impractical. They establish standards of research that are generally unattainable, which means no project is worth beginning, or if it was begun or accomplished, will not be safe rigorous critique. And this critique only increases comparative law's reputation for being exotic and forbidding.“

tomu obvykle také tak bývá. Jelikož jsme se však všem těmto bodům již věnovali v dílu 2, 3 a 4 této práce, na tomto místě pouze dodejme, že věcnou správnost určitého srovnávání právních předmětů vždy posuzujeme s ohledem na cíl, za kterým jsme dané srovnávání právních předmětů provedli, byť cíl srovnávání právních předmětů nemůže mít vliv na pravdivost poznání hodnot rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů. Potíž s cílem srovnávání právních předmětů ve vztahu k věcné správnosti srovnávání právních předmětů jsme naznačili v úvodu do dílu 4 a v oddílu 4.3 této práce. Potíž je tato, uveďme příklad.

Na základě srovnávání právních předmětů dospějeme k závěru, že právní úprava X je nejlepší, a proto se ji rozhodneme převzít. Od právní úpravy X očekáváme, že ve společnosti Y+ vyvolá stejné účinky, které vyvolává ve společnosti X+, pro kterou je v tuto chvíli účinná. Bohužel však to, které účinky právní úprava X ve společnosti Y+ vyvolá, nezávisí na tom, zda je srovnávání právních předmětů věcně správné nebo nikoliv. Jedná se o otázku pravděpodobnosti. To, na co chceme upozornit, je to, že z *jednoho* případu srovnávání právních předmětů nelze poznat, zda je dané srovnávání právních předmětů věcně správné nebo nikoliv. Srovnávání právních předmětů totiž může být věcně správné a jeho závěr být přesto nepravdivý. Stejně tak srovnávání právních předmětů může být věcně nesprávné a jeho závěr být náhodou pravdivý. To nás poté může vést k mylnému přesvědčení o tom, že jsme udělali, nebo naopak neudělali chybu. Proto je nesmírně důležité, abychom zajistili určitou soustavnost provádění srovnávání právních předmětů, protože na základě *jednoho* případu srovnávání právních předmětů nejsme schopni rozhodnout, zda je takové srovnávání právních předmětů věcně správné nebo nikoliv.

Problém soustavnosti srovnávání právních předmětů

Problém soustavnosti srovnávání právních předmětů znamená metodologický problém srovnávání právních předmětů, který vyvstává při snaze vyhovět požadavku soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů.

Požadavek soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů znamená, že srovnávání právních předmětů by mělo být provedeno s ohledem na co největší množství srovnávání právních předmětů, která mu přímo předcházejí.

Požadavek soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů a požadavek věcné správnosti srovnávání právních předmětů se vzájemně doplňují a oba jsou odrazem hodnot, které klademe na budování ucelené soustavy poznatků o právu.

Možnost soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů jsme naznačili v oddílu 4.3 této práce, když jsme hovořili o srovnávacím výzkumu. Uveďme příklad.

Nechť je právněsrovnávací výzkum X, jehož cílem je zařazení právních systémů do právních rodin. Tento právněsrovnávací výzkum necht' je ukončen v roce 2010. V roce 2020 ale zařazení právních systémů do právních rodin provedené v roce 2010 již může, ale nemusí být zastaralé – přesto je třeba jej provést znovu. Necht' je tedy právněsrovnávací výzkum Y, který jej znovu provede. Právněsrovnávací výzkum Y může být proveden jednoduše tak, že převezme právněsrovnávací výzkum X a ověří a případně opraví hodnoty rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů. Pokud však jednotlivci provádějící právněsrovnávací výzkum Y nesouhlasí např. se způsobem, jakým byla pro právněsrovnávací výzkumu X stanovena srovnávací veličina, je třeba tento nesouhlas a změnu ve způsobu stanovení srovnávací veličiny odůvodnit. Tímto odůvodněním je poté vyhověno požadavku soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů.

Jenže požadavek soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů má i mnohem jemnější projevy. Řekne-li se výzkum, obvykle si představíme více jednotlivců, kteří se podílí na dosažení určitého výzkumného cíle – vládne mezi nimi dělba práce a probíhá mezi nimi *přímá* spolupráce. Výzkum si ale také můžeme představit ne jako soubor jednotlivců, ale jako soubor kroků, který tito jednotlivci musí provést, aby daného výzkumného cíle dosáhli.

Shora uvedený právněsrovnávací výzkum X si tak můžeme představit jako soubor srovnávání právních předmětů, přičemž každé z těchto srovnávání právních předmětů může být provedeno jiným jednotlivcem, nebo však také všechna srovnávání právních předmětů mohou být provedena jen jedním jednotlivcem – soubor srovnávání právních předmětů se ve své podstatě nemění. Jelikož se tento soubor srovnávání právních předmětů nemění, můžeme si následně představit událost, kdy v roce 2015 český právník provede srovnávání českého a slovenského právního systému s cílem zařazení právních systémů do právních rodin a v roce 2017 indonéský právník provede s tímž cílem srovnávání indonéského a malajského právního systému. Oba tyto případy srovnávání právních předmětů zapadají do téhož celku, do téhož souboru srovnávání právních předmětů, do téhož právněsrovnávacího výzkumu, byť o sobě tito dva jednotlivci nemusí mít žádné ponětí. Takovouto představu bychom zpravidla nenazvali výzkumem, neboť zde chybí *přímá* spolupráce, ale nazvali bychom ji vědou – vědou jakožto *nepřímou* spoluprací neuzavřeného počtu jednotlivců při budování ucelené soustavy poznatků. A tato nepřímá spolupráce je vedena právě požadavkem soustavnosti, který by měl přivést *našeho* indonéského právníka ke srovnávání českého a slovenského právního systému s tímž cílem, neboť to jediné, v čem se tato dvě

srovnávání právních předmětů přísně vzato liší, jsou hodnoty rozhodných vlastností srovnávaných právních předmětů.

Požadavek soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů vystupuje ještě více do popředí v případě srovnávání právních předmětů prováděného s cílem poznání zákonitostí uskutečňování práva ve společnosti, jelikož zákonitosti z podstaty věci přesahují čas a obsah.

Nechť je určitá věta, např. věta „Právní transplantace není možná.“ Tato věta necht' poté říká: „Ve společnosti B stav společnosti A, zapříčiněný právní úpravou X, nenastane ani po pěti letech ode dne účinnosti právní úpravy X ve společnosti B.“ Necht' se má za to, že je daná věta pravdivá pro každou událost, kterou opisuje. Tuto domněnku – danou větu – je možné vyvrátit. Je možné ji vyvrátit, a to je pro nás v tuto chvíli důležité, jak srovnáváním společenských stavů navazujících na právní úpravu věna, tak společenských stavů navazujících na právní úpravu bankovního tajemství, tak společenských stavů navazujících na právní úpravu otroctví. Všechna zde uvedená srovnávání, na rozdíl od shora uvedeného příkladu, spolu sdílejí pouze cíl, a to cíl vyvrátit danou větu a poznat tak určitou zákonitost uskutečňování práva ve společnosti.

Vyhovět požadavku soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů znamená zohlednit dříve provedená srovnávání právních předmětů.

Problém soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů nastává ve chvíli, kdy zde není takové prostředí, které by nám umožnilo požadavku soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů vyhovět. Je zde takové prostředí? Takové prostředí je zde částečně vytvořeno pouze v případě srovnávání právních systémů s cílem jejich zařazení do právních rodin a obdobných právních předmětů, neboť se jedná o poměrně malou a dobře vysledovatelnou skupinu případů srovnávání právních předmětů. V ostatních případech srovnávání právních předmětů zde takové prostředí vytvořeno není.

Za vytvoření prostředí, které nám umožní vyhovět požadavku soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů, odpovídá srovnávací právní věda. Srovnávací právní věda toto prostředí vytváří tím, že dosahuje svého, v dílu 1 této práce uvedeného cíle, či přesněji, řešením svých metodologických problémů, rozvojem své preskriptivní složky, zdůrazňováním užitečnosti srovnávání právních předmětů, rozvojem komparatistické ontologie apod.

To, zda toto prostředí ožije, poté již do značné míry závisí na těch, kteří srovnávání právních předmětů provádí, proto jsme v dílu 1 této práce řekli, že vztah mezi srovnávací právní vědou a srovnáváním právních předmětů je nutné neustále připomínat, vyžadovat a vlastní vůlí uskutečňovat.

Problém úplnosti právněsrovnávacího díla

Problém úplnosti právněsrovnávacího díla znamená metodologický problém srovnávání právních předmětů, který vyvstává v souvislosti s obsahem právněsrovnávacího díla a způsobem zobrazení případu srovnávání právních předmětů.

Problém úplnosti právněsrovnávacího díla jsme naznačili v úvodu do dílu 4 této práce, když jsme hovořili o obrazech právních předmětů, které v právněsrovnávacím díle zpravidla předchází vlastnímu srovnávání právních předmětů. Dále jsme ho naznačili v oddílu 4.3 této práce, když hovořili o dodatku k srovnávání právních předmětů, obsahujícím souhrn okolností srovnávaných právních předmětů, aniž by bylo současně provedeno jejich souběžné srovnávání.

Problém úplnosti právněsrovnávacího díla úzce souvisí s otázkou zobrazení případu srovnávání právních předmětů. Místa, na kterých jsme v této práci narazili na otázku zobrazení případu srovnávání právních předmětů, jsme zmínili v pododdílu o problému dosahu srovnávací právní vědy. Máme totiž za to, byť jsme to ještě v této práci neřekli, že způsob zobrazení srovnávání právních předmětů je jedním ze skladebních prvků každého srovnávání právních předmětů a že expresivita předepsaného způsobu zobrazení srovnávání právních předmětů by měla být podmínkou pro označení případu srovnávání právních předmětů za explicitní. Pouze případ srovnávání právních předmětů, který odpovídá předepsanému způsobu zobrazení, může být dle našeho názoru považován za explicitní.

Dejme tomu, že tvrdíme hodnotu určité rozhodné vlastnosti srovnávaného právního předmětu, např. „Ve Slovensku musí být smluvní pokuta uzavřena v písemné formě, má-li být uzavřena platně.“ Toto tvrzení *něco* postrádá. Postrádá důkaz – odkaz na právní pramen. Ale k tomu, abychom mohli srovnávání právních předmětů provést, žádný důkaz pro naše tvrzení hodnoty určité rozhodné vlastnosti srovnávaného právního předmětu nepotřebujeme. Důkaz pro naše tvrzení hodnoty určité rozhodné vlastnosti srovnávaného právního předmětu potřebujeme jen s ohledem na určitý vnější požadavek. Tomuto vnějšímu požadavku vyhovíme tak, že důkaz pro naše tvrzení hodnoty určité rozhodné vlastnosti srovnávaného právního předmětu uvedeme v právněsrovnávacím díle. A totéž platí i o dalších požadavcích, např. v předchozím pododdílu uvedeném požadavku soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů nebo požadavku na odůvodnění případné volby srovnávaných právních předmětů atd. Ve své podstatě, všem požadavkům, které klademe na provádění srovnávání právních předmětů, můžeme vyhovět až prostřednictvím právněsrovnávacího díla.

V pododdílech 4.1.1 a 4.2.1 této práce jsme řekli, že je třeba rozlišovat mezi tím, co srovnáváme, a tím, co poznáváme. Řekli jsme, že jestliže srovnáváme francouzskou a slovenskou právní úpravu koupě, pak musíme poznat také způsoby výkladu francouzského a slovenského práva, byť se v daném případě nejedná o srovnávané právní předměty. Opět platí, že tomuto požadavku můžeme vyhovět pouze tak, že užité způsoby výkladu francouzského a slovenského práva uvedeme v právněsrovnávacím díle. Jak jinak bychom mu také mohli vyhovět?

Výsledkem je, že vzorový postup srovnávání právních předmětů a předepsaný způsob zobrazení srovnávání právních předmětů jsou téměř jedno a to samé. Proto jsme také, kromě jiného, tolikrát v této práci upozorňovali na vztah mezi tím, co děláme, a tím, co leží uloženo v právněsrovnávacím díle.

Otázka úplnosti právněsrovnávacího díla je spíše metodologickým problémem srovnávací právní vědy než srovnávání právních předmětů. Uvádíme ji zde jako metodologický problém srovnávání právních předmětů z toho důvodu, že srovnávání právních předmětů musí být v každém případě určitým způsobem zobrazeno. Je sice pravdou, že srovnávání je rozumová činnost, kterou lze provést, aniž by se v důsledku toho na světě cokoli událo, např. srovnáváme-li v duchu dva holuby v parku a z toho, který je větší, usuzujeme na to, který je holubice. Na druhou stranu, má-li se srovnávání udát (svět je to, co sdílíme), musí být určitým způsobem zobrazeno. Jelikož zde ale není žádný předepsaný způsob zobrazení srovnávání právních předmětů, bude si muset s otázkou zobrazení srovnávání právních předmětů a otázkou úplnosti právněsrovnávacího díla poradit každý sám.

V této práci jsme nabídli velké množství možností, které by mělo upevnit naše povědomí o tom, co děláme, a to nejen když provádíme srovnávání právních předmětů. To by nám mělo pomoci při psaní a rozlišování částí právněsrovnávacích děl. Byť zde v tuto chvíli není takové prostředí, které by nám umožnilo plnohodnotně vyhovět požadavku soustavnosti provádění právních předmětů, od tohoto prostředí nás ve své podstatě dělí jen smysluplný způsob zobrazení srovnávání právních předmětů a dobré uspořádání právněsrovnávacích děl.

Dodatek na závěr

V tomto dodatku se budeme zabývat postupem zpracování námětu naší rigorózní práce. Postup zpracování námětu naší rigorózní práce by měl být následující.

Postup zpracování námětu rigorózní práce miníme zaprotokolovat. Protokol o postupu zpracování námětu rigorózní práce by měl být přílohou rigorózní práce a měl by dokládat rozdíl mezi tím, co jsme udělali, a tím, co leží uloženo v rigorózní práci, v právněsrovnávacím díle.

Naším předpokladem je, že dokážeme provést nultou a první fázi postupu srovnávání právních předmětů pouze na základě znalosti *jednoho* právního předmětu. Tímto právním předmětem bude české přestupkové právo. V našem případě bude české přestupkové právo zároveň i srovnávaným právním předmětem, nemuselo by jím však být. To, co bychom chtěli dokázat, je to, že *před* provedením druhé fáze postupu srovnávání právních předmětů nemusíme nutně znát *žádný* z přímo srovnávaných právních předmětů, že jsme schopni zajistit úplnou nahodilost výsledků a závěrů srovnávání právních předmětů.

České přestupkové právo účinné ke dni zadání námětu rigorózní práce volíme jako srovnávaný právní předmět především z toho důvodu, že rigorózní práce bude obhajována na Právnické fakultě Univerzity Karlovy v Praze.

Jako další srovnávané právní předměty volíme chorvatské a slovinské přestupkové právo účinné taktéž ke dni zadání námětu rigorózní práce. Tyto další srovnávané právní předměty volíme zejména kvůli naší jazykové dovednosti; zároveň bychom rádi využili rozsáhlou přípravu v oblasti právního jazyka a právního překladu, kterou jsme prošli již při zpracování námětu této práce, ale nakonec jsme se rozhodli pojednat o právním jazyku a právním překladu z této práce vypustit.

Bude se tudíž jednat o synchronní inter/mikro-komparaci.

Jelikož se snažíme dokázat, že před provedením druhé fáze postupu srovnávání právních předmětů nemusíme nutně znát *žádný* z přímo srovnávaných právních předmětů, oblohou se v tuto chvíli vyhýbáme jak chorvatskému, tak slovinskému právnímu řádu. Třebaže i s jedním i s druhým právním řádem již máme určité zkušenosti – zkušenosti, které bychom měli uvést v nulté fázi postupu srovnávání právních předmětů – náš uvědomělý a cílevědomý vpád do zahraničního právního řádu v souvislosti se zpracováním námětu naší rigorózní práce by měl být řádně a dopodrobna zaprotokolován.

Naším prvním úkolem bude důkladné nabytí znalostí o českém přestupkovém právu (nad rámec právních předpisů a učebnic správního práva). Poté co tento úkol splníme, stanovíme cíl našeho srovnávání právních předmětů, vymezíme pojem srovnávaných právních předmětů a stanovíme srovnávací veličinu. Tím bude ukončena nultá a první fáze našeho postupu srovnávání právních předmětů. Po splnění daného úkolu, ale před vlastním zahájením našeho postupu srovnávání právních předmětů, musíme ještě vyřešit problém případu a věcné správnosti srovnávání právních předmětů, jakož i problém úplnosti právněsrovnávacího díla. Zatímco jsme

si v této práci mohli dovolit myslet a pochybovat, náš vpád do zahraničního právního řádu v souvislosti se zpracováním námětu naší rigorózní práce *musí být* bezmyšlenkovitý a přesný, a to i kdyby měl být docela chybný. Z toho důvodu ostatně také vedeme protokol o průběhu zpracování námětu rigorózní práce, aby byly zaznamenány všechny chyby, kterých jsme se v průběhu zpracovávání námětu rigorózní práce dopustili.

Následně přistoupíme k druhé fázi postupu srovnávání právních předmětů.

Poté, co uzavřeme naše srovnávání právních předmětů, pokusíme se vyhovět požadavku soustavnosti provádění srovnávání právních předmětů jakožto určitému způsobu ověření našich závěrů. Jelikož se chystáme vyhovět požadavku soustavnosti provádění právních předmětů až po provedení srovnávání právních předmětů, můžeme říct, že se nejedná právě o učebnicový způsob vyhovění tomuto požadavku.

Vidíme, že se při zpracovávání námětu naší rigorózní práce stále držíme čtyřfázového postupu srovnávání právních předmětů, který jsme načrtli v dílu 4 této práce, a obdobně se ho budeme držet i při vlastním psaní rigorózní práce. Součástí rigorózní práce ale nebude pouze zobrazení srovnávání právních předmětů, nýbrž také části, které budou výrazem toho, že se jedná o volné pokračování této práce.

Z hlediska úplnosti právněsrovnávacího díla se však budeme snažit zjistit, jaké je nejmenší možné množství vět, které musí právněsrovnávací dílo obsahovat, abychom ho mohli považovat za úplné, a jaká je právě účelná užitečnost srovnávání právních předmětů zobrazeného v tomto nejmenším možném právněsrovnávacím díle.

Prameny

FREGE, Gottlob. *Function and Concept*. In: MELLOR, David H. and Alex OLIVER, eds. *Properties*. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 130-149. ISBN: 978-01-987-5176-2.

FREGE, Gottlob. *On Concept and Object*. In: *Mind*, 1951, vol. 60, no. 238, pp. 168-180. ISSN: 0026-4423.

FREGE, Gottlob. *Sense and Reference*. In: *The Philosophical Review*, 1948, vol. 57, no. 3, pp. 209-230. ISSN: 0031-8108.

HENDL, Jan. *Kvalitativní výzkum: základní metody a aplikace*. 4. vyd. Praha: Portál, 2016. 440 s. ISBN: 978-80-262-0982-9.

HUSSERL, Edmund. *Filosofie jako přísná věda*. Praha: TOGGA, 2013. 81 s. ISBN: 978-80-7476-035-8.

KANT, Immanuel. *Prolegomena ke každé další metafyzice, jež se bude moci stát vědou*. 2. vyd. Praha: Nakladatelství Svoboda, 1992. 151 s. ISBN: 80-205-0310-2.

QUINE, Willard Van O. *From a Logical Point of View: 9 Logico-Philosophical Essays*. New York: HARPER TORCHBOOK, 1963. 184 pp. ISBN: 978-00-613-0566-5.

SOUSEDÍK, Prokop. *Logika pro studenty humanitních oborů*. 2. vyd. Praha: Vyšehrad, 2001. 222 s. ISBN: 80-7021-509-7.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Modrá a hnědá kniha*. Praha: Filosofia, 2006. 268 s. ISBN: 80-7007-237-7.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Bratislava: Kalligram, 2003. 232 s. ISBN: 80-7149-600-6.

CVRČEK, František. *Právní informatika*. Praha: Ústav státu a práva, Akademie věd České Republiky, 2010. 371 s. ISBN: 978-80-87439-00-5.

CHROMÁ, Marta. *Právní překlad v teorii a praxi: nový občanský zákoník*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2014. 270 s. ISBN: 978-80-246-2851-6.

GERLOCH, Aleš. *Teorie práva*. 7. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2017. 332 s. ISBN: 978-80-7380-652-1.

HART, Herbert Lionel A. *Pojem práva*. 2. vyd. Praha: Prostor, 2010. 312 s. ISBN: 978-80-7260-239-1.

KELSEN, Hans. *Ryzí nauka právní: metoda a základní pojmy*. Brno: Orbis, 1933. 55 s.

KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Praha: C. H. Beck, 1999. 264 s. ISBN: 80-7179-028-1.

KNAPP, Viktor. *Vědecká propedeutika pro právníky*. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003. 233 s. ISBN: 80-86432-54-8.

TOMÁŠEK, Michal. *Překlad v právní praxi*. 2. vyd. Praha: Linde, 2003. 143 s. ISBN: 80-7201-427-7.

VEČEŘA, Miloš a Martina URBANOVÁ. *Sociologie práva*. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2011. 313 s. ISBN: 978-80-7380-321-6.

WINTR, Jan. *Metody a zásady interpretace práva*. Praha: Auditorium, 2013. 229 s. ISBN: 978-80-87284-36-0.

BLAHOŽ, Josef a kol. *Srovnávací ústavní právo*. 4. vyd. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2011, s. 15-27. ISBN: 978-80-7357-312-6.

KLOKOČKA, Vladimír. *Ústavní systémy evropských států*. Praha: Linde, 1996, s. 13-26. ISBN: 80-7201-010-7.

KNAPP, Viktor. *Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy*. Praha: C. H. Beck, 1996. 264 s. ISBN: 80-7179-089-3.

KNAPP, Viktor. *Základy srovnávací právní vědy*. Praha: Aleko, 1991. 125 s. ISBN: 80-85341-12-3.

POKORNÝ, Ladislav. *Úvod do trestněprávní komparatistiky*. Praha: Auditorium, 2010. 120 s. ISBN: 978-80-87284-06-3.

ADAMS, Maurice and John GRIFFITHS. *Against 'Comparative Method': Explaining Similarities and Differences*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 279-301. ISBN: 978-1-107-41688-8.

ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF. *Comparing Law: Practice and Theory*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 1-21. ISBN: 978-1-107-41688-8.

ANDENAS, Mads and Duncan FAIRGRIEVE. *Intent on Making Mischief: Seven Ways of Using Comparative Law*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 25-60. ISBN: 978-1-84980-252-9.

BAR, Christian von. *Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 123-136. ISBN: 978-1-84113-443-7.

BAXI, Upendra. *The Colonialist Heritage*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 46-75. ISBN: 978-0-521-81811-7.

BOGDAN, Michael. *Concise Introduction to Comparative Law*. Groningen: Europa Law Publishing, 2013. 202 p. ISBN: 978-90-8952-125-5.

BOMHOFF, Jacco. *Comparing Legal Argument*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. pp. 74-95. ISBN: 978-1-107-41688-8.

CLAES, Monica and Maartje DE VISSER. *Reflection on Comparative Method in European Constitutional Law*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 143-169. ISBN: 978-1-107-41688-8.

CONINCK, Julie de. *Comparison in Private Patrimonial Law: Towards a Bottom-up Approach Using (Cross-cultural) Behavioural Economics*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF,

- eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 258-278. ISBN: 978-1-107-41688-8.
- CONINCK, Julie de. *The Functional Method of Comparative Law: 'Quo Vadis'?* In: *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 74, no. 2, 2010, pp. 318–350. ISSN: 0033-7250.
- CONSTANTINI, Cristina. *The Iconicity of Space: Comparative Law and the Geopolitics of Jurisdictions*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 230-242. ISBN: 978-1-84980-2529.
- COTTERRELL, Roger. *Comparatists and Sociology*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 131-153. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- DAVID, René da and John E. C. BRIERLEY. *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*. 3rd ed. London: Stevens, 1985, pp. 1-31. ISBN: 0-420-47350-5.
- DANNEMANN, Gerhard. *In Search of System Neutrality: Methodological Issues in the Drafting of European Contract Law Rules*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 96-119. ISBN: 978-1-107-41688-8.
- FRANKENBERG, Günter. *How to Do Projects with Comparative Law: Notes of an Expedition to the Common Core*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 120-143. ISBN: 978-1-84980-2529.
- GAAKEER, Jeanne. *Index Translator: The Reign of Finitude*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 252-269. ISBN: 978-1-84980-2529.
- GERBER, David J. *Comparative Law and Global Regulatory Convergence: The Example of Competition Law*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 120-142. ISBN: 978-1-107-41688-8.
- GERBER, David J. *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law?* In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 4, 1998, pp. 719–737. ISSN: 0002-919X.
- GLANERT, Simone. *Method?* In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 61-81. ISBN: 978-1-84980-2529.
- GLENN, Patrick H. *Legal Cultures and Legal Traditions*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 7-20. ISBN: 978-1-84113-443-7.
- GLENN, Patrick H. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-66. ISBN: 978-0-19958-080-4.
- GLENN, Patrick H. *The Nationalist Heritage*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 76-99. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- GOODRICH, Peter. *Interstitium and Non-Law*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 213-229. ISBN: 978-1-84980-2529.

- GORDLEY, James. *The Functional Method*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 107-119. ISBN: 978-1-84980-2529.
- GORDLEY, James. *The Universalist Heritage*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 31-45. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- GRAZIADEI, Michele. *The Functionalist Heritage*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 100-130. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- GROßFELD, Bernhard. *Comparatists and Languages*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 154-196. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- GUTTERIDGE, Harold C. *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge: Cambridge University Press, 1946, 204 p. ISBN: 978-1-107-59472-2.
- HOECKE, Mark Van. *Deep Level Comparative Law*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 165-196. ISBN: 978-1-84113-443-7.
- HOECKE, Mark Van and Mark WARRINGTON. *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, no. 3, 1998, pp. 495–536. ISSN: 0020-5893.
- HUSA, Jaako. *Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility*. In: *Reveu international de droit compare*, vol. 58, no. 4, 2006, pp. 1095-1117. ISSN: 0035-3337.
- KAMBA, Walter J. *Comparative Law: A Theoretical Framework*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, no. 3, 1974, pp. 485–519. ISSN: 0020-5893.
- KARBU, Juba. *How to Make Comparable Things: Legal Engineering at the Service of Comparative Law*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 79-90. ISBN: 978-1-84113-443-7.
- KENNEDY, David. *The Methods and the Politics*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 345-436. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- KJÆR, Anne L. *A Common Legal Language in Europe?* In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 377-398. ISBN: 978-1-84113-443-7.
- KOMÁREK, Jan. *Reasoning with Previous Decisions*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 49-73. ISBN: 978-1-107-41688-8.
- LADÉUR, Karl-Heinz. *Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to Cope with the Multiplicity of Law?* In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 91-122. ISBN: 978-1-84113-443-7.
- LASSER, Mitchel de. *The Question of Understanding*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 197-239. ISBN: 978-0-521-81811-7.

- LEGRAND, Pierre. *European Legal Systems Are Not Converging*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, no. 1, 1996, pp. 52-81. ISSN: 1471-6895.
- LEGRAND, Pierre. *John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue*. In: *American Journal of Comparative Law*, vol. 47, no. 3, 1999, pp. 3-66. ISSN: 0002-919X.
- LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of "Legal Transplants"* In: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, no. 2, 1992, pp. 111-124. ISSN: 1023-263X.
- LEGRAND, Pierre. *The Same and the Different*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 240-311. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- LEMMENS, Koen. *Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 302-326. ISBN: 978-1-107-41688-8.
- MARTY, Mireille D. *Comparative Law and the Internationalization of Law in Europe*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 247-258. ISBN: 978-1-84113-443-7.
- MCDUGAL, Myres S. *The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 1, no. 1/2, 1952, pp. 24-57. ISSN: 0002-919X.
- MCEVOY, Sebastian. *Descriptive and Purposive Categories of Comparative Law*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 144-164. ISBN: 978-1-84980-2529.
- MEHREN, Arthur T. *An Academic Tradition for Comparative Law?* In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19, no. 4, 1971, pp. 624-632. ISSN: 0002-919X.
- MEHREN, Arthur T. *Roscoe Pound and Comparative Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 13, no. 4, 1964, pp. 507-517. ISSN: 0002-919X.
- MEUWESE, Anne and Mila VERSTEEG. *Quantitative Methods for Comparative Constitutional Law*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 230-257. ISBN: 978-1-107-41688-8.
- MICHAELS, Ralf. *The Functional Method of Comparative Law*. In: REIMANN, Mathias and Reinhard ZIMMERMANN, eds. *Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. pp. 340-380. ISBN: 978-0-19929-6064.
- MICHAELS, Ralf. *Legal Culture*. In: BASEDOW, Jurgen and Reinhard Zimmerman, eds. *Oxford Handbook of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, forthcoming. Dostupné online: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2390.
- MONATERI, Giuseppe P. *Methods in Comparative Law: An Intellectual Overview*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 7-24. ISBN: 978-1-84980-2529.
- MUNDAY, Roderick. *Accounting for an Encounter*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 3-30. ISBN: 978-0-521-81811-7.
- ÖRÜCÜ, Esin. *Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 359-376. ISBN: 978-1-84113-443-7.

PALMER, Vernon V. *From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*. In: *American Philosophical Quarterly*, vol. 53, no. 1, 2005, pp. 261-290. ISSN: 0003-0481.

PARISI, Francesco and Barbara LUPPI. *Quantitative Methods in Comparative Law*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 306-316. ISBN: 978-1-84980-2529.

REITZ, John C. *How to Do Comparative Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, no. 4, 1998, pp. 617-638. ISSN: 0002-919X.

REIMANN, Mathias. *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, no. 4, 2002, pp. 671-700. ISSN: 0002-919X.

SACCO, Rodolfo. *Diversity and Uniformity in The Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 49, no. 2, 2001, pp. 171-189. ISSN: 0002-919X.

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, pp. 1-34. ISSN: 0002-919X.

SACCO, Rodolfo. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*. In: *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 2, 1991, pp. 343-401. ISSN: 0002-919X.

SAMUEL, Geoffrey. *All That Heaven Allows: Are Transnational Codes a "Scientific Truth" or Are They Just a Form of Elegant "Pastiche"?* In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 165-191. ISBN: 978-1-84980-2529.

SAMUEL, Geoffrey. *Comparative Law and Jurisprudence*. In: *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, no. 4, 1998, pp. 817-836. ISSN: 0020-5893.

SAMUEL, Geoffrey. *Epistemology and Comparative Law: Contributions from the Sciences and Social Sciences*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 35-78. ISBN: 978-1-84113-443-7.

SCHLESINGER, Rudolf B. *The Past and Future of Comparative Law*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 43, no. 3, 1995, pp. 477-481. ISSN: 0002-919X.

SMITS, Jan M. *Rethinking Methods in European Private Law*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 170-185. ISBN: 978-1-107-41688-8.

VALCKE, Catherine. *Comparative Law as Comparative Jurisprudence: The Comparability of Legal Systems*. In: *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, no. 3, 2004, pp. 713-740. ISSN: 0002-919X.

VALCKE, Catherine. *Reflections on Comparative Law Methodology – Getting Inside Contract Law*. In: ADAMS, Maurice and Jacco BOMHOFF, eds. *Practice and Theory in Comparative Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 22-48. ISBN: 978-1-107-41688-8.

WATSON, Alan. *Legal Culture v Legal Traditions*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 1-6. ISBN: 978-1-84113-443-7.

WATT, Gary. *Comparison as Deep Appreciation*. In: MONATERI, Pier Giuseppe, ed. *Methods of Comparative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 82-106. ISBN: 978-1-84980-2529.

WHITMAN, James Q. *The Neo-Romantic Turn*. In: LEGRAND, Pierre and Roderick MUNDAY, eds. *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 312-344. ISBN: 978-0-521-81811-7.

WITGENS, Luc J. *Legisprudence and Comparative Law*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 299-316. ISBN: 978-1-84113-443-7.

ZIRK-SADOWSKI, Marek. *Legal Epistemology and Transformation of Legal Cultures*. In: HOECKE, Mark van, ed. *Epistemology and Methodology of Comparative Law*. Portland: Hart Publishing, 2004, pp. 21-34. ISBN: 978-1-84113-443-7.

ZWEIGERT, Konrad and Hein KÖTZ. *Introduction to Comparative Law*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 2-74. ISBN: 0-19-826859-9.

KALLENBERG, Arthur L. *The Logic of Comparison: A Methodological Note on the Comparative Study of Political Systems*. In: *World Politics*, 1966, vol. 19, no. 1, pp. 69–82. ISSN: 0043-8871.

LJIPHART, Arend. *Comparative Politics and the Comparative Method*. In: *The American Political Science Review*, 1971, vol. 65, no. 3, pp. 682-693. ISSN: 0003-0554.

MOURALOVÁ, Magdalena a Hana GEISLER. *Komparativní přístupy při zkoumání veřejných politik*. In: NEKOLA, Martin a Hana GEISLER a Magdalena MOURALOVÁ, eds. *Současné metodologické otázky veřejné politiky*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2011, s. 170-193. ISBN: 978-80-246-1865-4.

ŘÍHOVÁ, Blanka. *Komparativní metoda v politologii*. In: DVOŘÁKOVÁ, Vladimíra a kol. *Komparace politických systém I*. Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze, Nakladatelství Oeconomica, 2003, s. 7-39. ISBN: 80-245-0534-7.

SARTORI, Giovanni. *Concept Misformation in Comparative Politics*. In: *The American Political Science Review*, vol. 64, no. 4, 1970, pp. 1033-1953. ISSN: 0003-0554.

Metodologické problémy srovnávací právní vědy

Shrnutí

Srovnávací právní věda se od konce druhé světové války trvale rozrůstá: jak do počtu lidí, který se na ní podílí, tak do počtu prací, který ji tvoří. Růst srovnávací právní vědy po druhé světové válce byl umožněn, ale i vynucen, stále se stupňující globalizací. Rozvoj komunikačních a informačních technologií v posledních desetiletích tento vývoj pouze umocnil. Na množství děl a děl, které se v daném období na srovnávací právní vědu sneslo, nebyla srovnávací právní věda v žádném ohledu připravena, což v konečném důsledku vedlo k rozvratu jejího obsah, převratu ve způsobu jejího provádění a k nastolení Feyerabendova metodologického anarchismu, který ve srovnávací právní vědě, pod heslem „všechno je dovoleno“, dodnes trvá.

Tato práce je pokusem dát větám srovnávací právní vědy řád. Nečiníme tak, popravdě řečeno, ani pro srovnávací právní vědu, ani kvůli jejímu stavu, ale z vlastního zájmu o srovnávací právní vědu.

V dílu 1 této práce stanovíme pracovní pojetí srovnávací právní vědy. V dílu 2 této práce pojednáme o stavbě srovnávání, o stavebních prvcích, z nichž se srovnávání skládá. V dílu 3 této práce pojednáme o skladbě srovnávání, o skladebních prvcích, kvůli nimž se stavební prvky srovnávání skládají do jednoho uzavřeného celku. V dílu 4 této práce pojednáme o postupu srovnávání, o průběhu určité lidské činnosti od jejího založení až po její uzavření. Na závěr této práce, na dílech 1 až 4 této práce, ohraničíme jednotlivé metodologické problémy srovnávací právní vědy.

Byť tato práce, přísně vzato, nenabízí žádné řešení metodologických problémů srovnávací právní vědy, jsme přesvědčeni, že samo ohraničení jednotlivých metodologických problémů srovnávací právní vědy, ve spojení se způsobem provedení této práce, nabízí dobrou představu o rámci srovnávací právní vědy, a tak z jedné strany usnadňuje porozumění ohromnému množství děl srovnávací právní vědy, zatímco z druhé strany usnadňuje samotné provádění srovnávací právní vědy.

Klíčová slova: srovnávání; komparativní metoda; srovnávací právní věda; metodologie srovnávací právní vědy

Methodological Problems of Comparative Law

Summary

From the end of the Second World War the comparative law is constantly growing. Growth of the comparative law was enabled, but also forced, by escalating globalization. Development of an information and communications technology in the past decades growth of the comparative law only accelerate. On this aggressive growth the comparative law wasn't prepared, which led to perversion of its content, subversion of its method and establishment of Feyerabend's methodological anarchism, which to this day under the slogan „anything goes” reigns over the comparative law.

This thesis is an attempt to create order in the comparative law. We don't do that for the comparative law, or because of the current state of the discipline, but because of our own interest in application of the comparative method in the legal science.

In the first section of this thesis we propose a working definition of comparative law. In the second section of this thesis we focus on the structure of comparative method: on the structural elements which compose the comparative method. In the third section of this thesis we focus on the composition of comparative method: on the compositional elements by which are the structural elements of the comparative method integrated into the complete whole. In the fourth section of this thesis we focus on the process of comparative method: on the course of human action from its beginning to its completion. In the last section of this thesis, on the basis of previous sections of this thesis, we define a fundamental methodological problems of the comparative law.

In this thesis we don't offer any given solution for any of the fundamental methodological problems of the comparative law we define. But we believe that good definition of the fundamental methodological problems of the comparative law alone, in conjunction with a formal arrangement of this thesis and proposed framework of the comparative law, will be beneficial not only for a better understanding of the massive amount of comparative law's work, but also for a better implementation of the comparative method in the legal science.

Keywords: Comparison; Comparative Method; Comparative Law; Methodology of Comparative Law

