

Markku Kiikeri: Comparative Legal Reasoning and European Law

Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers 2001

Zdeněk Kühn*

Kniha finského autora Markku Kiikeri je věnována analýze srovnávací metody výkladu práva v evropském právu, tedy v právu Evropských společenství a při interpretaci Evropské úmluvy na ochranu lidských práv štrasburským Evropským soudem.

I.

V současné situaci, kdy snad lze tak často skloňovaný termín globalizace použít i na právo, význam srovnávací argumentace při výkladu práva zásadním

* JUDr. Zdeněk Kühn, Ph.D., LL.M. Odborný asistent katedry teorie práva a právních učeních Právnické fakulty UK, t.č. student SJD programu University of Michigan Law School v Ann Arbor, USA a stipendista programu The Václav Havel Graduate Fellowship pro rok 2002-3. Tato práce vznikla za podpory Fulbrightovy komise v ČR v průběhu mého studia LL.M. na University of Michigan, Ann Arbor, USA ve školním roce 2001-2.

způsobem stoupá, a to nejen v oblasti ústavního soudnictví. Euronovela české Ústavy bezesporu přinese (skeptik by spíše hovořil o tom, že by měla přinést) další posílení komparativní dimenze výkladu práva.¹

Soudce používající cizí právo za účelem interpretace domácího práva, provádí-li tuto činnost inteligentně, podstatně zvyšuje možnost najít racionální řešení v rámci systému domácího práva. Takovýto soudce nepopírá, že je účastníkem domácího právního diskurzu v rámci systému založeného na hierarchické struktuře pramenů práva. Základním rozdílem ve srovnání s přístupem formalistickým je to, že soudce si je vědom otevřené povahy většiny právních norem, přičemž tuto vlastnost práva nepovažuje za nedostatek právního systému, ale naopak za jeho výhodu, umožňující interpretovi rozšířit prameny práva o zdroje působící spíše než autoritativně silou přesvědčivosti. Rozšířením spektra právních argumentů dosáhne interpret toho, že v rámci apriorně otevřeného systému s nedostatkem právně relevantních informací autoritativního charakteru je možno nalézt racionální odpověď na otázku *quid iuris*, co jest po právu.

Je jednoznačné, že v rámci Evropy je dominujícím faktorem zvyšování vlivu komparativní metody interpretace práva evropská integrace. Evropský soudní dvůr na základě komparativních argumentů vytvořil evropský systém ochrany lidských práv.² Hlavním hybatelem konvergence je přitom zejména Evropský soud pro lidská práva a Evropský soudní dvůr. Generální advokát ESD Jacobs tak kupříkladu před nedávnem argumentoval ve prospěch jeho teze širšího přístupu k soudu první instance v žalobách na neplatnost obecného předpisu podle čl. 230 Smlouvy ES nejen právními rády členských států, ale také právními rády kandidátských zemí.³

V oblasti ústavního soudnictví je váha srovnávací argumentace podpořena požadavkem univerzality lidských práv a jejich transcendentní povahy. Mnoho ústav je založeno na společných modelech, a i některé rozdíly v ústavním textu se zdají být relativně nedůležité ve světle hodnot a principů stavicích základ konstitucionalismu jako celku. Komparace nabízejí in-

terpretovi velmi užitečný pohled do života ústavního práva v jiných demokratických společnostech.

Jiným důležitým aspektem je „vědomí společného cíle“ sdílené ústavními soudci.⁴ V rámci Evropy nalezneme mnohem konkrétnější cíl: „vytvoření evropského právního systému jako části širšího projektu dávajícího obsah a efekt Římské smlouvě a budující stále bližší unii obyvatel Evropy“.⁵ Toho si všímá též Markku Kiikeri, podle kterého „hlavním argumentem jeho knihy je to, že srovnávací právo je v samotném srdci evropského práva nebo spíše jeho moderním intelektuálním výtvorem. Další ideou této knihy je to, že studiem srovnávacího práva, a to jak v teorii, tak i v praxi, lze osvětlit určité klíčové otázky relevantní pro současnou analýzu evropského práva.“⁶

II.

Základními otázkami, které si Markku Kiikeri klade, je problém, proč v situaci, kdy máme uvnitř našeho systému „kategoricky závazné zákony“, je účelné přihlížet k zákonům jiných právních systémů. Proč by mělo být vůbec zachováno nějaké formální kritérium a proč namísto toho není lepší praxí ponechat určitou libovůli při argumentaci jistě nezávaznými cizími modely?⁷

Právní teorie někdy klade srovnávací analýzu jako marginální nebo doplňkovou, popřípadě nadstandardní metodu výkladu práva. S tím Kiikeri polemizuje. „Proč je komparativní úhel pohledu považován za marginální?“ Bude to asi tím, že právní doktrína zdůrazňuje kvantitativní, dogmatickou a institucionální dimenzi práva. Tento pohled na srovnávací metodu práva však nemůže být rozhodující: „otázka marginality nemůže být rozhodnuta výlučně na základě kvantitativních a dogmatických pozorování.“ Kvantitativní marginalita totiž nemusí nezbytně implikovat „materiální“ marginalitu.⁸

Autor věnuje úvod své práce historii srovnávací metody výkladu práva, a všímá si vzrůstu komparativního přístupu v evropském právu 15. až 18. století.

¹ Srov. JAN FILIP (FILIP, J.: Listina deset let poté – úvodní slovo konference, in: DANČÁK, B., ŠIMÍČEK, V. (eds.): *Deset let Listiny základních práv a svobod v právním řádu České republiky a Slovenské republiky* (Brno, 2001), str. 15). Srov. blíže KYSELA, J., KÜHN, Z.: Aplikace mezinárodního práva po přijetí tzv. Euronovely Ústavy ČR, *Právní rozhledy* č. 7/2002.

² Srov. C – 44/79 *Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, [1979] ECR 3727 (diskutující právo na majetek v rámci evropských ústav).

³ Stanovisko generálního advokáta F. Jacobse z 21. března 2002, v kauze C–50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores v. Council of the European Union* (širší výklad čtvrtého odstavce čl. 230 Smlouvy ES, umožňující fyzickým a právnickým osobám namítat neplatnost obecného předpisu přímo před evropskými institucemi, zmiňující právní rády členských států a možnost jednotlivců namítat neplatnost či neústavnost národní legislativy. Generální advokát pak následně s citací anglicky psaných článků upozornil, že obdobná právní úprava existuje také ve „státech v současnosti usilujících o členství v Evropské unii“).

⁴ SLAUGHTER, A. M.: A Typology of Transjudicial Communication, *University Richmond Law Review*, 1999, sv. 29, str. 127.

⁵ *Ibid.*, str. 128 (citující preambuli k Římské smlouvě).

⁶ MARKKU, K.: *Comparative Legal Reasoning and European Law*, str. 1.

⁷ *Ibid.*, str. 4.

⁸ *Ibid.*, str. 9.

Ačkoliv jednotné *ius commune* bylo v průběhu vytváření velkých evropských kodifikací přerušeno, studium srovnávacího práva bylo paradoxně diverzifikací evropských právních systémů posíleno. Dvacáté století pak bylo spojeno s velkým zájmem na unifikaci právních řádů, čemuž měla přispět též věda srovnávacího práva, ačkoliv v průběhu času byla myšlenka unifikace realisticky nahrazena spíše ideou harmonizace právních řádů.

Je patrné, že komparace mohou být v právní argumentaci používány řadou způsobů. Může to být způsob kritický, kdy základní ideou je změna stávajícího práva. Může to být způsob analytický, spočívající v popisu cizího právního řádu. A může to být také způsob hodnotové komparativní argumentace, která vychází z užití komparativní interpretace přísně principiálním způsobem, kdy rozhodujícími body argumentace je „interní“ systematizace v rámci domácího právního systému.⁹

Kiikeri hovoří o v jistém smyslu instrumentálním přístupu ke srovnávací metodě výkladu práva, kdy je komparativní informace často používána způsobem, který je pro vnějšího pozorovatele neviditelný. Jinými slovy, interpret v odůvodnění rozhodnutí vůbec nezmíní, že je inspirován zahraničním modelem. „Tato instrumentalita je zjevně spojena s teleologickými záměry nebo interní koherencí dané instituce. Účelem interní komparativní metody je justifikace rozhodnutí jako taková, nikoliv důvěra právní veřejnosti v hodnoty vytvořené tradiční cestou.“¹⁰ Musím se přiznat, že stejně jako Kiikeri zastávám názor o problematičnosti takovéhoho implicitního použití právních komparací při výkladu domácího práva. „Srovnávací argumentace je jeden z nejmocnějších a nejvíce zneužívaných argumentů v právu. Na jedné straně může být skryt v institucionálním kontextu rozhodující instituce, aniž by byla dána možnost pro jeho další vývoj a analýzu. Je-li toto užití vědomé, jeho aktéři manipulují diskursem tím nejproblematictější způsobem.“¹¹

Kiikeri si všímá způsobu, jakým je srovnávací právo používáno v jednotlivých národních jurisdikcích Evropy, a dospívá k závěru, že nejvíce rozšířená je srovnávací metoda ve Velké Británii, kde soudy argumentují nejen jinými zeměmi *common law*, ale čím dále tím více též jinými jurisdikcemi kontinentální právní kultury. Komparativní argumenty jsou daleko nejčastěji užívány z popudu stran daného řízení. Srovnávací právo je však realizováno způsobem, který má daleko k ně-

jakému metodickému a systematickému postupu.¹²

Kiikeri si také správně všímá, že ačkoliv v Německu je na prvý pohled význam komparativní argumentace poměrně zanedbatelný, ve skutečnosti celé německé ústavní soudnictví je vybudováno na doktrínách a teoriích vytvořených v judikatuře Nejvyššího soudu USA.¹³ Důvodů toho, proč tuto nepopíratelnou skutečnost, kterou potvrzují jak komentáři, tak i samotní ústavní soudci, nenalezneme výslovně vyjádřeno v rozhodnutích soudu, je řada. Kiikeri se tak například domnívá, že Spolkový ústavní soud adresuje své argumenty obecné veřejnosti a politikům. I proto se podle Kiikeriho soud snaží být jasný a srozumitelný jak je to jen možné.

Naopak v jiných zemích, například v Kiikeriho rodném Finsku,¹⁴ je použití srovnávací metody dosti výjimečné, ačkoliv se situace mění s tím, jak se v posledních dekádách zásadně zlepšuje kvalita justifikace soudcovského rozhodnutí ve finském právním řádu.

Poněkud škoda je, že Kiikeri nezmínil Švýcarsko, kde je užití srovnávacího práva v judikatuře pravděpodobně nejčastější z celé kontinentální Evropy.

III.

Stěžejní partie práce jsou věnovány srovnávací metodě v komunitárním právu a v právu vytvářeném při výkladu Evropské úmluvy na ochranu lidských práv. Podle Kiikeriho je Evropský soudní dvůr stejně jako Evropský soud pro lidská práva „excelentním objektem studia“ z pohledu srovnávacího práva a srovnávací právní argumentace. Je tomu tak zejména proto, že ve skutečnosti v rámci obou právních systémů neexistuje žádný ucelený systém pramenů práva. Stejně tak v rámci obou jurisdikcí neexistuje ani žádná vyvinutá dogmatika výkladu práva, která je typická pro domácí právní tradice jednotlivých zemí, zejména pak tradiční (ovšem podle mého názoru dosti problematičnou) metodologii právního myšlení v zemích kontinentálního práva. Tento rys je pochopitelně spojen s tím, že lze stále hovořit o tom, že oba systémy jsou právními systémy ve stádiu vývoje, když na nich participují země velmi odlišných právních kultur.¹⁵

V případě komunitárního práva celkový charakter práva EU posiluje také nekompletní struktura a finální povaha norem obsažených ve smlouvách ustavujících systém evropského práva, když zcela zásadní ro-

⁹ *Ibid.*, str. 42 násl.

¹⁰ *Ibid.*, str. 43.

¹¹ *Ibid.*, str. 52.

¹² *Ibid.*, str. 78 násl.

¹³ *Ibid.*, str. 87 násl.

¹⁴ *Ibid.*, str. 85–87.

¹⁵ *Ibid.*, str. 99.

li na určování jejich významu hrají soudy.¹⁶ Přitom smlouvy výslovně počítají s komparativním elementem, když hovoří o ústavních tradicích členských zemí jako o jednom ze zdrojů evropského práva nebo ustávají princip, podle něhož odpovědnost Společenství za mimosmluvní škodu má být určena „ve shodě s obecnými principy společnými pro právo členských států“ (č. 288 odst. 2 Smlouvy o založení ES¹⁷). Současně je nezpochybnitelné, že řada institutů (principy proporcionality atd.) byla do evropského práva vnesena z národních právních systémů, zejména z vyspělých právních kultur Francie, Německa, Británie či skandinávských zemí.¹⁸ Je nezpochybnitelné, že přístup ESD vychází z toho, že jednotlivé evropské právní řády jsou založeny na „společné právní a kulturní tradici.“¹⁹

Kiikeri argumentuje, že obdobná ustanovení zakotvila určitý druh normativního základu, z něhož vychází povinnost Evropského soudního dvora užívat komparativní analýzu v situaci aplikace evropského práva. Podle něj tvrzení ESD o existenci společných principů „není pouze výrokem o statické existenci obecných principů společných všem členským státům, ale současně ukládá povinnost sledovat vývoj judikatury Evropského soudu pro lidská práva a sledovat vývoj národního konstitucionalismu v předmětné otázce. Určitým způsobem tak potvrzuje pozici komparativní analýzy jako dynamické složky pramenů práva právního systému Evropského společenství.“²⁰

Podle Kiikeriho je význam srovnávacího práva menší v situaci, kdy je komunitární právo interpretováno domácími soudy. S ohledem na teoretickou exkluzivitu interpretace evropského práva Evropským soudním dvorem se zdá být podle Kiikeriho role srovnávacího práva při výkladu evropského práva v domácích jurisdikcích podružná a hlavní tíha komparativní analýzy tak leží na soudu v Luxembourg.²¹

Ačkoliv je to do určité míry pravda, musím s tímto tvrzením polemizovat, a to ze dvou důvodů. Například doktrína *acte claire* vytvořená ESD (podmínky, za nichž národní soud nemusí podávat referenci se žádostí o výklad komunitárního práva k ESD), kterou ostatně Kiikeri sám cituje, je založena na tezi, „že správná aplikace komunitárního práva je zjevná, a tudíž neponechává místo pro žádnou rozumnou pochybnost.“ Národní soud by však měl přezkoumat, zda je

táž otázka stejným způsobem jasná též národním soudům jiných členských zemí (jakož eventuálně i ESD samotnému).²² Jinými slovy, v rámci EU se komparativní argumentace stává téměř nevyhnutelnou, přinejmenším v některých oblastech práva (nakolik národní soudy podobné kautely dodržují, je samozřejmě námět pro samostatnou práci).

Další, a pro naše účely ještě významnější námitkou, je postupné spontánní přibližování se národních právních řádů, a to dokonce i tam, kam doposud evropské směrnice ani nezasáhly. Například v diskusi, zda ano či ne Evropský civilní kodex (jakési obdobě dvě stovky let staré diskuse německé mezi Savignym a Thibautem), se poměrně výrazně ozývá hlas, že namísto centrálně přijímaného kodexu by se přibližování národních právních řádů v oblasti soukromého práva mělo ponechat na národních soudech.

„Domácí soudy nemohou nadále zůstat izolovány a odkazovat jen na dlouholetou tradici jejich vlastních právních systémů. Namísto toho musí brát zřetel na právní řešení, jak je nalézají soudy jiných členských států EU, a to i tehdy, zahrnuje-li daná kauza právní problém doposavad neharmonizovaný Komisí EU.“²³

Součástí Kiikeriho práce je též obsáhlá kazuistika a detailní rozbor rozhodnutí Evropského soudního dvora a Evropského soudu pro lidská práva.

IV.

Knihou Markku Kiikeriho prokazuje, že srovnávací metoda výkladu práva nabývá v soudobém právu a moderní právní doktríně velký význam. Ocenění si jistě zaslouží i to, že kniha je pravděpodobně první komplexní prací zabývající se danou tematikou v rámci práva EU a práva Evropské úmluvy. Vedle jiných prací, které se zejména v poslední dekádě objevily (zvláště pak práce editorů Ulricha Drobniga a Sjefta van Erpa *The Use of Comparative Law by Courts*²⁴), tak tvoří základ studia této (staro)nové metody výkladu práva.

Na druhou stranu se nemohu vyhnout i určité kritice. Jedním z problematičtějších bodů je to, že kniha je napsána poměrně dosti obtížně, a ačkoliv by mělo jít o dílo aplikované teorie práva, narozdíl od jiných po-

¹⁶ *Ibid.*, str. 102.

¹⁷ KIIKERI mylně používá staré znění a hovoří tak o článku 215.

¹⁸ Srov. četné práce bývalého generálního advokáta ESD, Holandana T. KOOPMANSE, *Comparative Law and the Courts*, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, sv. 45, str. 545 násl.

¹⁹ Recenzovaná práce, str. 281.

²⁰ *Ibid.*, str. 12.

²¹ *Ibid.*, str. 75.

²² *Srl CILFIT, and Lanificio di Gavardo, SpA v Ministry of Health* 283/81 [1982] E.C.R. 3415.

²³ BERGER, K. P.: *Harmonisation of European Contract Law, The Influence of Comparative Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, sv. 50, 2001, str. 887.

²⁴ The Hague/London/Boston 1997.

dobných prací²⁵ mohou zejména některé partie knihy představovat překážku pro zájemce z řad širší právnické veřejnosti.

Za poměrně závažnou považují druhou výtku. Prvním a základním krokem, který je nutno v podobné práci učinit, je definice toho, co se pod komparativní (nebo srovnávací) metodou práva, tedy užitím cizího práva pro účely výkladu domácího práva (také se hovoří o užití srovnávacího nebo komparativního práva, což je v podstatě synonymum), vlastně rozumí. Překvapivé však je, že Kiikeri, ačkoliv teoretické pasáže zabírají nemalou část jeho práce, se vůbec nesnaží vymezit, co vlastně pod užitím srovnávacího práva při výkladu práva rozumí. Z některých jím uváděných příkladů se nicméně zdá, že tento koncept uchopuje Kiikeri velmi široce a zahrnuje pod něj snad dokonce jakoukoliv zmínku cizích realit, užití čehokoliv, co má cizí původ, jako například zahraniční fakta, cizí kultura nebo historie.²⁶ Tento přístup je podle mne nepřipustně široký. Osobně bych se spíše klonil k tomu, že srovnávací metoda výkladu práva je založena na užití cizích pramenů práva, zejména zahraničních právních předpisů, precedentů a právní doktríny užitých při interpretaci domácího práva. Nutno podotknout, že často je možno považovat termín „použití srovnávacího práva“ jako silnou nadsázku, neboť soudy často používají cizí právo ve velmi rudimentární podobě, která má daleko ke komparativní argumentaci tak, jak ji traktuje věda srovnávacího práva.

Přípomínkou poslední, do jisté míry pedantskou, je to, že práce aplikované teorie vydaná v roce 2001 práva by si zasloužila aktuální citaci článků zakládacích smluv Evropských společenství, a nikoliv citaci staré verze.

Přes uváděné výhrady mohu knihu jednoznačně doporučit. Jsem přesvědčen, že komparativní metodě výkladu práva je zatím stále věnována kontinentální právní vědou nedostatečná pozornost. Celou věc však nelze odbýt samozřejmým, totiž tím, že cizí právo není pro výklad domácího práva závazné. Je totiž možno souhlasit s Kiikerim, podle něhož „komparativní metoda je extrémně paradoxním fenoménem. Zdá se být nejpřesvědčivější formou právního uvažování, spojenou vždy se složitými případy (hard cases), ačkoliv je teoreticky zcela jasné, že jde o velmi slabou a problematickou formu uvažování.“²⁷ Ostatně i nález českého Ústavního soudu v lustrační kauze z 5. prosince 2001²⁸ potvrzuje tuto Kiikeriho tezi, když Ústavní soud z pravděpodobně největšího problému, kterému mohl ve své argumentaci čelit, učinil zcela zjevnou manipulaci faktů jeden z významných argumentů ve prospěch ústavnosti lustrací. Právě snadná manipulovatelnost komparativních argumentů činí nezbytným hlubší analýzu celého fenoménu, přičemž práce Kiikeriho je počátkem této komplexní analýzy, před kterou právní věda stojí.

²⁵ Za ukázkovou práci aplikované teorie práva považují dvě práce tzv. Bielefeldského kruhu, tedy autorů sdružených kolem editorů N. MACCORMICKA a R. S. SUMMERSE, *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Aldershot 1991, *Interpreting Precedents – A Comparative Study*, Aldershot 1997).

²⁶ Srov. KIIKERI, M.: *Comparative Legal Reasoning and European Law* (Dordrecht/Boston/London, 2001), který termín užití srovnávacího práva přes rozsáhlý teoretický úvod vůbec nedefinuje, a pojímá jej pak velmi široce (srov. str. 170, kde cituje jako příklad užití srovnávacího práva Evropský soud pro lidská práva v kauze *Groppera Radio Advocate General v. Switzerland A/173* (1990) EHRR 321, kde Soud zdůraznil důležitost svobody slova takto: „země“ východní Evropy byly inspirovány k demokracii díky mezinárodnímu rozhlasovému vysílání, zvýraznění v originále).

²⁷ *Ibid.*, str. 52.

²⁸ Vyhlášeno pod č. 35/2002 Sb.