

Masarykova univerzita
Právnická fakulta

Habilitační práce

ODCHYLKY OD NEUTRÁLNÍHO KOLIZNÍHO ŘEŠENÍ

Jiří Valdhans

Brno
2019

Prohlašuji, že jsem habilitační práci na téma Odchyly od neutrálního kolizního řešení zpracoval sám. Veškeré prameny a zdroje informací, které jsem použil k sepsání této práce, jsou citovány a uvedeny v seznamu pramenů.

V Brně, 1. března 2019

1	Úvod	7
2	Aplikace cizího práva a chronologické začlenění jednotlivých mechanismů umožňujících odchytil se od neutrálního kolizního řešení	13
3	Zásady ovládající výběr rozhodného práva, neutrální kolizní řešení	20
3.1	<i>Způsoby určení hmotněprávní regulace soukromoprávní otázky s mezinárodním prvkem</i>	20
3.2	<i>Právní jistota a předvídatelnost – stěžejní hodnoty kolizní normy?</i>	23
3.3	<i>Tradiční kolizní norma – neutrální kolizní řešení</i>	32
3.4	<i>Neutralita kolizního řešení v historickém kontextu</i>	34
3.5	<i>Neutralita obecná a neutralita individualizovaná</i>	42
3.6	<i>Další hodnoty spojované s kolizními normami</i>	45
3.7	<i>Podoba a míra flexibility</i>	48
4	Odlíšné přístupy k řešení soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem	53
4.1	<i>Charakteristické znaky amerického odmítání kontinentálního kolizního přístupu</i>	55
4.2	<i>Brainerd Currie</i>	56
4.3	<i>Albert A. Ehrenzweig</i>	58
4.4	<i>David F. Cavers</i>	59
4.5	<i>Robert A. Leflar</i>	62
4.6	<i>Arthur T. von Mehren, Donald T. Trauman</i>	64
4.7	<i>Russell J. Weintraub</i>	66
4.8	<i>Odraz v realitě?</i>	67
4.9	<i>Společné rysy jednotlivých amerických myšlenkových proudů</i>	68
5	Hromadění hraničních určovatелů v kolizní normě	71
5.1	<i>Alternativní hraniční určovatелé</i>	72
5.2	<i>Kaskáda hraničních určovatелů</i>	95
5.3	<i>Kumulace hraničních určovatелů</i>	100
5.4	<i>Dílčí závěr</i>	104
6	Únikové doložky	109
6.1	<i>Terminologie, smysl institutu</i>	109

6.2	<i>Obecné a speciální únikové doložky</i>	112
6.2.1	<i>Obecné únikové doložky</i>	112
6.2.2	<i>Speciální únikové doložky</i>	118
6.3	<i>Únikové doložky využitelné vůči všem kolizním normám a únikové doložky využitelné pouze vůči kolizním normám založeným na nejužším spojení.</i>	127
6.4	<i>Únikové doložky namířené vůči všem právním řádům a únikové doložky namířené pouze vůči cizím právním řádům.</i>	128
6.5	<i>Další aspekty únikových doložek</i>	128
6.6	<i>Je úniková doložka opravdu únikem?</i>	129
7	Mechanismy umožňující zohlednění materiálních zájmů	132
7.1	<i>Materializace kolizního řešení</i>	134
7.1.1	<i>Výběr rozhodného práva posunutý do roviny hmotněprávní</i>	137
7.1.2	<i>Omezení či vyloučení aplikace určité skupiny norem cizího práva</i>	143
7.2	<i>Imperativní normy</i>	149
7.3	<i>Safety rules</i>	165
7.4	<i>Výhrada veřejného pořádku</i>	170
8	Závěr	180
9	Abstract	184
10	Seznam pramenů	186
10.1	<i>Monografie a kapitoly v monografii</i>	186
10.2	<i>Odborné články</i>	192
10.3	<i>Internetové zdroje</i>	197
10.4	<i>Ostatní</i>	198
10.5	<i>Judikatura</i>	198

Seznam zkratk

Nařízení Brusel I	Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
Nařízení Brusel I bis	Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1215/2012 ze dne 12. prosince 2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech
Římská úmluva	sdělení Ministerstva zahraničních věcí 64/2006 Sb.m.s., Úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy
Nařízení Řím I	Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I)
Nařízení Řím II	Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II)
ZMPS	zák. č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém
Důvodová zpráva k ZMPS	Důvodová zpráva k zák. č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém
Původní ZMPS	zák. č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním
Důvodová zpráva k OZ	Důvodová zpráva k zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
Švýcarský IPRG	spolkový zákon č. 291 o mezinárodním právu soukromém z 18. prosince 1987 (IPRG) (Švýcarsko)
Belgický ZMPS	zákon z 16. července 2006 o mezinárodním právu soukromém (Belgie)
Nizozemský OZ	Burgerlijk Wetboek (Občanský zákoník), svazek 10 (Kolize právních řádů) (Nizozemí)
Rakouský IPRG	spolkový zákon 1978/304 z 15. června 1978 o mezinárodním právu soukromém (IPRG) (Rakousko)
EGBGB	Uvozovací zákon k Občanskému zákoníku (EGBGB) (Německo)
Zákon o reformě italského MPS	Zákon č. 218 ze dne 31. května 1995 o reformě italského systému mezinárodního práva soukromého (Itálie)

Polský ZMPS	Zákon z 4. února 2011 o mezinárodním právu soukromém vyhlášený ve sbírce 2011, číslo 80, položka 432 (Polsko)
Maďarský ZMPS	Zákon č. XXVIII z roku 2017 o mezinárodním právu soukromém
Původní Maďarský ZMPS	Zákonné nařízení č. 13. z roku 1979 o mezinárodním právu soukromém (Maďarsko)
Bulharský ZMPS	zákon č. 42 ze dne 17. května 2005 o mezinárodním právu soukromém (Bulharsko)
Estonský ZMPS	Zákon o mezinárodním právu soukromém z 27. března 2002 (RT I 2002, 35, 217)
Litevský OZ	Občanský zákoník Litevské republiky z 18. července 2000 č. VIII-1864
Ruský OZ	Občanský zákoník Ruské federace, část 3, č. 146-FZ z 26. listopadu 2001
Restatement 2nd	The Restatement (Second) of the Law of Contracts (1981)
GATT 1947	Všeobecná dohoda o obchodu a clech z roku 1947
WTO	Světová obchodní organizace
SDEU	Soudní dvůr Evropské Unie

1 Úvod

Mezinárodní právo soukromé představuje právní disciplínu s širokým záběrem. Jejím předmětem jsou soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem, tedy vztahy mezi subjekty, kdy tyto subjekty jsou nositelé vzájemných práv a povinností, což ovšem samo o sobě nepostačuje. V těchto právních vztazích musí být přítomen další aspekt, kterým je mezinárodní prvek. Odpověď na otázku, jaké faktické skutečnosti vytváří mezinárodní prvek v rámci právního vztahu, není předmětem této práce.¹ Proto pouze shrneme, že typicky se jedná o situaci, kdy subjekty právního vztahu jsou z různých států. Zcela záměrně v tomto ohledu volíme obecný pojem „jsou“, protože uchopení samotného propojení právního subjektu na teritorium určitého státu podléhalo historickému vývoji. Zmínit lze posun od státní příslušnosti na straně jedné, domicilu na straně druhé směrem k obvyklému pobytu. Dále se může jednat o předmět právního vztahu, kdy opět je vhodné odlišně vnímat movitosti, nemovitosti či nehmotné předměty právního vztahu. Mezinárodní charakter může vtělit právnímu vztahu také právní skutečnost stojící u jeho vzniku, jako například u mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem, byť typicky dochází k souběhu přítomnosti mezinárodního prvku jak v subjektech, tak právě v právní skutečnosti zapříčiňující vznik daného právního vztahu. Představit si lze také silné propojení souvisejících právních vztahů (vztahu hlavního a vedlejšího), kdy přeshraniční povaha hlavního vztahu může ovlivnit charakter vztahu vedlejšího.

Přítomnost mezinárodního prvku v právních vztazích je důsledkem reality. Není to teoretická koncepce, která by byla vytvořena proto, aby následně bylo formováno toto právní odvětví. Dovolíme si na tomto místě citovat Zimmermanna: *"Území moderních států podle předpisů obyčejového mezinárodního práva je pravidelně přístupno cizincům. Personální element je v moderních státech tekoucí a nestálý. Tito příslušníci cizích států, dočasně nebo trvale prodlévající na státním území jiných států, pěstují intenzivní styky s tuzemci, uzavírají smlouvy, kupují a prodávají nemovitosti, zakládají obchodní a průmyslové podniky atd. Zůstávající pod mocí zákonů vlastního státu, jsou nuceni hledat si záštity u soudů států, ve kterých bydlí, a tu právě vzniká často otázka, které právo má být uplatněno v tom či onom konkrétním případě. Kdyby každý stát prováděl do všech důsledků teritoriální zásadu, nebylo by ovšem žádných*

¹ V tomto ohledu odkazujeme na jiné české práce, v českém prostředí např. BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Význam mezinárodního prvku v závazkových vztazích. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 5, s. 568-578; KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 23-25; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 89-95.

kolisi norem. V právní skutečnosti však tomu tak není. Ani teoreticky ani empiricky nelze žádati, aby vždy a za všech okolností uplatňováno bylo jen právo teritoriální".² Proto vzniklo mezinárodní právo soukromé, které jako právní obor reaguje na existenci specifické skupiny soukromoprávních vztahů.

Zkoumání mezinárodního prvku a jeho identifikace ovšem nepředstavuje hlavní náplň mezinárodního práva soukromého jako právní disciplíny. Je pouze nutným východiskem. Stěžejním cílem mezinárodního práva soukromého je právní regulace soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Ta z důvodu přítomnosti mezinárodního prvku vykazuje určitá specifika, přičemž mezinárodní právo soukromé se zaměřuje právě na řešení těchto specifických aspektů. I přes veškerou šíři řešených otázek lze identifikovat dva stěžejní okruhy, které jsou u soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem řešeny. Jedná se o nalezení vhodného sudiště pro případný spor z takového soukromoprávního vztahu, tedy určení mezinárodní pravomoci/příslušnosti, a dále nalezení vhodné regulace vzájemných práv a povinností subjektů daného vztahu, tedy regulaci obsahu právního vztahu. Jsme si plně vědomi toho, že běžně se hovoří o třetí oblasti, kterou je přesun soudního rozhodnutí mezi jednotlivými státy. Tato oblast samozřejmě nemůže zůstat opomenuta. Nebyla ovšem zmíněna mezi stěžejními oblastmi úmyslně. Nastupuje pouze za předpokladu, kdy je nutné rozsudek vydaný v jednom státě uplatnit, tj. vykonat, na území státu jiného. Zatímco první dvě oblasti jsou relevantní u jakéhokoliv sporu s mezinárodním prvkem, tato třetí nastupuje pouze při nutnosti takového postupu.

Proces zjišťování právní regulace obsahu závazkového vztahu není homogenní a je běžně členěn do dvou rovin. Jsou to metoda kolizní a metoda přímá, které budou podrobněji zmíněny dále. Obě tyto metody mají původ v direktivním přístupu států, byť jsou vytvářeny prostřednictvím legislativního procesu zabezpečujícího v moderních státech určitou míru demokratičnosti. Existuje ovšem také alternativa v regulaci vytvářené nikoliv z pozice mocenského suveréna, ale buď zaužíváním v praxi či úmyslně z pozice subjektu odlišného od státu (např. Mezinárodní obchodní komora, obchodní asociace či svazy apod.) Způsob využití těchto pravidel ovšem záleží jak na těchto pravidlech samotných, tak na přístupu právních řádů jednotlivých států v tom smyslu, do jaké míry umožňují v konkurenci se svými pravidly využití takové nestátní alternativy.

² ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 3.

Tato práce je soustředěna do roviny kolizního určování rozhodného práva, tedy do roviny tradiční. Výraz "tradiční" je nutné vnímat ve smyslu historicky nejstarší, nikoliv jako neměnný, bez vývoje, rigidní. Naopak. Kolizní mechanismus určování právní regulace obsahu právního vztahu není v jednotlivých státech či právních oblastech jednotný. Existuje množství variant náhledů na to, jak má být mechanismus určení uchopen, na základě jakých principů je postaven, čím je ovlivňován, v čem spočívají limity tohoto mechanismu, které je vhodné či nutné překlenout mechanismy jinými. Je to právě kolizní přístup k výběru či určení rozhodného práva, který je předmětem zkoumání této práce. Tato práce cílí na uchopení, kategorizaci, vysvětlení důvodu využití, mechanismu fungování i důsledků materiálních odchylek od čistě neutrálního kolizního řešení. Budeme se zabývat takovými instituty, které jsou využity v okamžiku, kdy z nějakého důvodu nepostačuje využití neutrálního, ryze teritoriálně uchopeného kolizního řešení.

Jak bude následně blíže vysvětleno, kolizní metoda postavena na výběru vhodného právního řádu prostřednictvím propojení řešené otázky (právního vztahu) na určité teritorium a právní řád, který se na tomto teritoriu uplatňuje. Tento výběr lze realizovat tak, že nebere ohled na finální hmotněprávní výsledek, tedy samotnou regulaci obsahu právního vztahu. To je základní, tradiční, historicky původní východisko kolizní metody. Vůči tomuto postupu se objevovaly a objevují výhrady vyzdvihující mimo jiné například to, že není odůvodnitelné, aby se hmotněprávní řešení soustředilo na nalezení materiální spravedlnosti, zatímco kolizní řešení u vztahu s mezinárodním prvkem hledalo řešení kolizně spravedlivé, ovšem hmotně-právně neutrální (bližší vysvětlení bude podáno dále v práci). Vytváří se tak nerovnováha mezi řešením soukromoprávního vztahu s a bez mezinárodního prvku. Vedle toho nelze popírat existenci norem, které si vynucují svoje použití vzhledem ke svému charakteru, a to bez ohledu na to, zda se jedná o vztah s mezinárodním prvkem nebo vztah čistě vnitrostátní. A navíc bez ohledu na výsledné rozhodné právo určené prostřednictvím kolizní normy. Existuje samozřejmě řada dalších možností, jak se odchýlit od jednoduchého (neutrálního) kolizního řešení. Jsou to například instituty silové a zřetelné, jako jsou krom již zmíněných specifických norem například postoje v mezinárodním právu soukromém, které jsou nepřátelské k aplikaci cizího práva a principiálně jej odmítají. Pokud však za základní přístup zvolíme takový, že aplikace cizího práva je umožněna, posouvají se tyto zřetelné mechanismy například do pozice výhrady veřejného pořádku.

Vedle zřetelných či zjevných nástrojů existují varianty méně zřetelné, které jsou ovšem stále schopny nasměrovat výsledné kolizní řešení k určitému hmotněprávnímu řešení. Patří mezi ně různé způsoby uchopení hraničních určovatелů, mezi něž patří zvýšení jejich počtu, což

následně umožňuje různé nastavení jejich vzájemného vztahu s ohledem na hmotněprávní výsledek, kterého má být dosaženo. Lze vytvořit obecné pravidlo (doložku) umožňující únik od větší skupiny jiných, primárně použitelných hraničních určovatelů, případně tento únik povolit pouze pro úzce vymezenou skupinu situací, respektive z dosahu pouze vybraných kolizních norem. Mohl by se objevit názor, že do této skupiny lze zařadit také institut zpětného a dalšího odkazu, neboť vychází z toho, které všechny kolizní normy, a tedy i hraniční určovatele, jsou brány v potaz. Nedomníváme se však, že *renvoi* lze vnímat jako odchylku od neutrálního kolizního řešení, neboť se jedná pouze o použití dalšího (cizího) hraničního určovatele, což samo o sobě v sobě nezahrnuje materiální aspekt, pouze se jedná o respektování představy cizího státu o vhodném kolizním řešení určité otázky. Neutralita či odchylka od ní u tohoto řešení je až následná otázka, která je podřaditelná pod jiné zde nastíněné instituty.

K nejméně zjevným, dalo by se říci skrytým variantám, náleží způsob nakládání s cizím právem ve smyslu jeho interpretace, případně institut adaptace. Na odmítní aplikace cizího práva, které jsme zařadili mezi zřetelné mechanismy, navazuje ve skupině skrytých mechanismů pojmání nutnosti, resp. povinnosti aplikace kolizní normy a rozhodného práva určeného touto kolizní normou.

Kategorizace, kterou jsme právě uvedli, představuje značné zjednodušení. Instituty, které obklopují neutrální, ryze teritoriálně uchopené kolizní řešení, lze členit dle celé řady kritérií. V čím zájmu jsou přijímány? Je odchylka od neutrálního kolizního řešení důsledkem zohlednění zájmu státu, zájmu skupinového či zájmu individuálního subjektu? Jinými slovy řečeno, jedná se o zájem státu ve smyslu politickém, ekonomickém, sociálním, nebo se jedná o zájem státu na takovém řešení, které chrání pro určitou skupinu případů, nebo stát preferuje řešení, které je správné v individuálním případě? Lze zájem státu na ochraně určité skupiny případů považovat za veřejný sociální zájem státu jako takového? Je ochrana určité skupiny případů ochranou individuální, protože chrání individuální subjekty (například spotřebitele či zaměstnance), nebo se již vzhledem k množství subjektů jedná o zájem státu? Případně lze přímý zájem jednotlivce (skupiny jednotlivců) vnímat zároveň jako zájem státu, i když nikoliv přímo, ale alespoň zprostředkovaně? Nebo je oním zájmem ochrana stěžejních, základních, tradičních hodnot, na nichž je budována společnost? V řadě případů navíc dochází ke kumulaci zájmů. Příkladem může být oblast spotřebitelských nebo i rodinně-právních vztahů. Kumuluje se v nich jak zájem jednotlivců, tak zájem skupinový, potažmo státu, pokud kladně přistoupíme k výše nastíněnému.

Abychom se vyhnuli problémům při kategorizaci dle kritéria zájmu, hledali jsme kritérium jiné, které by umožnilo jednoznačnější rozlišení. Kolizní normy vedou k určení rozhodného práva, což je strukturovaný proces skládající se z řady na sebe navazujících kroků. Mechanismy, které ovlivňují výsledek tohoto procesu, tedy určení pravidel, která regulují obsah právního vztahu, mají bezpochyby určitý účel. Jednotlivé mechanismy se projevují v různých fázích procesu aplikace cizího práva, a to bez ohledu na to, o jak zřetelný mechanismus se jedná či jaký je jeho důvod a cíl. Tmelícím prvkem, jehož prostřednictvím budeme prezentovat jednotlivé mechanismy a zároveň prvkem, který využíváme k jejich základní kategorizaci, je jejich výskyt v jednotlivých fázích procesu aplikace cizího práva. Do tohoto procesu řadíme jak otázku, zda cizí právo vůbec aplikovat, tak samozřejmě způsob určení (výběr) práva, které má být aplikováno. Zároveň, opět s jistou mírou zjednodušení automaticky přistupujeme k celému tématu s premisou, že cizí právo má být aplikováno a použití cizího práva je neoddiskutovatelnou realitou současnosti.³ Nezhledňujeme přístupy, které aplikaci cizího práva zcela odmítají, byť se zmínce o nich v souvislosti s vývojem přístupu k výběru rozhodného práva nevyhneme. Zároveň nebudeme pracovat s odchylkami přesahujícími do oblasti procesního práva, tedy zda pro účely nalézacího řízení je s cizím právem zacházeno jako s právem nebo jako s právní skutečností – i když i tyto varianty jsou alespoň naznačeny v kapitole věnované aplikaci cizího práva.

V této práci se budeme zabývat pouze mechanismy, které buď do kolizního řešení promítnou materiální, hmotněprávní prvky, případně jsou schopny kolizní řešení s ohledem na výsledné materiální řešení nasměrovat k příslušnému, požadovanému cíli. Zároveň se budeme koncentrovat pouze na varianty, které jsou zjevné, zřetelné, odhlédnuto bude od mechanismů skrytých, jejich uchopitelnost je výrazně ovlivněna individuálním přístupem orgánu aplikujícího cizí právo.

Vzhledem k množství mechanismů, které jsou schopny výsledné řešení ovlivnit, a navíc vzhledem k tomu, že jsou uplatňovány v různých fázích procesu aplikace cizího práva, což potenciálně znamená možnost jejich kombinací, se nabízí otázka, zda lze v současné době stále hovořit o neutrálním kolizním řešení jako základním mechanismu určení rozhodného práva. Tato úvaha předurčuje hypotézu práce. Je jí ověření, zda při zohlednění mechanismů ovlivňujících neutrální kolizní řešení zůstává v současnosti takové řešení základním

³ Důvodová zpráva ZMPS, s. 43.

a charakteristickým způsobem určení rozhodného práva pro soukromoprávní otázku s mezinárodním prvkem.

Aby bylo možné tuto otázku zodpovědět, bude nejprve představen proces aplikace cizího práva a jeho jednotlivé fáze. Poté představíme podobu kolizního řešení, kterou označujeme jako neutrální. Je to koncept, který se postupně jako linka vinul postupně se vyvíjejícími náhledy na mezinárodní právo soukromé. Nepopíráme tím nijak skutečnost, že se v různých vývojových epochách a na různých místech objevovaly i náhledy, které za neutrální označit nelze – tyto budou zmíněny již jako zkoumané mechanismy v návaznosti na fáze procesu aplikace cizího práva. Zároveň i charakter neutrality se vyvíjel – od neutrality nevnímané, automatické, po neutralitu úmyslně pojatou. Po provedení této kategorizace budou jednotlivé mechanismy odchylovající se od neutrálního kolizního řešení blíže analyzovány z pohledu jejich účelu, způsobu realizace i důsledků, které daný mechanismus vyvolává. Vzhledem k šíři záběru mezinárodního práva soukromého není možné zvolit jedinou výšeč soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem, na které by bylo možné mechanismy vedoucí k jinému než neutrálnímu řešení prezentovat. Práce proto zasáhne všechny soukromoprávní oblasti.

Z hlediska právních úprav pro nás bude stěžejní právo unijní, které v současné době v rovině mezinárodního práva soukromého představuje dynamicky se vyvíjející se oblast udávající trendy nejenom pro členské státy Evropské unie, ale celosvětově. Další relevantní úpravu představuje právo české. Nicméně vzhledem k tomu, že mechanismy, o nichž budeme pojednávat, mají doktrinální základ, bude nutné k vysvětlení podstaty některých z nich zkoumat doktrinální přístup k nim, což nás nutně zavede i do prostředí dalších právních řádů, respektive k prezentování rozdílů v doktrinálních přístupech mezi kontinentálními a common-law systémy.

2 Aplikace cizího práva a chronologické začlenění jednotlivých mechanismů umožňujících odchytil se od neutrálního kolizního řešení

Jednotící linkou této práce, jejímž cílem je propojit jednotlivé mechanismy, které umožňují odchytil se od neutrálního kolizního řešení, je proces aplikace cizího práva. Členění tohoto procesu do na sebe navazujících stádií je poměrně ustálené a navíc poskytuje možnost odpoutat se při kategorizaci jednotlivých mechanismů od jejich účelu. Ten v řadě případů může být, jak bylo naznačeno, společný, nebo byl jako společný vnímán v minulosti a až v důsledku nárůstu objemu případů, kdy je ten který mechanismus využíván, docházelo k postupnému odlišování. Představíme proto nejprve proces aplikace cizího práva v jeho komplexní podobě včetně otázek, které se mohou v jeho průběhu objevit, následně jej rozdělíme chronologicky.

Rozhodné právo je vybíráno prostřednictvím kolizních norem, které zásadně⁴ provádí výběr mezi dotčenými právními řády. Není nutné počítat s výběrem ze všech existujících právních řádů, ale z těch, s nimiž má předmětná soukromoprávní otázka alespoň nějaké spojení. Na principu spojení řešené otázky a určitého teritoria funguje i mezinárodní právo procesní. Je proto poměrně běžné, že jedním z dotčených právních řádů, mezi nimiž kolizní norma vybírá, je také právo fóra. Stěžejní otázkou, kterou je nutné zodpovědět v okamžiku, kdy kolizní norma odkáže na právo jiné než je právo fóra, je mechanismus samotné aplikace⁵ tohoto cizího právního řádu. V této souvislosti se mohou objevit následující tematické oblasti - otázky,⁶ přičemž odpovědi na ně jsou vzájemně provázány:

- zda při řešení otázky s mezinárodním prvkem vzniká povinnost využít kolizní normu k určení právního režimu;
- zda vzniká povinnost aplikovat cizí právo, pokud na něj odkáže kolizní norma;
- jaká je povaha tohoto cizího práva – zda je považováno stále za právo, či je vnímáno jako právní skutečnost;
- jestliže nastoupí povinnost aplikace cizího práva, zda se jí lze vyhnout a aplikaci cizího práva odmítnout;
- zda existuje povinnost znát či alespoň se seznámit s tímto cizím právním řádem;

⁴ S výjimkou jednostranných kolizních norem.

⁵ Kalenský aplikaci cizího práva označuje za technickou operaci – viz KALENSKÝ, Pavel. Podstata a aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1968, s. 41.

⁶ K podobným okruhům, byť formulačně jinak uchopeným, dochází také např. KALENSKÝ, Pavel, Podstata a aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1968, s. 42.

- jakým způsobem má být cizí právo aplikováno, a to včetně jeho interpretace a řešení například intertemporálních otázek;
- jaký je rozsah použití cizího práva, tj. zda mají být zohledňovány kolizní normy tohoto *legis causae* či jeho normy imperativní;
- zda lze při pochybení při aplikaci cizího práva využít opravných prostředků.

- **Povaha cizího práva**

Může se jevit jako zvláštní zabývat se nejprve povahou cizího práva, když by se mohlo zdát, že tato otázka se stává relevantní až v okamžiku, kdy se objeví nutnost cizí právo aplikovat. Není tomu tak. Povaha cizího práva se nestává relevantní až v okamžiku, kdy toto právo má být použito, ale již v momentě, kdy je rozhodováno, zda vůbec má být cizí právo použito, resp. jaké okolnosti, podmínky musí být naplněny, aby bylo použito. Kalenský tuto otázku označuje za poměr cizího práva k právu domácímu.⁷ Existují dva hraniční přístupy, kdy jeden cizímu právu nijak neupírá povahu práva jakožto normativního systému. Skutečnost, že se nejedná o právo fóra, nijak nezasahuje jeho povahu a cizí právo svoji právní povahu drží i při aplikaci před soudy jiného státu.⁸ Opačný přístup přisuzuje právní povahu pouze právu fóra, jiné právní řády z této výhody netěží a cizí právní normy jsou považovány pouze za právní skutečnost. Wolf v této souvislosti trefně poukazuje na to, že v takovém případě jsou aplikovány právní skutečnosti na právní skutečnosti.⁹ Jedná se o řešení poplatné teorii nabytých práv, kdy není aplikováno cizí právo, ale je pouze poskytována ochrana právům nabytým dle cizího práva.¹⁰ Kontinentální právní řády tendují spíše k právní povaze cizího práva, i když opět lze identifikovat řadu rozdílů. Naopak anglo-saské právní řády považují cizí právo za právní skutečnost se všemi procesními důsledky s tím spojeným, včetně nutnosti stran dokazovat obsah cizího práva. Mezi členskými státy EU se do této skupiny vedle Británie, Irska, Malty a Kypru řadí také Španělsko a Lucembursko.¹¹ Hybridní přístup je volen v baltských státech (Litva, Lotyšsko).¹² Odvíjí se od toho, z jakého popudu je cizí právo aplikováno. Pokud je tomu na základě mezinárodní smlouvy nebo národního práva, je cizímu právu ponechána jeho právní

⁷ KALENSKÝ, Pavel. Podstata a aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1968, s. 47.

⁸ V české doktríně viz také KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 186; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 53; DONNER, B. Důkaz a použití cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1957, s. 112.

⁹ Čerpáno z KALENSKÝ, Pavel. Podstata a aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1968, s. 48.

¹⁰ Ibid, s. 48.

¹¹ ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo. *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011, s. 13-14.

¹² Ibid, s. 16-17.

povaha. Pokud má být ovšem cizí právo aplikováno na základě projevu vůle stran sporu (doložka o volbě práva), je cizímu právu přisuzována povaha právní skutečnosti. Česká republika využívá první přístup, který není nijak zpochybňován ani doktrínou,¹³ ani judikaturou českých soudů.

- **Povinnost aplikace kolizní normy a práva, na které kolizní norma odkazuje**

Mezinárodní právo soukromé vychází z premisy existence různých právních řádů, které při řešení soukromoprávní otázky s mezinárodním prvkem. Již samotné připuštění myšlenky kolize různých právních řádů v sobě následně obsahuje potenciální možnost aplikovat na určitou soukromoprávní otázku cizí právo (odlišné od práva fóra), tj. možnost vzájemné substituce. Jedním z možných odůvodnění je dle Kalenského snaha učinit zadost potřebám společenského života, tedy stykům mezi subjekty soukromoprávních vztahů z různých států.¹⁴ Rozehnalová více pozitivisticky aplikaci cizího práva odůvodňuje tím, že právo fóra pokládá v určitých situacích za rozumné a spravedlivé určitý právní poměr podřídít cizímu právu.¹⁵ Podobně Kučera použití cizího práva označuje za důsledek existence kolizní metody úpravy, která pro určité situace považuje za spravedlivé takové uspořádání, kdy je právo fóra nahrazeno právem cizím.¹⁶ Ani u Donnera nenacházíme pochybnost o použití cizího práva – dle něj nemá soudce na výběr. Musí dodržet povinnost, kterou mu stanoví kolizní norma. To také znamená, že cizí právo nesmí být v poměru k právu fóra diskriminováno.¹⁷ Tím se ovšem dostáváme k pozitivistickému pohledu na toto téma, který je vlastní zejména kontinentálním právním řádům¹⁸ a který předjímá samotný výsledek celého postupu. Ovšem i mezi kontinentálními právními řády v tomto ohledu existují významné rozdíly. Zmíněný pozitivistický přístup přisuzuje kolizním normám mandatorní povahu v tom smyslu, že existence kolizní normy v právním řádu vyvolává povinnost její aplikace, pokud jsou naplněny její aplikační předpoklady. Český pozitivistický¹⁹ přístup není zpochybňován ani doktrínálně, ani judikatorně. Nebylo proto nutné výslovně tuto povinnost zakotvovat do rekodifikované právní

¹³ Srovnej práce Kučery, Kalenského, Donnera.

¹⁴ KALENSKÝ, Pavel. Podstata a aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1968, s. 43.

¹⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 51.

¹⁶ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 184.

¹⁷ DONNER, B. Důkaz a použití cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1957, s. 112.

¹⁸ Seznam viz např. ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo. *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011, s. 18.

¹⁹ Viz § 1 písm. a) ZMPS.

úpravy.^{20,21} To stejné, co platí pro aplikaci kolizní normy, následně platí i o aplikaci práva, na které kolizní norma odkazuje. Bez ohledu na to, zda se jedná o právo fóra nebo právo cizího státu, nastupuje povinnost toto právo aplikovat. Důvody byly zmíněny výše (představa o spravedlivém posouzení předmětné právní otázky). Opačný přístup lze pozorovat zejména u anglo-saských právních řádů, kdy použití kolizní normy musí být stranami navrženo. Mandatorní povaha je ovšem i tak přiznávána kolizním normám obsaženým v mezinárodních úmluvách a unijních předpisech, tj. normách unifikovaných, respektive unifikujících.²² Použití kolizní normy a odkaz na cizí právo ovšem ještě nemusí vyvolat nutnost použití cizího práva, jak je tomu v zemích s pozitivistickým přístupem. V tomto ohledu je již tato problematika úzce propojena na povahu, která je přisuzována cizímu právu. Jde o to, zda je s cizím právem zacházeno i přes jeho cizí původ jako s právem. Resp. o to, zda je právní povaha přisuzována pouze vlastnímu právnímu řádu a na cizí právo se hledí nikoliv jako na právo, ale jako na právní skutečnost. Jestliže použití cizího práva není stranami navrženo prostřednictvím použití kolizní normy a následně prokázán jeho obsah, je s předmětnou otázkou zacházeno jako s otázkou tuzemskou. Objevují se ovšem i hybridní řešení postavená na tom, zda posuzovaný nárok má či nemá disponibilní povahu. U disponibilních nároků záleží na stranách, zda navrhnou použití kolizní normy. U nároků, které nejsou v dispozici stran je soud kolizní normu povinen použít. Jedná se o přístupy např. Francie, Rumunska, Dánska, Finska a Švédsko.²³ Podobné je to i s povinností aplikovat cizí právo. Pokud se jedná o disponibilní nárok, neexistuje povinnost aplikovat cizí právo. Ta nastoupí pouze tehdy, pokud se použití kolizní normy (a tím pádem následně i cizího práva) dovolá strana sporu. U nedisponibilního nároku povinnost soudu aplikovat kolizní normu předjímá také povinnost následně aplikovat právo určené kolizní normou.

I v případech, kdy přijmeme myšlenku aplikace kolizní normy a cizího práva touto normou určeného ex officio, neznamená to ještě, že se aplikaci cizího práva nelze vyhnout. Kalenský dovozuje, že použití cizího práva na základě imperativu obsaženého v kolizní normě znamená,

²⁰ Automaticky, bez potřeby vysvětlení konstatuje použití kolizních norem a následně práva, na které kolizní norma odkazuje, také Důvodová zpráva k ZMPS (k § 23).

²¹ Krom výše uvedených děl není toto řešení zpochybňováno ani Pauknerovou – viz PAUKNEROVÁ, Monika; BRODEC, Jan. Czech Republic and Slovak Republic. In: ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (eds.). *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011. Munich: Sellier, 2011, s. 175. Podobně také Donner považuje odmítnutí aplikace cizího práva po odkazu v kolizní normě za porušení rovnosti států dle Charty OSN, což doplňuje dalším argumentem o vyvolávání právní nejistoty účastníků sporu a tedy i negativního dopadu na mezinárodní obchod – viz DONNER, B. Důkaz a použití cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1957, s. 109.

²² Ze členských států EU se jedná např. o Velkou Británii, Kypr, ale zajímavě také Lucembursko – viz ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (eds.). *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011, s. 19.

²³ Ibid, s. 21.

že právo fóra je cizímu právu nadřazeno – tj. že cizí právo je aplikováno odvozeně. To také znamená, že cizí právo může být vyřazeno z aplikace. Tím nijak není zasažena jeho podstata jako práva. Pokud k vyřazení nedojde, považuje následně cizí právo již za rovnocenné právu fóra ve smyslu způsobu jeho použití.²⁴ Odmítnutí aplikace cizího práva prostřednictvím výhrady veřejného pořádku je společné kontinentálním právním řádům i právním řádům anglosaského právního systému.²⁵ Důvody jako vzájemnost či souladný požadavek stran sporu na nepoužití cizího práva se v této souvislosti neobjevují.²⁶ Doplnkový důvod pro odmítnutí aplikace cizího práva, ovšem zcela jiného charakteru než je jeho rozpor s veřejným pořádkem, je nemožnost zjištění cizího práva. Tento důvod bude podrobněji rozebrán níže.

- Cizí právo a *iura novit curia*

Jestliže má soud aplikovat cizí právo, má zároveň povinnost toto právo znát, či lze tuto povinnost vztáhnout pouze vůči právu fóra a vůči cizímu právu se již neuplatní? Případně lze tuto povinnost pro cizí právo modifikovat do jiné podoby? Je nasnadě, že řešení se bude odvíjet od toho, jaká povaha je cizímu právu fórem přiznávána. Povaha cizího práva jako práva předurčuje, že orgán toto právo aplikující se musí s jeho znalostí vypořádat. Nicméně, stěží by bylo možné požadovat po soudcích dodržování zásady *iura novit curia*.²⁷ Tuto zásadu lze ovšem transformovat do podoby nikoliv povinnosti znát cizí právo, ale povinnosti se s tímto cizím právem seznámit. Vedle využití mechanismu stanovených národní úpravou²⁸ lze využít ustanovení ve smlouvách o právní pomoci, Evropskou úmluvu o poskytování informací o cizím právu a její Dodatkový protokol nebo kontakty v Evropské soudní síti pro občanské a obchodní věci. Náklady na zjišťování cizího práva jsou typicky hrazeny soudem, nicméně za určitých podmínek (požadavek stran na aplikaci cizího práva) lze náklady požadovat po straně sporu.²⁹

Právní úpravy běžně počítají i se situací, kdy se obsah cizího práva nepovede zjistit v přiměřené době, či se od počátku jeví toto zjištění jako nemožné. Náhradou za cizí právo je v takovém

²⁴ KALENSKÝ, Pavel. Podstata a aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1968, s. 58-59.

²⁵ ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (eds.). *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011, s. 73-74.

²⁶ Výjimkou je Maďarsko – viz *ibid*, s. 74.

²⁷ Podle Kučery tato zásada v případě cizího práva neplatí – viz KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 184; Také dle Donnera se místo zásady *iura novit curia* uplatní předpoklad způsobilosti a povinnosti aplikovat cizí právo, která v sobě obsahuje i povinnost toto právo zjistit – viz DÖNNER, B. *Důkaz a použití cizího práva*. Studie z mezinárodního práva soukromého. 1957, s. 111.

²⁸ Pomoc soudům standardně poskytují orgány typu ministerstvo spravedlnosti.

²⁹ PAUKNEROVÁ, Monika; BRODEC, Jan. Czech Republic and Slovak Republic. In: ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (eds.). *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011, s. 179 a tam zmíněné rozhodnutí Nejvyššího soudu R 26/87.

případě právo národní. Přiměřenost doby na zjištění bude určovat celá řada okolností. Jedním z aspektů bude povaha posuzované právní otázky a náročnost její právní regulace, dále vzdálenost (i teritoriální) a odlišnost (kontinentální vs anglo-saské právo, jazyková náročnost),³⁰ opomenout však dle našeho mínění nelze ani společenskou aktuálnost (rodinněprávní vs běžná občanskoprávní otázka).

Výrazně méně vstřícná jsou ta fóra, v nichž je cizí právo považováno za právní skutečnost. Již z tohoto konstatování lze dovodit, že v takovém případě rozhodující orgán setrvává z hlediska zjišťování obsahu cizího práva zcela pasivní. Nemá povinnost cizí právo zjistit, jako právní skutečnost jej musí doložit strany sporu. V opačném případě je otázka posuzována jako čistě vnitrostátní.³¹

- **Způsob a rozsah aplikace cizího práva**

Také v těchto případech je řešení předurčeno povahou, která je cizímu právu přisuzována. Ve fórech přisuzujících cizímu právu povahu práva je s ním v zásadě tak i zacházeno, tj. způsobem, jakým by cizí právo aplikoval soud ve státě původu.³² Ve státech, kde je cizí právo považováno za právní skutečnost, je cizí právo aplikováno pouze tehdy, pokud soud shledá cizí právo za dostatečně prokázané – to se týká i jeho obsahu. V této souvislosti vzniká otázka, zda mají být použity i normy, které nemají čistě soukromoprávní povahu a cizí stát se jejich prostřednictvím snaží prosazovat své veřejné zájmy. To stejné se týká cizích kolizních norem.

- **Chronologické rozdělení**

Za první fázi celého procesu považujeme výběr rozhodného práva. Ten je proveden buď kolizní normou, případně může být realizován způsobem jiným. Smyslem této práce je představit jednotlivé způsoby, jak se lze od neutrálního kolizního řešení odchýlit, proto neutrální kolizní výběr rozhodného práva představuje základní výstavbový prvek. Výběr práva prostřednictvím předem stanovené kolizní normy (nikoliv nutně rigidního hraničního určovatele) nepředstavuje jediné možné řešení. Existují přístupy, které existenci, respektive potřebu kolizních norem odmítají a místo toho nastavují vodící kritéria pro výběr vhodného práva. Tyto přístupy útočí na neutrální kolizní řešení v samotné jeho počáteční fázi a snaží se zaujmout místo kolizních norem v okamžiku určování rozhodného práva.

³⁰ Shodně viz PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 170.

³¹ ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (eds.). *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011, s. 45.

³² *Ibid*, s. 64-67.

Když opustíme prostor konkurenčních přístupů popírajících potřebu kolizních norem, další členění již bude respektovat existenci kolizních norem a způsob kolizního řešení. Během výběru rozhodného práva kolizní normou lze využít různých typů hraničních určovatелů, od jednotlivých, po kumulované, které navíc mohou být v různém vzájemném vztahu. Nastavením vzájemného vztahu lze docílit různého výsledku z hlediska způsobu určení rozhodného práva a tím odchylky od jinak neutrálního kolizního řešení. Dalším mechanismem, chronologicky sice blíže zasazeným, ale nastupujícím ve fázi určení rozhodného práva o stupeň později, je možnost odchýlit se při určování rozhodného práva od primárně určeného rozhodného práva k právu jinému, které se skutkovým stavem vykazuje užší, respektive nejužší spojení.

Pokud již dojde k určení rozhodného práva a nastupuje otázka jeho použití, lze řešit to, zda toto použití bude neomezené, tj. materiálně neutrální, nebo zda bude aplikace cizího práva omezena v případě, kdy rozhodné právo neposkytuje standardy, o nichž právo fóra očekává, že budou dodrženy v určitých specifických situacích, případně by použitím cizího práva byly obcházeny kogentní normy práva, s nímž jediným je skutková situace spojena. Eventuálně mohou existovat normy, kterými stát prosazuje své důležité zájmy a vzniká otázka jejich souběžné aplikace společně s normami rozhodného práva či opět vyloučení aplikace norem cizích těmito specifickými normami.

V konečné fázi, kdy je rozhodné právo určeno a aplikováno, může nastat situace, že se během aplikace objeví účinky nepřijatelné v zemi fóra. Vzhledem k tomu, že možnost vzniku takových situací je implicitně přítomna v mezinárodním právu soukromém, které existuje kvůli rozdílům mezi právními řády, vytvořilo si mezinárodní právo soukromé mechanismy, které umožňují odmítnout aplikaci cizího práva, i když se jedná o právo, jehož použití přikazuje kolizní norma.

Mechanismy umožňující odchýlit se materiálně a zjevně od neutrálního kolizního řešení proto rozdělujeme na mechanismy, které vylučují samotný kolizní způsob určení rozhodného práva, mechanismy, které se uplatňují během kolizního výběru a mechanismy, které se uplatňují během práce s rozhodným právem. Uvnitř těchto skupin lze ještě dále členit, jak vyplývá z výše uvedeného a dále bude podrobněji vysvětleno.

3 Zásady ovládající výběr rozhodného práva, neutrální kolizní řešení

3.1 Způsoby určení hmotněprávní regulace soukromoprávní otázky s mezinárodním prvkem

Mezinárodní právo soukromé je oblastí práva, která chce upravovat – regulovat – soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem. Toto konstatování snad ani nemůže po jeho prvním vnímání vystihnout na jednu stranu rozsah této právní disciplíny. Z rozsahu disciplíny mezinárodního práva soukromého, tj. určení mezinárodní příslušnosti, řešení otázek uznání a výkonu cizích soudních rozhodnutí, určení rozhodného práva³³ či otázek realizace právní pomoci se budeme dále zabývat pouze problematikou určení rozhodného práva prostřednictvím kolizních norem. Tato oblast je pravděpodobně nejviditelnější, zároveň dle některých přístupů pouze tato oblast představuje to „pravé“ mezinárodní právo soukromé.³⁴ Důvodem je skutečnost, že právě prostřednictvím určení rozhodného práva lze identifikovat práva a povinnosti subjektu či subjektů v rámci zkoumané právní otázky. Potřeba identifikace hmotněprávních pravidel, která budou regulovat právní otázku s mezinárodním prvkem provází lidstvo snad celou jeho historií.

Všude tam, kde docházelo ke kontaktu mezi osobami z území,³⁵ na nichž se používala odlišná pravidla chování, byla od pradávna řešena otázka, která pravidla mají být využita pro regulaci právního vztahu mezi takovými osobami. Bez ohledu na zastávanou koncepci je přijímána myšlenka izolace skutkového základu od jeho právní regulace, kdy za předpokladu přítomnosti mezinárodního prvku vzniká otázka, jakému právnímu řádu má být skutkový základ podroben.³⁶

Pokud odhlédneme od specifické koncepce *ius gentium* užívané v období antického Říma, tedy pravidel používaných pro regulaci právních vztahů mezi Římany a cizinci a mezi cizinci vzájemně,³⁷ neexistovala unifikovaná pravidla, která by pokrývala právní vztahy mezi subjekty z různých území. Vznikly proto mechanismy, které umožňovaly zvolit - vybrat mezi těmi

³³ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 16.

³⁴ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 27.

³⁵ Územím může být stát, městský stát, území ovládané určitým kmenem - obecně teritorium, na němž se používají pravidla chování, která jsou odlišná od pravidel používaných na jiném, resp. jiných územích.

³⁶ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 20.

³⁷ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 84; KINCL, Jaromír; URFUS, Valentin; SKREJPEK, Michal. *Římské právo*. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 20-21.

pravidly, kterých se právní vztah některým ze svých prvků dotýkal. Způsob tohoto výběru samozřejmě nezůstal během historie neměnný a naopak podléhal a stále podléhá vývoji. Některé koncepty jsou historicky překonané, jako například Ptolemaiova koncepce podrobení smlouvy tomu právu, v jehož jazyce byla smlouva sepsána, navíc v napojení na shodný soud.³⁸ K dalším možným koncepcím se vrátíme v navazujících částech práce, byť ve spojení se specifickěji vymezenými tématy.

Aby bylo možné výběr provést, byly postupně za tímto účelem vytvořeny specifické právní normy - kolizní normy. Na rozdíl od standardní hmotněprávní normy skládající se z hypotézy, dispozice a sankce, má norma kolizní upravenou strukturu. Upravenou za jediným cílem, kterým je výběr právního řádu. Kolizní norma je složena z rozsahu a navázání. Rozsah popisuje prostřednictvím pojmů známých hmotnému právu právní otázky (právní vztahy), na které kolizní norma dopadá. Je přirozené, že pojmově jsou rozsahy kolizních norem formulovány obecněji než hypotézy běžných hmotněprávních norem. Druhou částí je navázání, které provádí výběr mezi právními řády, mezi nimiž dochází pro regulaci obsahu právního vztahu (otázky) ke kolizi. Součástí navázání je hraniční určovatel, jehož prostřednictvím je právní vztah navázán na určité území, respektive právní řád. Hraniční určovatel je dle Kučery taková (právní) skutečnost,³⁹ která je pro právní otázku, pro niž je hledáno rozhodné právo, zásadní, významná či dokonce natolik určující, že propojí právní vztah s určitým právním řádem.

Je na vůli zákonodárce, jaký hraniční určovatel připojí k rozsahu, tedy jakým způsobem nastaví spojení mezi řešenou právní otázkou a rozhodným právem pro ni. Při výběru může být veden různými kritérii, přičemž neoddiskutovatelnou roli hraje i vyjádření politického zájmu, který může za výběrem příslušného kritéria stát. Kolizní norma, bez ohledu na to, jak se odlišuje od norem materiálních, zůstává (jen) právní normou. Je to tudíž právní akt, který vydává stát či jiný mocenský celek, a nutně v sobě zahrnuje méně či více silný zájem tohoto mocenského celku. Nicméně hledisko ryze politického zájmu a jeho role bude analyzováno až v dalších částech této práce. Na tomto místě se pokusíme v základní podobě představit stěžejní doktrinální přístupy stojící za tvorbou kolizních norem a nastavení hraničního určovatele v nich. Vycházet budeme v této fázi výkladu z kontinentálního evropského přístupu, který je

³⁸ YNTEMA, E. Hessel. The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1953, vol. 2, no. 3, s. 301, 302.

³⁹ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 116.

z vývojového hlediska méně turbulentní, než vývoj v common-law státech, zejména ve Spojených státech amerických.

Nicméně, a nyní si dovolíme odchylku od nastolené linky, úpravu práv a povinností v soukromoprávním vztahu s mezinárodním prvkem lze zajistit vícero způsoby. Určení rozhodného práva kolizní metodou, resp. prostřednictvím kolizní normy představuje pouze jeden z nich. Vedle toho lze uvažovat o vytvoření unifikované hmotněprávní úpravy těchto vztahů, ať již na širší celosvětové úrovni, tak v rovině teritoriálně omezenější. A existují i praktické příklady v podobě Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží či unifikovaných úprav v oblasti jednotlivých typů přeprav. Praxe ovšem ukazuje a odborné publikace to potvrzují, že tato cesta není obecně dosažitelná a vlastně ani chtěná. Obecně dosažitelná ať již ve smyslu obecného dopadu na celou oblast soukromého práva (viz např. Draft Common Frame of Reference) či ve smyslu celosvětového pokrytí. Stejně tak hraje roli materiální právní pozadí, kdy unifikace hmotněprávní úpravy může být napadána z hlediska nerespektování hodnot národních právních úprav.⁴⁰

Unifikace kolizních norem může být a je úspěšná právě proto, že představuje cestu v situaci, kdy unifikace norem hmotněprávních dosažitelná není. A důvodem, proč se státy na unifikační cestu vydávají, je snaha o dosažení co nejvyšší možné míry právní jistoty a předvídatelnosti řešení soukromoprávních otázek s mezinárodním prvkem. Poukázáním na právní jistotu a předvídatelnost se dostáváme zpět k původní lince.

Je-li kolizní norma základním způsobem identifikace hmotněprávních pravidel regulujících určitou právní otázku, jaké vlastnosti by měla mít, abychom ji mohli považovat za kvalitní kolizní normu? A to bez ohledu, zda se jedná o normu obsaženou v národní kodifikaci či v unifikovaném souboru? Jakou kolizní normu lze považovat za vhodně nastavenou, „standardní“ a jakou za „ne“standardní? Či spíše vykazující odchylky od běžného standardu? Prostřednictvím jakých kritérií či hodnot je tento standard určován? Jsou z tohoto hodnotového pohledu kolizní normy pojímány shodně jako normy hmotněprávní, na něž je v nich odkazováno, nebo jsou pojímány odlišně, ať již doktrinárně či pohledem zákonodárných sborů?

⁴⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 19.

3.2 Právní jistota a předvídatelnost – stěžejní hodnoty kolizní normy?

Právní jistota, předvídatelnost, legitimní očekávání. Hodnoty, které jsou v souvislosti s právní úpravou skloňovány snad při každém jejím hodnocení. Hodnoty, s nimiž pracuje zákonodárce. Hodnoty, které by měly právní úpravu formovat. Co tyto hodnoty znamenají? Právní jistota je kategorie, která je úzce spjata s předvídatelností. A obě jsou neoddělitelně spojeny s řešením určité právní otázky. Existence právní normy upravující určitou právní otázku již sama o sobě dává základ předvídatelnosti řešení, s nímž daná norma počítá. Je tedy předvídatelnost kategorií, kterou lze dosáhnout již tím, že určitá právní otázka je právní normou regulována? Odpověď musí znít nikoliv. Předvídatelnost lze vnímat jako možnost subjektu práva vytvářet si představy o svém budoucím jednání se zohledněním objektivních právních podmínek, v nichž se toto jednání bude (resp. má) odehrávat.⁴¹ Předvídatelnost není zajištěna pouhou existencí právní regulace, svoji roli hraje také stabilita právní úpravy, frekvence a způsoby jejích změn, informovanost společnosti o právu. Wolff v předvídatelnosti vidí transparentnost práva a právní normy s ohledem na aplikační výstupy při jejím používání.⁴² Takto pojímaná předvídatelnost je nezbytným předpokladem právní jistoty, tedy stavu, kdy obdobné situace jsou rozhodovány shodným způsobem, tj. právo není aplikováno libovolně. Je ovšem evidentní, že samotná předvídatelnost právní jistotu nezaručuje. Stejně pojímá vztah těchto dvou hodnot i český Ústavní soud, podle kterého je předvídatelnost práva nezbytnou součástí právní jistoty. Propojení obou hodnot vidí právě v aplikační sféře, kdy ten, kdo se spolehne na platné právo, nemůže být ve svém očekávání zklamán.⁴³ To ostatně odpovídá i Wolffovu pojetí. Princip právní jistoty a předvídatelnosti de facto znamená, že právo tíhne ke stálosti a ten, jenž se na něj spolehne, nemá být zaskočen nějakým překvapivým a neočekávaným zvratem.

Vedle právní jistoty a předvídatelnosti, jejichž význam nijak nezpochybňuje, zdůrazňuje de Boer další veličinu, kterou je legitimní očekávání stran. Zatímco u právní jistoty a předvídatelnosti uvádí, že za určitých okolností mohou být naplněny u jakékoliv právní normy (myšleno bez ohledu na její kvality, pozn. autora), legitimní očekávání stran je naplněno pouze tehdy, kdy aplikační výstup dané normy je akceptovatelný pro všechny zúčastněné subjekty – strany závazkového vztahu.⁴⁴ Nesouhlasíme s konstatováním, že jakákoliv norma zabezpečí právní jistotu a předvídatelnost. Již výše jsme uvedli, že nezbytný podíl na finálním zhodnocení

⁴¹ ÚS ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11.

⁴² WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 437.

⁴³ ÚS ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11.

⁴⁴ DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 305.

má způsob aplikace právní normy, ale nejenom ta. Jak poukážeme dále, i vnitřní nastavení dané normy hraje z hlediska právní jistoty zásadní roli. Souhlasíme nicméně s tvrzením, že právní jistota a předvídatelnost jsou hodnoty odlišné od legitimního očekávání. Jak de Boer uvádí, legitimní očekávání směřuje k spravedlnosti rozhodnutí, kterou strany oprávněně očekávají.⁴⁵ Pohledem kolizního práva se jedná o určení takového rozhodného práva, které strany mohou oprávněně očekávat jak s ohledem na skutkové okolnosti případu, tak ovšem s ohledem na obecné cíle aplikované právní normy. Obdobný pohled na legitimní očekávání lze nalézt u Schuze, kdy očekávání podle něj nemá být o aktuálním očekávání stran v konkrétní situaci, kdy toto očekávání je ovlivněno právě onou situací (např. kdo je poškozený, kdo původce deliktu), ale co lze obecně, hypoteticky očekávat intuitivně, logicky, a to bez znalosti konkrétní kolizní normy. Pokud totiž strany kolizní normu znají, a ta navíc obsahuje rigidní hraniční určovateli, dochází k cyklení hraničního určovatele a představy z něj vyplývající.⁴⁶

Požadavek, aby právní norma dostala právní jistotě, předvídatelnosti, případně legitimnímu očekávání účastníků právních vztahů, které daná právní norma reguluje, je imanentní právu jako takovému, právním normám všech právních odvětví. Proto nelze tento požadavek upřít ani mezinárodnímu právu soukromému a jeho kolizní složce. Oba pojmy jsou běžně skloňovány v odborných publikacích věnovaných normám mezinárodního práva soukromého, přičemž jsou používány bez potřeby dalšího vysvětlování.⁴⁷ Je proto evidentní, že akademická veřejnost považuje tyto hodnoty za automatické v tom smyslu, že nepovažuje za nutné zdůvodňovat, proč by kolizní normy měly zabezpečovat předvídatelná řešení a právní jistotu stran soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem.⁴⁸ Stejně tak s těmito pojmy zcela běžně pracují preambule unijních předpisů mezinárodního práva soukromého, které právní jistotu označují s oblibou za svůj obecný cíl⁴⁹ či základní (rozuměj systémový – pozn. autora) prvek.⁵⁰

⁴⁵ DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 305.

⁴⁶ SCHUZ, Rhona. Lessons from choice of law in tort in Israel: the rise and fall of the “contacts” approach; the fortuitousness exception and rejection of the common habitual residence exception. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 11, no. 3, s. 449.

⁴⁷ Srovnej například PFEIFFER, Magdalena. Legal Certainty and Predictability in International Succession Law. *Journal of Private International Law*. 2016, vol. 12, no. 3, s. 566.

⁴⁸ Srovnej krom výše uvedených děl Wolffa a Boera např. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 26; PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 14; SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 179.

⁴⁹ Bod 16 Preambule Řím I.

⁵⁰ Bod 14 Preambule Řím II.

Hlásí se k nim i důvodové zprávy nových obecných civilistických kodifikací⁵¹ i kodifikací mezinárodního práva soukromého.⁵²

Teorie mezinárodního práva soukromého historicky právní jistotu a předvídatelnost řešení explicitně příliš nezdůrazňovalo. Není to nelogické. Prvotní úvahy směřovaly více k podstatám aplikace cizího práva – zda vůbec má být cizí právo jakožto projev cizí státní suverenity bráno v potaz a být aplikováno. Od názorů Bartoluse, podle něhož si osoba nese své právo s sebou,⁵³ logický argument D'Argentého o použití *lex rei sitae* vůči nemovitostem,⁵⁴ po nizozemskou (Huberovu) teorii mezinárodní zdvořilosti.⁵⁵ Tyto teorie vycházely z nerovného vztahu práva fóra a cizích právních řádů a pro použití cizího práva hledy jednodušší či složitější odůvodnění. K těmto teoriím se ještě v dalších souvislostech vrátíme níže. Názor, že jednotlivé právní řády jsou si rovny, a je proto nutné zformulovat pravidla pro výběr mezi nimi, představuje v první polovině 19. století von Savigny. Odmítá Huberův názor, že právo lze aplikovat pouze na území státu, který toto právo vydal, resp. výjimky jsou možné pouze ze zdvořilosti (a nejsou tedy „nárokové“). Uznává sice právo na suverenitu jednotlivých států a z ní vyplývající možnost aplikovat pouze své právo, nicméně tvrdí, že zejména kvůli rostoucímu obchodu mezi národy (státy) je rozumné zaujmout opačný přístup. Odvolává se na reciprocitu, která zajistí stejné – rovné zacházení s příslušníky vlastního i cizího státu. V důsledku to znamená, že strany mohou u právních vztahů obsahujících mezinárodní prvek očekávat stejné rozhodnutí bez ohledu na sudiště.⁵⁶ Tyto názory, tj. že každé právo i každá právní otázka jsou ukotvitelné v prostoru,⁵⁷ zformované do von Savignyho teorie určení „sídla“ pro každou právní otázku, ukazují zřetelně na snahu o nastavení takových pravidel pro určení rozhodného práva, která povedou ke konzistentním výsledkům – a tedy výsledkům, které z dnešního úhlu pohledu jsou postaveny na předvídatelných právních normách, jejichž aplikace poskytuje stranám dostatečnou míru právní jistoty.⁵⁸ Konzistentnost zdůrazňuje jako argument na podporu právní jistoty také Wolff,

⁵¹ Důvodová zpráva k NOZ o právní jistotě hovoří jako o nepsaném principu (s. 26), případně jako o celkovém cíli, který sleduje jak soukromé, tak veřejné právo (s. 30).

⁵² Důvodová zpráva k ZMPS, s. 43.

⁵³ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 4.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 4.

⁵⁵ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 87.

⁵⁶ KEGEL, Gerhard. Story and Savigny. *The American Journal of Comparative Law*. 1989, vol. 37, no. 1, s. 57.

⁵⁷ KALENSKÝ, Pavel. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, s. 81.

⁵⁸ Blíže k von Savignyho pojetí viz KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 6-7; RÜCKERT, Joachim. Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law. *Juridica International*. 2006, vol. 1, s. 55-67; KEGEL, Gerhard. Story and Savigny. *The American Journal of Comparative Law*. 1989, vol. 37, no. 1, s. 39-66.

podle něhož norma jako obecně závazné pravidlo chování obsahující příkaz působí do budoucna. Nekontrolovaná flexibilita by normativní charakter právních norem narušila. I když připouští, že dosažení právní jistoty je v reálu problematicky dosažitelné, argumentuje tím, že právní norma představuje určitý ideál. Chybování při snaze o jeho dosažení není důvodem pro rušení takového ideálu.⁵⁹

Lokalizování každé právní otázky do určitého sídla s ohledem na její povahu předpokládá vytvoření systému již zmíněných hraničních určovatelů, respektive kolizních norem, kdy k určitým otázkám popsaným v rozsahu je připojen specifický hraniční určovatel rozhodující o navázání na určité teritorium a právo tam používané. Což je ostatně mechanismus určování rozhodného práva, který byl přijat univerzálně⁶⁰ a který dominuje evropskému kontinentu dodnes.⁶¹ Nezpochybňovaná dominance tohoto mechanismu na evropském kontinentě je patrně důvodem toho, že v souvislosti s evropskými kodifikacemi a stejně tak i normami evropského justičního prostoru jsou pojmy předvídatelnost a právní jistota uváděny automaticky, bez potřeby odůvodňování, a požadavek, že kolizní normy mají vést k předvídatelnému řešení poskytujícímu právní jistotu, je přijímán takřikajíc se samozřejmostí. Forsyth to prezentuje konstatováním, že jednotnost rozhodování představuje fundamentální, centrální, určující princip mezinárodního práva soukromého.⁶²

Je však vhodné upozornit na fakt, že ať už se jedná o analýzy v odborných textech či odkazy v preambulích a důvodových zprávách, nebývají tematicky zaměřené pouze na tyto hodnoty. Zejména od druhé poloviny dvacátého století jsou zmiňovány v souvislosti s další hodnotou, kterou je flexibilita. Vzájemný vztah těchto veličin, kdy na jednu stranu jsou stavěny právní jistota, předvídatelnost, případně legitimní očekávání, a na stranu druhou právě flexibilita rozhodování, je vnímán negativně – tyto veličiny jsou považovány za protichůdné. A není to vnímání až novodobých autorů. Již více než před dvěma tisíci lety Aristoteles v *Etice Nikomachově* popsal tento jev, který se právem line dodnes. Je jím věčný boj mezi snahou o právní jistotu, předvídatelnost a uniformitu na straně jedné, a snahou o flexibilitu, rovnost

⁵⁹ WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 442.

⁶⁰ DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 297.

⁶¹ WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 444.

⁶² FORSYTH, Christopher. The Eclipse of Private International Law Principle? The Judicial Process, Interpretation and the Dominance of Legislation in the Modern Era. *Journal of Private International Law*. 2005, vol. 1, no. 1, s. 94.

a individualizované řešení na straně druhé.⁶³ Obdobně o mnoho set let později René David uvedl obdobně, že „ve všech státech existuje a vždy existovat bude protiklad mezi dvěma požadavky spravedlnosti – právo musí být předvídatelné a jasné na straně jedné, a flexibilní a přizpůsobivé okolnostem na straně druhé.“⁶⁴ Symeonides v současnosti v souvislosti s mezinárodním právem soukromým uvádí totéž – že každý právní systém prochází tenzí mezi jistotou s předvídatelností a flexibilitou se spravedlností.⁶⁵ Striktně v této souvislosti vystupuje Hay, podle něhož jsou právní jistota s flexibilitou protichůdné hodnoty. Zatímco právní jistota představuje rigiditu, flexibilita je opakem.⁶⁶ Také Wolff tyto hodnoty v určitém smyslu vnímá jako protiklady, byť již nikoliv tak absolutisticky. Vnímá tři roviny flexibility (vnitřní flexibilitu, formální flexibilitu a aplikační flexibilitu)⁶⁷ a zároveň pečlivěji pracuje s předvídatelností. Ta podle něj absentuje u vnitřní flexibility a aplikační flexibility. A jestliže absentuje předvídatelnost, chybí také právní jistota – a tento stav považuje za odporující konceptu právního státu.⁶⁸ Jistotu a předvídatelnost proti pružnosti a flexibilitě vůči sobě staví také Pauknerová.⁶⁹ Rozehnalová sice nestaví právní jistotu a předvídatelnost vůči flexibilitě,⁷⁰ ale vůči individuální spravedlnosti, kdy lze dovodit, že flexibilitu v přístupu označuje za předpoklad dosažení spravedlnosti v konkrétním případě.⁷¹ Také Pfeiffer hovoří o individuální spravedlnosti ve smyslu kladení důrazu na individuální okolnosti a specifika případu. Zároveň pokládá otázku, zda její hledání nenarušuje právní jistotu.⁷² A uzavírá, že u vztahů s mezinárodním prvkem není boj mezi právní jistotou a individuální spravedlností žádnou výjimkou.⁷³

⁶³ Podle Aristotela právo vždy hovoří v obecných termínech, neboť v řadě případů není možné, aby používalo pojmy, které jsou obecné a přesné zároveň.

⁶⁴ DAVID, René. English Law and French Law. In: SYMEONIDES, C. Symeon. Exception Clauses in American Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1994, vol. 42, no. 2, s. 814.

⁶⁵ SYMEONIDES, C. Symeon. Codification and Flexibility in Private International Law. In: BROWN, K. Karen; SNYDER, V. David (eds.). *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer. 2011, s. 14.

⁶⁶ HAY, Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1991*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, vol. 226, s. 304.

⁶⁷ WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 432-435.

⁶⁸ Ibid, s. 437.

⁶⁹ PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 14.

⁷⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 59.

⁷¹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 27.

⁷² PFEIFFER, Magdalena. Legal Certainty and Predictability in International Succession Law. *Journal of Private International Law*. 2016, vol. 12, no. 3, s. 567.

⁷³ Ibid, s. 568.

Vztah výše uvedených hodnot může být protichůdný, tento názor nehodláme oponovat. Lze však tyto hodnoty skloubit v jedné a téže právní úpravě, resp. právní normě? A je vůbec vhodné se o něco takového snažit? Případně kterou z těchto hodnot upřednostňovat? Symeonides konstatuje, že zatímco právní jistotu a předvídatelnost jako nezbytné aspekty každé právní normy nezpochybňuje nikdo, u flexibility jsou názory variabilnější, zejména z hlediska vnímání míry flexibility – kam až má flexibilita zajít.⁷⁴ Aniž bychom začali odpovídat na výše položené otázky, vyřkneme ještě jednu, která nám, jak doufáme, umožní se k těm předcházejícím postupně vracet a reagovat na ně.

Proč začala být flexibilita považována za relevantní či důležitou vlastnost právní normy? Wolff s jistou dávkou ironie uvádí, že je již klišé konstatování, že flexibilita je nutná k zajištění spravedlnosti v individuálních případech.⁷⁵ Tato poznámka, kterou Wolff uveřejnil v roce 2014, komentuje desetiletí diskuzí o vztahu právní jistoty, předvídatelnosti a flexibility právního řešení. V mezinárodním právu soukromém se potom odráží v rozdílu ve vnímání funkce mezinárodního práva soukromého mezi Evropou a Spojenými státy. Nebylo tomu tak ale vždy. Již zmíněná von Savignyho koncepce lokalizování právních otázek do dosahu určitého právního řádu spoléhající na geografická fakta pro dosažení harmonie v rozhodování,⁷⁶ nebyla přijata dalšími autory i legislativou jen v kontinentální Evropě, ale našla zřetelnou odezvu i v americkém Restatement I z roku 1934, který byl, po vzoru evropských úprav, postaven na pevných, mechanických a předvídatelných kolizních normách.⁷⁷ Zároveň se ale již od 30. let minulého století vůči takto nastaveným kolizním normám začala ve Spojených státech objevovat kritika právě onoho mechanického určování rozhodného práva. Tlaky mezi předvídatelností, právní jistotou a flexibilitou jsou podle Haye vlastní jakýmkoliv právním vztahům – i vztahům čistě vnitrostátním. Ovšem u vztahů s mezinárodním prvkem jsou dle něj vnímány ještě zřetelněji.⁷⁸ Projevy tohoto pnutí na severoamerickém kontinentě jsou označovány jako „americká revoluce“, která se v doktrinálních textech i judikatuře plně

⁷⁴ SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 179.

⁷⁵ WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 441.

⁷⁶ DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 297.

⁷⁷ WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 444.

⁷⁸ HAY, Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1991*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, vol. 226, s. 292.

projevovala od 50. let minulého století.⁷⁹ Je proto běžné, že v odborných pojednáních je další vývoj popisován jako určitý souboj mezi evropským a americkým způsobem určení rozhodného práva.

Například podle Vitta jednotliví američtí kritici zdůrazňovali sice různé aspekty evropského systému, nicméně je možné identifikovat shodné prvky, kterými jsou jednak odmítání mechanického výběru rozhodného práva bez možnosti zohlednění *ad hoc* řešení a zároveň otevřenost vůči požadavkům na reflexi hmotněprávních zájmů. Symeonides je ještě expresivnější a hovoří dokonce o averzi vůči legislativním zásahům do common-law přístupu, o averzi vůči normám mezinárodního práva soukromého a preferenci *ad hoc* přístupů.⁸⁰ Currie, kterého Symeonides označuje za revolucionáře,⁸¹ prohlásil, že problém není ve špatných normách, ale v tom, že vůbec existují právní normy.⁸² Již před Curriem hovořil Cavers ve své kritice z poloviny 30. let o tradičních kolizních normách, které rozhodnou o umístění právní otázky mezi teritoriálně vymezené jurisdikce, aniž by se zajímaly o spravedlivé rozhodnutí dané otázky (tedy individuální spravedlnosti – pozn. autora).⁸³ Rozdíly mezi americkým a evropským přístupem obdobně komentuje i Rühl. Evropský přístup označuje za klasický (tradiční), kladoucí důraz na předvídatelnost a právní jistotu, zatímco u Spojených států hovoří o řadě přístupů směřujících k dosažení flexibility a individuální spravedlnosti.⁸⁴ Také Symeonides vnímá u evropského pojetí potřebu předvídatelnosti. A pokračuje kritikou, že tato potřeba činí každý takový systém rigidní. Navíc právě na americkém příkladu poukazuje na fakt, že žádný demokratický systém nemůže mechanizovat způsoby rozhodování, protože pokud to učiní, aplikační sféra (soudci) tento systém začnou ignorovat.⁸⁵ To byl případ justičního odmítání norem v Restatement I – využívány byly v reálu pouze ty normy, které umožňovaly únik od rigidních pravidel, čímž se celý systém stal nestabilní a řešení nepředvídatelná.⁸⁶ Zároveň blíže vysvětluje, co američtí autoři negativně vnímají onou mechanicitou výběru

⁷⁹ VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American „Conflicts Revolution“. *The American Journal of Comparative Law*. 1982, vol. 30, no. 1, s. 1.

⁸⁰ SYMEONIDES, C. Symeon. Exception Clauses in American Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1994, vol. 42, no. 2, s. 814.

⁸¹ *Ibid.* s. 816.

⁸² CURRIE, Brainerd. Selected Essays on the Conflict of Laws. Chapter Four. [online]. *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*. 1963 s. 180-183. [cit. 7. 2. 2019].

⁸³ Převzato z KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 40.

⁸⁴ RÜHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. In: GOTTSCHALK, Eckart a kol. (eds.). *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, s. 153.

⁸⁵ SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 180.

⁸⁶ SYMEONIDES, C. Symeon. Exception Clauses in American Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1994, vol. 42, no. 2, s. 815.

rozhodného práva. Opět se vrací k Savignymu a jeho hledání práva, které vykazuje k určité právní otázce s mezinárodním prvkem nejužší vztah. Savigny a následně evropské systémy, které jsou na jeho koncepci postavené, hledají prostřednictvím kolizní normy vhodný stát, nikoliv však vhodné právo, natož vhodný výsledek. Evropská koncepce je postavena na premise, že právo vhodného státu je vhodným právem, přičemž vhodnost (státu i práva) je pojímána geograficky. Kolizní normy se nezabývají tím, zda rozhodné právo vhodně či nevhodně reguluje řešenou právní otázku.

Připouští nicméně, že mezinárodní právo soukromé vzniklo právě kvůli rozdílům mezi jednotlivými právními řády a Savignyho koncepce je postavena na výběru práva, mezi nimiž nechce diskriminovat z hlediska jejich obsahu. Smyslem a cílem tradiční kolizní metody je výběr teritoriálně nejlepšího řešení. Důsledkem takového přístupu je podle Symeonidese ovšem fakt, že mezinárodní právo soukromé neaspiruje (a zároveň ani nechce, nemůže si dovolit) na dosažení dobra a spravedlnosti v individuálním případě.⁸⁷ V jiné své práci uvádí to stejné, pouze s upraveným pojmoslovím - když vysvětluje rozdíl mezi kolizní spravedlností a materiální spravedlností.⁸⁸ Uvádí, že mezinárodní právo soukromé a řešení, které poskytuje, není o dobrém nebo špatném výsledku (je tedy výsledkově neutrální - pozn. autora).⁸⁹ Zdůrazňuje ale, že toto je pouze jeden z možných přístupů. Druhý pohled, který rezonoval zejména Spojenými státy, je postaven na premise, že vztahy s mezinárodním prvkem nejsou ničím odlišné od vztahů bez mezinárodního prvku. Soudce má mít zájem na spravedlivém řešení předložené právní otázky. Nemůže rozhodovat bez ohledu na individuální spravedlnost jen kvůli tomu, že rozhoduje vztah s mezinárodním prvkem. Proto tento druhý přístup nemůže přijmout předpoklad, že právo vhodného státu je automaticky právem vhodným pro řešení dané konkrétní právní otázky.⁹⁰ První koncepci označuje, shodně s dalšími autory, za tradiční, kladoucí důraz na zkoumání teritoriálního spojení bez ohledu na obsah rozhodného práva (*jurisdiction oriented* metoda). Přijímání vlivů druhé koncepce, kdy svoji roli již ve fázi výběru rozhodného práva hraje obsah dotčených právních řádů a také zájmy (rozuměj státní, sociální, ekonomické – pozn. autora) stojící za tímto právem považuje za moderní pojmání

⁸⁷ SYMEONIDES, C. Symeon. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law. In: BORCHERS, Patrik; ZEKOLL, Joachim. *International Conflict of Laws For the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, Transnational Publishers. 2001, s. 129 a násl.;

⁸⁸ Stejně tak i Kegel rozlišuje mezi spravedlností v hmotném právu, neboli materiální spravedlností, a spravedlností v mezinárodním právu soukromém, neboli kolizní spravedlností - viz KEGEL, Gerhard. *Fundamental Approaches*. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 15.

⁸⁹ SYMEONIDES, C. Symeon. Result-Selectivism in Private International Law. *Roman Private International Law & Comparative Private Law Review*. 2008, s. 2.

⁹⁰ *Ibid*, s. 3.

mezinárodního práva soukromého a označuje ji jako *content oriented* metodu.⁹¹ V základu podobně, i když kritičtěji, hodnotí vývoj ve Spojených státech i de Boer, který hovoří o kritice slepého určování rozhodného práva, následujících desetiletí experimentování, které po sobě zanechaly matoucí mix tradičních kolizních norem společně kombinovaných se způsoby zvažování za účelem určení rozhodného práva. Evropský přístup, který také označuje za tradiční, hodnotí stejně jako ostatní autoři – normy inspirované von Savignym,⁹² jejichž cílem je harmonie rozhodování, neboť vychází z rovnosti, a tedy i zaměnitelnosti právních řádů jednotlivých států. Neberou proto ohled na hmotné právo, na výsledek v konkrétním případě.⁹³ Opět zde lze spatřovat konstatování o nezájmu na dosažení individuální spravedlnosti. Upozorněním na rozdíly v geografické blízkosti, ze které vychází unijní normy v kontrastu s hmotněprávní blízkostí či konceptem „*better law*“, které jsou známy severoamerickému kontinentu, začínají svoji stať o vybraných ustanoveních nařízení Řím I a Řím II autoři Okoli a Arishe. Weintraub, aniž by výslovně zmínil rozdíly mezi Evropou a USA, implicitně o nich hovoří, když se ve vztahu k nařízení Řím II ptá, zda normy v něm obsažené mají být jednoduché a poskytovat předvídatelné řešení, nebo zda se mají zároveň ohlížet i na výsledek, který poskytne rozhodné právo.⁹⁴ S kolizními normami přijímanými v minulosti spojuje právní jistotu a předvídatelnost a tedy i nutnou míru rigidity Rozehnalová, zatímco u současných právních úprav již hovoří o zvýraznění flexibilního přístupu a akcentu na dosažení individuální spravedlnosti.⁹⁵ Jako o soumraku principů mezinárodního práva soukromého hovoří Forsyth o inklinaci k zohledňování hmotného práva a výsledků, které poskytuje při řešení konkrétní právní otázky.⁹⁶ Opět tedy onu tenzi zmiňuje, byť tak činí, stejně jako Weintraub, pouze implicitně.

Ne všichni autoři však vnímají tuto tenzi tak negativně, případně považují flexibilitu za natolik zásadní hodnotu, který by měla být pro mezinárodní právo soukromé určující. Jedním z nich je

⁹¹ SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 182.

⁹² Bisping hovoří o Nařízení Řím I jako o normě široce následující klasický přístup k určování rozhodného práva, který byl představen Savignym – viz BISPING, Christopher. Mandatorily Protected: The Consumer in the European Conflict of Laws. *European Review of Private Law*. 2014, vol. 22, no. 4, s. 515.

⁹³ DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 297.

⁹⁴ WEINTRAUB, J. Russell. The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither? *Texas International Law Journal*. 2008, vol. 43, s. 402.

⁹⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 27.

⁹⁶ FORSYTH, Christopher. The Eclipse of Private International Law Principle? The Judicial Process, Interpretation and the Dominance of Legislation in the Modern Era. *Journal of Private International Law*. 2005, vol. 1, no. 1, s. 100.

Kučera, autor, jehož doktrinální přístup byl určující jak v interpretaci české úpravy mezinárodního práva soukromého z roku 1963, tak při uchopení stěžejních institutů v rámci rekonstrukce českého civilního práva. Kolizní metodu v jejím tradičním, savignyovském pojetí považoval za způsob zachování zákonnosti a právní jistoty. Kučerovo pojetí je čistou ukázkou evropského přístupu. Kolizní metoda podle něj nediskriminuje mezi právními řády, považuje je za rovné. K výběru mezi dotčenými právními řády slouží kolizní normy, které cílí na kolizně spravedlivé určení rozhodného práva, neboť nemohou obsáhnout různé vnímání hmotněprávní spravedlnosti v jednotlivých právních řádech. Kučera ani nevyslovuje otázku, zda by se kolizní normy měly či neměly zajímat o hmotněprávní spravedlnost. Stroze konstatuje, že to z povahy věci není možné. Na obsahu rozhodného práva proto kolizním normám nezáleží. Kučera samozřejmě nepopírá, že v určitých situacích je nutné řešit výjimečné situace, nepříznivé důsledky takto slepého způsobu určení rozhodného práva.⁹⁷ K tomu však podle něj slouží jiné obecné instituty mezinárodního práva soukromého, jako například výhrada veřejného pořádku, případně i různé kvalifikační metody. Shodně s Kučerou definuje kolizní normy i Mance, podle něhož kolizní normy fungují bez ohledu na vhodnost či nevhodnost výstupu poskytnutého rozhodným právem. Považuje kolizní normy za více slepé a nemilosrdné než jakékoliv jiné.⁹⁸ Pauknerová emoční neutralitu sice považuje za signifikantní vlastnost kolizních norem,⁹⁹ díky čemuž jsou tyto normy více autonomní na vnitrostátním právu a zároveň jsou méně náchylné k vlivům sociálního a politického systému,¹⁰⁰ nicméně v řadě svých děl již s požadavkem flexibility pracuje a vnímá jej. Ve svém shrnující stati Vitta uvádí, že příliš vysoký důraz na flexibilitu nabourává naopak právní jistotu výsledného rozhodování, navíc že americký příklad ukazuje na skutečnost, že flexibilita je soudy zneužívána k upřednostňování práva fóra.¹⁰¹

3.3 Tradiční kolizní norma – neutrální kolizní řešení

Na základě výše uvedeného je možné shrnout, co lze považovat za klasickou, tradiční kolizní normu. Je to norma, která je zaměřena na zajištění kolizní spravedlnosti. Kolizní spravedlnost není shodná se spravedlností materiální, neboť jejím cílem je geograficky spravedlivé,

⁹⁷ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 29 a násl.

⁹⁸ MANCE, Lord. The Future of Private International Law. *Journal of Private International Law*. 2005, vol. 1, no. 2, s. 192.

⁹⁹ PAUKNEROVÁ, Monika. Private International Law in the Czech Republic: Tradition, New Experience and Prohibition of Discrimination on Grounds of Nationality. *Journal of Private International Law*. 2008, vol. 4, no. 1, s. 84.

¹⁰⁰ PAUKNEROVÁ, Monika; PFEIFFER, Magdalena. The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives Within the European Union. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 10, no. 2, s. 207.

¹⁰¹ VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American „Conflicts Revolution“. *The American Journal of Comparative Law*. 1982, vol. 30, no. 1, s. 2.

předvídatelné napojení určité právní otázky na území určitého státu a tím také právo daného státu. V tomto ohledu mezinárodní právo soukromé nijak nepopírá suverenitu jednotlivých států včetně tvorby vlastního hmotného práva, naopak. Vychází ale z toho, že jednotlivé právní řády si jsou rovny, neexistuje mezi nimi hierarchický vztah. Rozehnalová v tomto ohledu výstižně hovoří o horizontálním konfliktu.¹⁰² Zároveň mezinárodní právo soukromé vychází z toho, že mezi jednotlivými právními řády existují rozdíly, přičemž je možné, aby určitá právní otázka byla regulována pouze jedním právním řádem.¹⁰³ Kolizní norma proto mezi právy suverénních států vybírá to právo, které generuje stát, s nímž je právní otázka spojena, kdy toto spojení je z hlediska své vhodnosti – spravedlnosti vnímáno ryze teritoriálně. Výsledné řešení není *a priori* lepší pro jednu či druhou stranu konkrétního sporu. Jedná se o řešení, které dle určitého kritéria (hraničního určovatele) propojí právní otázku na určitý právní řád, dle něhož bude regulován obsah dané právní otázky ve smyslu práv a povinností zúčastněných subjektů. Toto klasické, tradiční kolizní řešení proto můžeme zároveň označit za řešení neutrální. Neutrální řešení nezvýhodňuje hmotněprávně ani jednu ze zúčastněných stran – použitý hraniční určovatel je zvolen a zformulován takový způsobem, že je výsledkově neutrální. Neupřednostňuje konkrétní stranu konkrétního právního vztahu s ohledem na obsah konkrétní právní regulace. Tím nechceme v žádném případě naznačit, že hraniční určovatel sám v sobě nemůže zosobňovat určitý politický či sociální zájem. Jedná se ovšem o zájem obecně formulovaný, který dopadá na všechny subjekty v obdobné situaci, není protažen až do konkrétního rozhodování o konkrétní právní otázce.

Jako názorný příklad lze využít kolizní normy určující rozhodné právo pro mimosmluvní závazky. Běžnými, dlouhodobě u deliktů využívanými hraničními určovateli jsou *lex loci delicti commissi* a *lex loci damni infecti*. Důvodem pro využití hraničního určovatele *lex loci damni infecti*, tedy práva místa, kde se projeví negativní (škodné) důsledky deliktního jednání, je obecná snaha o dosažení co nejlepší míry reparace pro osobu dotčenou deliktním jednáním. Takový právní řád by se použil bez ohledu na fakt, že by v určitém konkrétním případě lepší míru reparace poskytoval právní řád *lex loci delicti commissi* tedy právo místa, kde došlo k deliktnímu jednání. Naopak právo *lex loci delicti commissi* je upřednostňováno za situace, kdy převládá (mimo jiné) obecná snaha o perzekuci pachatele. Ovšem opět bez ohledu na skutečnost, že v konkrétním případě by výraznější potrestání pachatele umožnila aplikace

¹⁰² ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 166.

¹⁰³ Tímto konstatováním nijak nepopíráme skutečnost, že komplexní právní otázka může být členěna na otázky dílčí, z nichž každá je podrobena jinému rozhodnému právu (dépeçage).

práva *lex loci damni infecti*. Jedno či druhé kritérium bude legislativně využito v určitém obecném nastavení stavu společnosti a jejího právního řádu, kdy převládne ta či ona představa o vhodném výsledném hmotněprávním řešení. Vychází se z určitého obecného předpokladu výsledku, ovšem bez ohledu na výsledek v konkrétním případě. Výsledný právní řád je vybrán dle určitých předem definovaných kritérií, která po své aplikaci již nejsou (s výhradou dále analyzovaných mechanismů) ovlivňována a upravována s ohledem na výsledné hmotněprávní řešení.

3.4 Neutralita kolizního řešení v historickém kontextu

Byť jsme výše s vědomím zjednodušení tradiční kolizní řešení s jeho neutrálním výsledkem spojili po vzoru dalších odborných textů s von Savignym,¹⁰⁴ lze prvky neutrálního řešení dohledat historicky mnohem hlouběji. Byť samozřejmě s vědomím, že jako neutrální taková řešení explicitně označována nebyla.

Jedním z prvních příkladů takového neutrálního řešení je také již zmíněné ptolemaiovské propojení smlouvy dle jazyka, v němž je sepsána (egyptština či řečtina), k právu té skupiny obyvatelstva, která používá daný jazyk. Také vývoj na evropském kontinentě po rozpadu Římského impéria je obrazem neutrálního přístupu, i když počáteční formulování úvah bylo poměrně krkolomné a zdlouhavé. Jestliže docházelo ke kontaktu osob z různých právních (kmenových) systémů, bylo řešením buď kumulovat požadavky dotčených systémů, což bylo vnímáno jako nepraktické, nebo si účastníci předmětného vztahu mohli mezi systémy zvolit, případně účastníci požádali o názor „odborníka“ – příslušníka pozvolně vznikající právnické profese. Důvodem kontaktu kmenových právních systémů byl fakt, že příslušníci kmene byli podrobováni právu daného kmene a toto právo jako součást své identity nosili s sebou bez ohledu na místo, na němž se pohybovali (personální princip). Usazování kmenů a vznik městských států ovšem vedl k tvorbě lokálních zvyklostí a postupnému odklonu od personálního principu, a naopak zvyšování důrazu na aplikaci lokálních pravidel, zejména u majetkových práv. Určitým mezistupněm byl přístup, kdy lokální právo bylo aplikováno na rezidenty (bez ohledu na příslušnost ke kmeni), nikoliv však na cizince. Konec dvanáctého století je již ve znamení zřetelného odklonu od personálního principu a nástupu myšlenek, že

¹⁰⁴ Savignyho považuje za zakladatele tradiční kolizní metody řada autorů, srovnej např. SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 22.

jednotlivec v určitých situacích může podléhat různým právním řádům podle toho, kde se nachází.¹⁰⁵

Oblast severní Itálie výrazně vnímala problematiku kolize právních úprav, jednak s ohledem na existenci jednotlivých městských států, jednak s ohledem na kolizi právních systémů těchto městských států s císařským právem Svaté říše římské.¹⁰⁶ Glosátoři, jako např. Azo nebo Accursius se vyjadřovali ve prospěch *lex fori* - nebylo to však kvůli zájmu suveréna ovládajícího určité území, ale naopak jako vyjádření skutečnosti, že suverén může svými právními předpisy zavazovat pouze svoje poddané.¹⁰⁷ Není ovšem bez zajímavosti, že se na krátkou dobu objevuje i úvaha zcela opačná, kdy podle Aldrica mělo být použito právo, které je lepší, tj. měl být analyzován obsah kolidujících právních úprav a použito mělo být právo pro řešenou situaci nejlepší.¹⁰⁸ Jednalo se ovšem na danou dobu o slepou větev kolizního uvažování a tento přístup nebyl dále následován. Nicméně ani aplikace *lex fori* pouze na rezidenty nebyla pro právní praxi bezvýhradní inspirací. V určitém rozsahu byla připuštěna aplikace *lex fori* také na cizince, zejména v situaci, kdy na území fóra došlo k uzavření smlouvy, deliktnímu jednání či se jednalo zároveň o *lex rei sitae*. Navíc s dalším posilováním moci lokálních suverénů byla přijímána myšlenka, že legislativní pravomoc zahrnuje všechny osoby a věci, které se nacházejí na příslušném teritoriu. Zásadní je ovšem to, že začíná být přijímána myšlenka, že soudiště nemusí být automaticky předzvěstí rozhodného práva, ale že by pro určení rozhodného práva měla existovat pravidla založená na osobních a teritoriálních aspektech posuzované právní otázky. Balduinus zformuloval úvahu, že zatímco procesní pravidla lze používat pouze lokální, tedy fóra, u hmotných pravidel tomu tak již být vždy nemusí (nicméně nekonkretizuje takové situace).¹⁰⁹

¹⁰⁵ LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1972*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1973, vol. 135, s. 108.

¹⁰⁶ *Ibid*, s. 109.

¹⁰⁷ KALENSKÝ, Pavel. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, s. 53; LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1972*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1973, vol. 135, s. 111; KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 84-85.

¹⁰⁸ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 111.

¹⁰⁹ LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1972*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1973, vol. 135, s. 112.

Německá část Franské říše a oblast Holandska vnímala spojení osob, věci či protiprávního jednání s určitým právním systémem zprostředkovaně přes příslušnost k řešení dané otázky, a to za využití kritérií jako je místo narození, místo uzavření smlouvy, bydliště či polohy věci. I přesto, že v danou dobu se ještě jednalo o souběžné vnímání příslušnosti a rozhodného práva, využívání určité škály kritérií mělo zásadní vliv na formování současného pojetí mezinárodního práva soukromého.¹¹⁰

Italští postglosátoři se také klonili k obsahově neutrálnímu řešení. Hledali pro skupiny právních norem jejich uplatnění. Rozdělili právní normy do tří základních skupin – normy (statuty) týkající se osob, věci a jednání – a pro tyto normy hledali jejich uplatnění (statutární teorie). Normy týkající se osob podle těchto úvah dopadaly na všechny osoby příslušející k určitému státu (žijící v něm), i když se dočasně nachází jinde. Normy týkající se nemovitostí dopadaly na všechny nemovitosti nacházející se na daném území, zatímco normy týkající se věci movitých ve státě vlastníka se vztahovaly na tyto věci i tehdy, kdy se momentálně nacházely v jiném státě.¹¹¹ A konečně normy upravující právní jednání regulovaly taková právní jednání, smlouvy nevylímaje, která byla dovršena z hlediska jejich platnosti v dosahu těchto norem. Naopak důsledky právního jednání po jeho vzniku spadala do dosahu norem místa plnění.¹¹²

Jiný dopad měla statutární teorie ve Francii, kdy ji výrazně ovlivnily důvody politické, neboť byla zpochybňována role císaře Svaté říše římské a předpoklad, že všichni jsou jeho poddanými bez výjimky. Francouzský král byl považován za panovníka ve Francii a jeho normy na území Francie a pouze a jenom tam nahrazovaly jak normy císařské, tak *ius commune*. Tato úprava se následně vztahovala na osoby na daném území a veškerý majetek na daném území, zatímco ji nebylo možné vztáhnout na cizince či majetek nacházející se v cizině.¹¹³

Další vývoj v 16. století, a to zejména ve Francii, se stále nesl v duchu statutární teorie, i když postupně upravované, aby odpovídala zesilujícímu postavení totalitní monarchie, neboť statutární teorie byla vytvořena v prostředí a pro prostředí menších městských států. Zmiňován je zejména d'Argenté a jeho teorie statutů věcných, které byly upřednostňovány, osobních,

¹¹⁰ LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1972*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1973, vol. 135, s. 111.

¹¹¹ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 85-86.

¹¹² KALENSKÝ, Pavel. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, s. 53-63.

¹¹³ LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1972*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1973, vol. 135 s. 114, 115.

kteře byly považovány za výjimku, a smíšených, které ovšem neměly praktický význam, protože jakmile se objevil věcný prvek, převládá nad osobním.¹¹⁴ Zároveň se v toto období znovu objevil pro současnost nejvýznamnější kolizní prvek, kterým je zohledňování autonomie vůle stran při určování rozhodného práva v podobě volby práva.¹¹⁵ Tento zásadní průlom je přisuzován Dumoulinovi. Zajímavý je i jeho návrh dalšího postupu v případě, kdy strany vůli neprojeví, podle něhož mělo být rozhodné právo určeno podle okolností, za nichž byla uzavřena smlouva (bydliště stran, místo uzavření smlouvy apod.).¹¹⁶ Vůle stran samozřejmě představuje subjektivní prvek při určování rozhodného práva – je to koneckonců právní skutečnost závislá na stranách smlouvy, je konstituována konsensem stran a jako taková je ovlivněna zájmy stran. Nicméně další postup je již opět objektivizován a v přístupu k výsledku, tedy rozhodnému právu je neutrální. Ovšem i volbu práva lze určitou perspektivou vnímat jako flexibilní prvek, neboť umožňuje odchýlit se od jinak předpokládaného výsledku. Navíc hledání rozhodného práva prostřednictvím zohledňování okolností, za nichž byla smlouva uzavřena, odpovídá zřetelně i dnešním představám.

Statutární teorie v pojetí d' Argentého ovlivnila přístup k mezinárodnímu právu soukromému i v Nizozemí. Ten již narozdíl od předcházejících přístupů za neutrální označit nelze. Způsob určování rozhodného práva byl posunut směrem ke zdůraznění vlivu věcného statutu. Personální statut, a tedy projev extraterritoriality práva již nebyl považován za něco hodného obecného přijetí. Nebyla vnímána povinnost použít cizí právo. Nizozemští autoři 18. století jako Huber nebo Voetovi samotnou možnost použít cizí právo nevnímali jako něco automatického, co by vyplývalo z personálního statutu. Aplikaci cizího práva sice ve svých představách nevyklučovali,¹¹⁷ podmiňovali ji ale zdvořilostí – *comitas* – a navíc, a to je pro toto pojednání zajímavé, za předpokladu, že tím není poškozen zájem vlastních poddaných.¹¹⁸ Jejich učení zdůrazňuje koncept suverenity a tím pádem také zásadu teritoriality při aplikaci práva, tedy upřednostnění aplikace *lex fori*. Mohlo by se tak zdát, že se jedná o přístup, který nespadá

¹¹⁴ KEGEL, Gerhard. *Fundamental Approaches*. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 4; ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 43.

¹¹⁵ Je nepopíratelnou skutečností, že prosazení volby práva jako jednoho z nosných principů pro určení rozhodného práva u smluvních závazkových vztahů umožnilo společenské klima v podobě rostoucího vlivu neurozené buržoazní vrstvy obyvatelstva – viz KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 86.

¹¹⁶ KALENSKÝ, Pavel. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, s. 66-67.

¹¹⁷ Zohlednění mezinárodní zdvořilosti v procesu aplikace práva představuje úvahy zejména Paula Voeta a Johana Voeta. Huber spojoval mezinárodní zdvořilost primárně s aplikací práv nabytých v cizině – viz Kegel, *Fundamental Approaches*, s. 4. V tomto přístupu je patrný zcela jasný základ anglosaské teorie nabytých práv (*vested rights*) – viz KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 88.

¹¹⁸ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 44.

do našeho zkoumání neutrality, neboť se nejedná o koncept, který by narušil neutrální přístup za situace, kdy je již kladně zodpovězena otázka, zda má či nemá být aplikováno cizí právo. Že se jedná o koncept, který podmiňuje samotné použití cizího práva zohledněním určitých zájmů – státních, společenských, čímž je neutralita přístupu narušena již v tomto momentě. Je fakt, že tento přístup stojí na zohledňování zájmů a z tohoto pohledu není neutrální. To ovšem neznamená, že takový přístup při určení rozhodného práva stojí mimo náš zájem. Chceme-li neutralitu posuzovat v celém procesu aplikace práva, je nezbytné vnímat, že tento proces je složen z více kroků, přičemž jedním z úvodních je zodpovězení otázky, zda existuje povinnost aplikovat cizí právo při řešení právní otázky s mezinárodním prvkem. A nizozemští autoři se ke konceptu mezinárodní zdvořilosti propracovali v situaci, kdy posuzovali vztah s mezinárodním prvkem, tedy s určitým spojením k území alespoň dvou států. Na tyto situace aplikují koncept mezinárodní zdvořilosti, tedy připouští možnost aplikace cizího práva, ovšem za výše uvedených podmínek. Proto i tento koncept spadá do rozsahu našeho zkoumání. Koncept mezinárodní zdvořilosti našel svoje uplatnění v úvahách amerických autorů i v praxi amerických soudů konce 18. století,¹¹⁹ a to i s prvky statutární teorie. Na americký kontinent se dostal přes skotské a anglické prostředí, ovšem zpětně po svém formování ovlivňoval anglickou doktrínu i soudní praxi. Americký autor John Story vycházel ze statutární teorie a zároveň ze studia judikatury amerických soudů řešících konflikty mezi jednotlivými federálními státy. Důsledkem tohoto přístupu je silná role a vliv justice na řešení soukromoprávních otázek s mezinárodním prvkem, což se odrazilo v silném trendu prosazování *lex fori* i vůči zahraničním subjektům.¹²⁰

Na evropském kontinentě se koncept mezinárodní zdvořilosti neujal a nebyl dalšími autory následován. Teorii, která byla nepřátelská vůči aplikaci cizího práva představil Wächter. Jestliže *lex fori* soudu neobsahuje důvod pro aplikaci cizího práva, byl podle něj soudce povinen řídit se pouze právem vlastním, tedy fóra.¹²¹ Stejně tak navrhoval postupovat v případech pochybností.¹²² Jeho teorie také nedostála většího uplatnění.

Osobnost Fridricha Carla von Savignyho představuje stěžejní roli pro vývoj mezinárodního práva soukromého až do současnosti.¹²³ Savigny odmítl jak koncept zdvořilosti (stejně jako

¹¹⁹ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 5.

¹²⁰ KALENSKÝ, Pavel. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, s. 91-94.

¹²¹ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 52.

¹²² KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 5.

¹²³ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 54.

Wächter), tak obrátil naruby do té doby uplatňovaný přístup statutární teorie,¹²⁴ kterou označoval za sice nikoliv zcela špatnou, ale nekompletní, a proto nedostatečnou. Odmítal přednost práva fóra vůči cizím právním řádům,¹²⁵ protože to neumožňuje rovný přístup k vlastním občanům a zároveň cizincům. Jak již bylo uvedeno, právní řády považoval za vzájemně si rovné – jeho koncepce byla postavena na formální rovnosti a tudíž i zaměnitelnosti právních systémů.¹²⁶ Vycházel z myšlenky, že každé právo, a také každý právní vztah je lokalizován v prostoru – označoval to jako sídlo právního poměru. Jeho alokační technika se proto stavěla neutrálně k obsahu právních řádů.¹²⁷ Na rozdíl od statutární teorie, která hledala pro jednotlivé právní normy jejich uplatnění na právní vztahy (otázky), tedy vymezovala rozsah použití konkrétního statutu, Savigny naopak hledal pro právní poměr (vztah, otázku), který je posuzován, právní normu. A tuto normu hledal prostřednictvím lokalizování právního poměru do určitého místa, tedy sídla právního poměru. V tom je zřetelně patrný výše zdůrazňovaný geografický základ Savignyho uvažování. Při lokalizování právního poměru, konkrétně například smluvního vztahu, se zaměřoval na osobu dlužníka, místo plnění, neopomíjel ani volbu práva.¹²⁸ Opět tedy volil pro určování rozhodného práva neutrální kritéria (s výjimkou volby práva). Nelze ovšem opomíjet ani Savignyho úvahy o dalších vlivech, které se projevují prostřednictvím obecných institutů mezinárodního práva soukromého, jako jsou imperativní normy nebo výhrada veřejného pořádku. Tyto prvky ovšem budou zmíněny v dalších částech práce.

Další směr – internacionalistická škola reprezentovaná mimo jiné Pasqualem Mancinim, vycházela ze specifického postavení mezinárodního práva soukromého, o němž tvrdila, že je odvozeno od mezinárodního práva veřejného. Tyto úvahy nechceme dále rozebírat, protože pro téma této práce nemají zásadní význam. Relevantní jsou Manciniho úvahy o stěžejním postavení principu národnosti ve smyslu státní příslušnosti¹²⁹ a povinnosti států respektovat u každé osoby právo její státní příslušnosti.¹³⁰ Podle Manciniho jsou zákony vytvářeny pro

¹²⁴ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 88.

¹²⁵ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 6-7.

¹²⁶ SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 23.

¹²⁷ Ibid, s. 23.

¹²⁸ KALENSKÝ, Pavel. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, s. 82-83.

¹²⁹ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 89.

¹³⁰ CAVERS, F. David. „Habitual Residence“: A Useful Concept?. *The American Law University Review*. 1972, vol. 21, s. 475; DE WINTER, I. Louis. Nationality or Domicile? The Present State of Affairs. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1969*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, 1970,

určitou společnost, nikoliv pro teritorium. Společnost tvoří jazykové, sociální, kulturní, rasové a náboženské spojení bez ohledu na skutečnost, kde se příslušníci této společnosti aktuálně nachází.¹³¹ Proto právo státní příslušnosti člověka provází i na území jiných států, včetně věcných práv k movitostem nebo dědění nemovitostí.¹³² Je skutečností, že se tyto úvahy formulovaly v realitě emigračních italských vln zejména do Spojených států a jeho učení je proto považováno za politicky motivované a zároveň i romantické.¹³³ Nelze mu však upřít to, že princip národnosti ovládl v danou dobu kontinentální Evropu - Francii, Itálii, Řecko, Španělsko, Portugalsko, Belgie, Nizozemí, Finsko, ale i mimoevropské země, např. v Japonsko či Mexiko.¹³⁴ V Manciniho silného prosazování principu státní příslušnosti je zřejmý akcent na určitý skupinový zájem. Nicméně i přesto je stále patrný neutrální charakter aplikačního procesu, neboť rozhodné právo není zkoumáno v hmotné rovině a princip státní příslušnosti je aplikován bez ohledu na výsledek.

Zitelmann v kolizní rovině také tendoval k neutrálnímu řešení, kdy práva týkající se osob, a to včetně obligačních vztahů, podřizoval právu státní příslušnosti dotyčné osoby; právní panství nad věcí podřizoval *lex rei sitae* a ostatní práva (jako příklad bývá uváděno právo duševního vlastnictví ve smyslu ochrany ideálních zájmů) podřizoval právu místa projevu relevantních účinků.¹³⁵

Kolizně neutrální přístup k hledání rozhodného práva zastával také Kegel. Ten smysl mezinárodního práva soukromého viděl primárně v teritoriálně správném řešení, zatímco materiálně správné řešení má být cílem hmotného práva. Uvádí, že to, co se může jevit jako nejlepší právo z hlediska svého obsahu, se může rapidně lišit od toho práva, které se jeví jako nejlepší z hlediska teritoriálního spojení.¹³⁶ Kegel pokračuje tím, že spravedlnost spočívá ve vážení zájmů - a spravedlnost v mezinárodním právu soukromém spočívá v balancování při

vol. 128, s. 376.; KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 89.

¹³¹ REED, Gretchen Sohn. Domicile and Nationality in Comparative Conflict of Laws. *University of Pittsburgh Law Review*. 1961, vol. 23, no. 4, s. 983.

¹³² KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 8.

¹³³ DE WINTER, I. Louis. Nationality or Domicile? The Present State of Affairs. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1969*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, 1970, vol. 128, s. 372, 400-401.

¹³⁴ REED, Gretchen Sohn. Domicile and Nationality in Comparative Conflict of Laws. *University of Pittsburgh Law Review*. 1961, vol. 23, no. 4, s. 983.

¹³⁵ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 59-60.

¹³⁶ SYMEONIDES, C. Symeon. Result-Selectivism in Private International Law. *Roman Private International Law & Comparative Private Law Review*. 2008, s. 2. Viz také KEGEL, Gerhard, The Crisis of Conflict of Laws, In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 1964. Leyden: Sijthoff, 1964, vol. 112, s. 184-85.

rozhodování o aplikaci jednoho či druhého právního systému.¹³⁷ Při běžných situacích to je dle něj kolizní spravedlnost, která v systému mezinárodního práva soukromého převažuje nad hmotněprávní spravedlností. Hmotněprávní spravedlnost ovšem neopomíjí zcela – má být brána v potaz v situacích velmi silných zájmů (aniž by primárně specifikoval, zda se jedná o zájmy individuální, skupinové, státní). Tehdy může naopak hmotněprávní spravedlnost převážet nad kolizní. Nejedná se však o obecné pravidlo, ale o výjimku z něj.

Také československé, resp. v současnosti české právo reprezentuje systém, který vychází z hledání neutrálního kolizního řešení, resp. kolizní spravedlnosti. Meziválečná věda mezinárodního práva soukromého reprezentovaná autorem gruzínského původu Zimmermanem vycházela ze vzájemného respektování jednotlivých právních řádů, v čemž je zřetelná stopa Savignyho učení. Tento respekt dal vzniknout kolizním normám, které ohraničují sféru platnosti jednotlivých právních řádů v rovině soukromého práva, což zamezuje možným konfliktům.¹³⁸ Nastavení kolizní úpravy např. u smluvních závazků reflektuje hledání kolizní spravedlnosti, tedy napojení na hmotněprávně neutrální právní řád, primárně *lex loci contractus*,¹³⁹ a to bez ohledu na případné místo plnění, byť připouští v určitých situacích odchylky, mezi něž řadí i volbu práva.¹⁴⁰ Odchylky respektuje vzhledem k možným složitostem při zjišťování místa uzavření smlouvy či k jeho možné nahodilosti - v takovém případě připouští možnost aplikace práva místa plnění. Zimmermann v tomto již v tuto dobu spatřuje flexibilitu nejenom českého, ale i rakouského práva, v němž české bralo inspiraci.¹⁴¹ I přesto, že Zimmermann přidává další varianty hraničních určovatců, je patrné, že jeho pojetí je spíše neutrální. Přidané varianty reflektují jednotlivé aspekty skutkového stavu, nikoliv pozici některé ze stran smluvního vztahu. Stále se tedy koncentruje na dosažené kolizní spravedlnosti, kdy řešení nemá být nahodilé, ale má reflektovat skutkovou variabilitu reálných situací.

Ke kolizní spravedlnosti, a tedy obecnému řešení poskytujícího dostatečnou míru právní jistoty a předvídatelnosti, se otevřeně hlásí také stávající úprava v ZMPS. Důvodová zpráva k ZMPS uvádí dosažení kolizní spravedlnosti ve smyslu vyváženého výběru mezi potenciálně použitelnými právními řády na prvním místě ve výčtu posláním rekonstruované právní úpravy.¹⁴²

¹³⁷ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s 15.

¹³⁸ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 6-7, přičemž se v odvolává na díla dalších autorů, jako je Krčmář, Frankenstein a Hubertus.

¹³⁹ Je-li smlouva uzavírána na československém území československým státním občanem a cizincem.

¹⁴⁰ Je-li smlouva uzavírána mezi cizinci na československém území nebo v zahraničí mezi československým občanem a cizincem.

¹⁴¹ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 232-237.

¹⁴² Důvodová zpráva k ZMPS, s. 43

Na ZMPS je však patrné, že vznikl již v době, kdy diskuze o vztahu právní jistoty a předvídatelnosti na straně jedné a flexibility na straně druhé, byly nedílnou součástí odborných debat. Ono neutrální kolizní řešení představuje pouze základní východisko. Ani důvodová zpráva neopomíjí další možné vlivy na výsledné kolizní řešení, což je předmětem rozboru v dalších částech této práce. Jak uvádí Rozehnalová, v rekodifikované české úpravě lze zaznamenat v jisté míře pnutí mezi neutrálním přístupem k právním řádům a zohledněním určitých materiálních hodnot a zájmů.¹⁴³

Pro doplnění zmiňme ještě anglo-saské realie. Američtí autoři, jak již bylo nastíněno výše, se vůči evropskému přístupu vymezovali negativně. K tomu však dochází až od 30. let minulého století. Starší autoři se výrazněji koncentrovali na zodpovězení otázky, jaké důvody mohou vést k aplikaci cizího práva. Story využil teorii zdvořilosti, Dicey zformuloval teorii nabytých práv (vested right theory), Cook pracoval s teorií lokálního práva, kdy připustil možnost aplikace cizího práva, ovšem nikoliv přímou aplikaci, ale takovým způsobem, kdy lokální právo adoptuje instituty cizího práva ve vhodných případech. Teprve postupně se od těchto obecných, základních otázek zájem autorů přesouval k praktičtějším otázkám, mimo jiné k mechanismům, které umožní dosáhnout správného materiálního výsledku.¹⁴⁴ Máme na mysli práce Currieho, Ehrenzweiga, Caverse, Leflara a dalších amerických autorů. Jejich přístupy se vymezují vůči kontinentálnímu, neutrálnímu přístupu – například Lagarde ve své práci věnované veřejnému pořádku, hovoří o americké Leflarově doktríně "*better law approach*" jako o přístupu, který se staví negativně k neutrálnímu Savignyho řešení.¹⁴⁵ Jsou proto analyzovány v samostatné části této práce.

3.5 Neutralita obecná a neutralita individualizovaná

Linka neutrality, kterou je možné dohledat během dlouhé historie od okamžiku, kdy lidstvo začalo pocíťovat potřebu vybrat pravidlo pro právní vztahy navazované jedinci podřizujícími svoje chování různým pravidlům, může působit kompaktně, plynule. Tato představa je ovšem mylná. V počátečních stádiích, byť jsme dané přístupy označili jako neutrální, tato neutralita nebyla promyšlena, nebyla určována prostřednictvím zvažování jednotlivých aspektů skutkového stavu. Dalo by se říci, že jednoduše vyplynula ze situace. Pokud existovalo

¹⁴³ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 27.

¹⁴⁴ Shrnutí poskytuje WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 445-446.

¹⁴⁵ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 3.

společenské klima, včetně zájmů politických, které bylo nakloněno tomu, že jediným možným (byť v ten moment také v zásadě neutrálním) řešením není použití práva fóra, bylo nutné zároveň identifikovat pravidlo, které má být pro určitou právní otázku použito. Byla aplikována pravidla určená dle jazyka smlouvy, nebo pravidla dle příslušnosti k určité skupině (kmeni). Komplexnější a pokročilejší úvahy se objevují v okamžiku, kdy je u právních norem zkoumáno, na jaké mají být použity právní otázky. I tyto situace jsme zhodnotili jako neutrální, neboť nezohledňují výsledné řešení posuzované situace.

Ovšem kolizní neutralita v dnešním pojetí vykazuje zcela odlišný charakter. Nechceme jakkoliv nabourávat postulát o nezohledňování hmotného práva, o neutralitě ve smyslu teritoriálním. Výše jsme již uvedli, že s osobou Savignyho je spojováno formování současného moderního kolizního uvažování. S jeho jménem je typicky spojováno kritérium neutrality. Je to Savignyho učení, které se odráží v evropském přístupu ke koliznímu právu a vůči kterému se vymezují případní zastánci přístupů odlišných. Přesto, že lze Savignyho koncepci formulačně odlišit od statutární teorie velice snadno (Savignyho hledání právní normy pro právní otázku vs. statutární hledání právních otázek spadajících do působnosti právní normy), důsledky jsou, a to i pro pojetí neutrality, zásadní.

Statutární teorie setrvala při určování rozhodného práva v obecné rovině. Pro právní normu jako obecné pravidlo chování hledala působnost, tj. snažila se pro právní normu určit otázky, které mají být danou normou regulovány. Hledání se ovšem neodvijelo od analýzy jednotlivých aspektů právního vztahu, nýbrž přistupovalo k právním otázkám (institutům) jako obecným, široce vymezeným kategoriím. Samotné vyjádření, že Savigny tento přístup otočil a naopak pro právní otázky začal hledat vhodnou, adekvátní, správnou normu, nevyjadřuje dostatečně význam obratu, který se v Savignyho učení objevuje. Pokud by pro obecně nastavené kategorie právních institutů hledal příslušné právní normy, byla by to sice změna koncepce, ovšem stále realizovaná v obecné, neindividualizované rovině.

Savigny ovšem přistupoval ke každé jednotlivé právní otázce v celé její komplexnosti. Dle jednotlivých jejích aspektů se jí snaží lokalizovat – přiřadit ji k určitému teritoriu – a následně ji podřídí právu, které je na daném teritoriu uplatňováno. Lokalizace právní otázky proto představuje promyšlený postup založený na hodnocení jednotlivých aspektů dané právní otázky a prostřednictvím tohoto hodnocení na identifikaci teritoria a tedy i práva, s nímž je právní otázka nejužěji spojena, k němuž existuje nejvýznamnější vztah, respektive jehož použití

odpovídá rozumnému uspořádání vztahů, což lze považovat za obsahově shodná označení.¹⁴⁶ Oproti starším a Savignyho metodou překonaným přístupům opouští zobecňující přístup a naopak individualizuje skutkové stavy, aby u nich mohl identifikovat ty aspekty, které rozhodnou o propojení komplexní otázky a určitého teritoria. Zároveň je ale nutné zdůraznit, že hodnocení je vedeno stále na hodnotově neutrálním základu, v horizontální rovině ve smyslu teritoriálně vedené volby. Nedochází k propojení skutkového stavu a výsledného právního řešení. Zároveň vychází ze skutkového stavu směrem k výsledné právní normě, nehodnotí důvody vzniku dané normy ani státní zájmy, které stojí za vznikem a uplatňováním dané právní normy. Individualizací skutkového stavu máme proto na mysli pouze individualizaci za účelem zkoumání jednotlivých aspektů skutkového stavu pro účely teritoriálního propojení. Nikoliv individualizaci jdoucí až do hmotněprávní roviny, což je aspekt, který je typicky s individualizací spojován v současnosti.

Nelze opomíjet fakt, že v nejčastěji se vyskytujících, typizovaných situacích již existuje dlouhodobě ustálená představa o tom, který z aspektů těchto typizovaných situací je natolik určující, že může sloužit jako hraniční určovatel a v těchto typizovaných situacích naplňuje požadované kritérium nejužšího spojení. Bydliště prodávajícího, bydliště poskytovatele služby, *lex rei sitae* nemovitosti apod. Tato kritéria jsou běžně využívána v úpravách mezinárodního práva soukromého, ať již v pevné podobě¹⁴⁷ či jako domněnky k naplnění obecněji formulovaného pravidla, byť i ona domněnka může být formulována jak exaktně,¹⁴⁸ tak může využít obecné pojmy.¹⁴⁹ Důvod pro využití takovéto myšlenkové zkratky je ryze praktický, zároveň je ale logickým důsledkem normativního uchopení, které s sebou nezbytně nutně nese jistou míru zobecnění. Naplňování kritéria nejužšího spojení (rozumného uspořádání vztahů) a jeho odůvodňování v každé jednotlivé situaci by jednak prodlužovalo samotné řešení sporů, jednak by mohlo vést k jisté nestabilitě spočívající v odlišném vnímání jednotlivých kritérií. I když by to samozřejmě mohlo vést ke kolizně nejspravedlivějšímu řešení.¹⁵⁰ Tím se ovšem dostáváme zpět k debatě o vyvažování mezi právní jistotou a předvídatelností na straně jedné

¹⁴⁶ KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 104.

¹⁴⁷ Typickým příkladem je úprava v článku 4 odst. 1 Nařízení Řím I.

¹⁴⁸ Viz § 10 odst. 2 původní ZMPS, který obsahoval taxativní výčet smluvních typů a k nim přiřazoval konkrétní hraniční určovatele. Výčet byl uveden slovem zpravidla, aby bylo zřejmé, že domněnka je vyvratitelná a od tam použitých hraničních určovatelů je možné se v odůvodněných případech odchýlit. Blíže viz např. KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 105 a násl.

¹⁴⁹ Článek 4 odst. 2 Římské úmluvy, který využívá obecnou formulaci bydliště strany poskytující plnění pro smlouvu charakteristické.

¹⁵⁰ Blíže viz např. hodnocení Kučery. KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 104-105.

a flexibilitou a individuální spravedlností na straně druhé. Lze však s jistou mírou nadsázky uzavřít, že Savignyho koncepce, jakkoliv dnes vnímaná jako krok do tmy či obviňovaná ze slepoty,¹⁵¹ ve své době patrně představovala zřetelný posun od obecnosti k individualizmu.

3.6 Další hodnoty spojované s kolizními normami

Je-li flexibilita právního řešení fenoménem, kvůli jehož nedostatku je tradiční, klasické kolizní řešení kritizováno, co flexibilita přináší? V čem mají být moderní, a tedy i flexibilní kolizní normy vhodnější či výhodnější než kolizní normy tradiční, klasické? Odpověď částečně poskytl předcházející text. Moderní kolizní normy, které budou sice poskytovat dostatečně předvídatelné řešení, ale zároveň s dostatečnou mírou flexibility, mají zajistit materiální spravedlnost a individuální spravedlnost. Co se skrývá za pojmy materiální,¹⁵² respektive individuální spravedlnost? Již z výše uvedeného textu vyplynulo, že různí autoři používají jeden či druhý pojem, Symeonides dokonce používá ve svých různých pracích oba dva.

Všichni tak ale činí při poukazování na rozdíly právě vůči tradiční, neutrální kolizní normě, respektive koliznímu řešení. Lze proto identifikovat společného jmenovatele těchto názorů, a to ať již je proti sobě stavěna kolizní (Forsyth dokonce používá označení jednoduchá¹⁵³) a materiální spravedlnost, tak spravedlnost obecná a individuální. Tímto společným jmenovatelem je nezohledňování hmotněprávního výsledku, zájmů, které stojí za rozhodným hmotným právem, zájmů konkrétních subjektů, zejména pokud se nacházejí v nerovném postavení vůči druhému subjektu účastnícímu se řešené právní otázky na straně jedné. A naopak vnímání a zohledňování těchto aspektů na straně druhé. Myšlenky akcentující moderní pojetí mezinárodního práva soukromého navazují na Aristotelovu myšlenku, že jakékoliv předdefinované pravidlo, ať bylo formulováno se sebevětší pečlivostí, opatrností a moudrostí, může, právě kvůli své obecnosti, vést k výsledkům, které jsou v rozporu s cíli, k nimž mělo toto

¹⁵¹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 166.

¹⁵² Pauknerová materiální spravedlnost definuje jako to, co je rozumné a spravedlivé z hlediska hmotného práva. Sleduje dosažení určitého žádoucího řešení nebo zabránění řešení nežádoucímu. Viz PAUKNEROVÁ, Monika. Všeobecný úvod – teoretická východiska In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. LXVIII.

¹⁵³ FORSYTH, Christopher. The Eclipse of Private International Law Principle? The Judicial Process, Interpretation and the Dominance of Legislation in the Modern Era. *Journal of Private International Law*. 2005, vol. 1, no. 1, s. 100.

pravidlo vést.¹⁵⁴ Hay to považuje za „přirozený důsledek rozdílu mezi právo tvorbou a aplikací práva“.¹⁵⁵

Úvahy o flexibilitě vedoucí k zajištění individuální spravedlnosti a zohledňování dopadů rozhodného práva lze zcela odmítnout – výše jsme poukázali na některé názory, které s flexibilitou nepracují. Je ovšem na místě uvést, že tyto názory jsou již staršího data. A dále je na místě uvést, že zejména legislativní a právně-aplikační sféra požadavek flexibility vnímá a pracuje s ním. Není třeba navíc zdůrazňovat, že zejména v tak specifické a úzkoprofilové oblasti, kterou mezinárodní právo soukromé je, bývají legislativní počiny výrazným způsobem ovlivňovány doktrinárními přístupy k dané disciplíně v tom kterém státě. Vlivy americké revoluce v oblasti mezinárodního práva soukromého nezůstaly v Evropě bez odezvy a legislativní počiny posledních dekád, ať již na úrovni národní, či úrovni unijní jsou toho důkazem.¹⁵⁶ Podle Vitta zjemňuje Evropa svůj tvrdý, slepě neutrální rigidní přístup směrem k flexibilitě (bude rozvedeno dále), přehodnocuje některé tradiční hraniční určovatele (jako příklad uvádí již zmíněný posun u mimosmluvních závazků od *lex loci delicti commissi* k *lex loci damni infecti*¹⁵⁷) a klade větší důraz na sociální hodnoty, jako je ochrana slabší strany závazkového vztahu.¹⁵⁸ Legislativní posuny na národní i unijní úrovni to jen potvrzují. O zakomponování flexibilních prvků do švýcarské kodifikace hovoří McCaffrey.¹⁵⁹ Fiorini u belgické úpravy hovoří o jejích hlavních cílech, kterými je transparentnost ve smyslu právní jistoty a předvídatelnosti, jasnost a zároveň dostatečná flexibilita.¹⁶⁰ Podobně na tom jsou úpravy nizozemská, německá a v neposlední řadě také česká.¹⁶¹ Prvky flexibility jsou patrné také v unijních předpisech, jako je nařízení Řím I či Řím II. Na tomto konstatování nic nemění fakt, že výslovně je požadavek individuální spravedlnosti zmíněn v bodu 14 Preambule v nařízení Řím II, v jehož souvislosti de Boer hovoří o dosažení individuální spravedlnosti jako o obecném cíli, který stojí v pozadí všech pravidel v nařízení Řím II.¹⁶² Ostatně nepopíratelné

¹⁵⁴ Etika Nikomachova

¹⁵⁵ HAY, Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1991*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, vol. 226, s. 291-305.

¹⁵⁶ PFEIFFER, Magdalena. Selected Issues of the Re-codified Czech Private International Law - A Comparative Czech-Korean Perspective. *Prague Law Working Paper Series*. 2015, vol. I, no. 5, s. 8.

¹⁵⁷ Evidentní například u obecného pravidla v nařízení Řím II.

¹⁵⁸ PFEIFFER, Magdalena. Selected Issues of the Re-codified Czech Private International Law - A Comparative Czech-Korean Perspective. *Prague Law Working Paper Series*. 2015, vol. I, no. 5, s. 15.

¹⁵⁹ McCAFFREY, Stephen. The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1980, vol. 28, no. 2, s. 248, 252.

¹⁶⁰ FIORINI, Aude, The Codification of Private International Law: The Belgian Experience. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, no. 2, s. 508

¹⁶¹ Bude rozebráno dále.

¹⁶² DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 311.

dopady měl požadavek flexibility a individuální spravedlnosti již v Římské úmluvě,¹⁶³ která si některé prvky vypůjčila zprostředkovaně přes inspiraci v již zmíněné švýcarské kodifikaci.¹⁶⁴

Bez ohledu na Wolffovu posměšnou poznámku o flexibilitě kolizních norem je evidentní, že flexibilita představuje soudobý fenomén ovlivňující přístup doktríny a legislativy ke kolizním normám. Předcházející text se snažil poukázat na postupný (alespoň v Evropě) posun v názorech, jaké hodnoty mají vykazovat kolizní normy. Flexibilita se postupně stala vedle právní jistoty a předvídatelnosti jednou ze stěžejních, neboť je považována za jedinou variantu dosažení individuální spravedlnosti.¹⁶⁵ Otázkou, která se díky tomu nově objevuje, je míra flexibility, aby byla ještě únosná a nedocházelo v jejím důsledku k narušení právní jistoty a předvídatelnosti. Znovu na tomto místě připomeneme Symeonidisovu větu o nulové pochybnosti o potřebě právní jistoty, ovšem nejistotě o míře flexibility. Shodně s ním i Lipstein uvádí, že snaha o dosažení individuální spravedlnosti může mít negativní dopad na jednotnost řešení u případů, které nastanou v budoucnosti a tím i na právní jistotu a předvídatelnost. V souvislosti s rekodifikačními změnami či nově vznikající unifikovanou unijní úpravou se proto často hovoří o hledání rovnováhy mezi těmito hodnotami, neboť ani jedna poloha zaujímaná do krajnosti není účelná.¹⁶⁶ Trefně shrnuje Wolff, když odkazuje na odborné texty hovořící o dosažení citlivé rovnováhy mezi jistotou a flexibilitou, vysoké míře jistoty a předvídatelnosti při udržení vhodné míry flexibility s omezenými únikovými možnostmi, vhodné rovnováže mezi právní jistotou a předvídatelností, kontrolovaných dávkách flexibility, protiváze mezi požadavky na právní jistotu a předvídatelnost a požadavky na flexibilitu a spravedlnost, případně obtížné kombinaci flexibility a rigidity.¹⁶⁷

Neomezená flexibilita, tj. stav bez pevných pravidel, kdy se místo použití kolizních norem využívají přístupy postavené na hodnocení různých faktorů, vede ke stavu, který trefně Symeonides označuje jako pohádku tisíce a jednoho případu. Z praktického hlediska se jedná

¹⁶³ SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 197.

¹⁶⁴ NADELMANN, H. Kurt. Choice of Law Resolved by Rules or Presumption with an Escape Clause. *The American Journal of Comparative Law*. 1985, vol. 33, no. 2, s. 300.

¹⁶⁵ PFEIFFER, Magdalena. Legal Certainty and Predictability in International Succession Law. *Journal of Private International Law*. 2016, vol. 12, no. 3, s. 568.

¹⁶⁶ HAY, Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1991*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, vol. 226, s. 305; DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 314-316; PFEIFFER, Magdalena. Legal Certainty and Predictability in International Succession Law. *Journal of Private International Law*. 2016, vol. 12, no. 3, s. 568.

¹⁶⁷ WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 437, 438.

o stav enormních nákladů na soudní spory, které mají otevřené, nejisté konce.¹⁶⁸ Jaká je tedy únosná míra flexibility a jak ji v kolizním způsobu určování rozhodného práva zabezpečit?

3.7 Podoba a míra flexibility

Přehlednou analýzu pohledů na flexibilitu v kolizním uvažování nabízí Wolff.¹⁶⁹ Rozlišuje tři základní polohy, v nichž se může flexibilita objevit. První označuje jako „vnitřní flexibilitu“, což je způsob, kdy soudce má právo volně určit rozhodné právo. Jedná se o *ad hoc* řešení, které je z hlediska dosažení flexibility maximalistické. Zároveň jej však ihned odmítá a z pohled kolizního řešení považuje tento přístup za oxymoron – nedává totiž podle něj obecné řešení ve smyslu normativního výsledku. Má-li právo být fenoménem určujícím lidské chování, musí zabezpečit dosažení jistých a předvídatelných výsledků. A to podle něj platí pro jakékoliv pojetí právních norem, ať se jedná o jeho pohledem užší pojetí právní normy (dopředu daného, obecného, stabilního, jistého pravidla chování aplikovatelného vůči všem), tak širšího pojetí (kdy právní norma navíc zohledňuje základní práva a svobody, demokratické principy i kritéria spravedlnosti). Vzhledem k tomu, že vnitřní flexibilita v kolizním rozhodování shodný výstup pro obdobní situace (což je předpoklad právní normy) není schopna zajistit, nemá v právním státě co pohledávat. Druhou polohu představuje aplikační flexibilita, tedy způsob, jakým je právo aplikováno. Flexibilní v tomto případě není právo samotné, ale způsob aplikace. Soudce je oprávněn právo aplikovat způsobem, který uzná za vhodný. Jako příklad uvádí článek 4 odst. 5 Římské úmluvy. Činí tak ovšem negativním pohledem, kdy hovoří o zneužívání tohoto článku soudy tak, aby mohly aplikovat právo fóra. Také flexibilní aplikaci považuje pro právní stát za nepřijatelnou. U obou těchto poloh nesouhlasí s tím, že lze nalézt vyváženou pozici mezi nimi a právní jistotou a předvídatelností. Považuje je za koncepty „všechno nebo nic“, tj. jakmile již dojde k připuštění flexibility, právní jistota a předvídatelnost padají jako takové. Možnost balancování spatřuje pouze u polohy třetí. V ní je flexibilita zakotvena ve formě právní normy, tj. norma je pojímána jako závazné pravidlo chování, které je pevně nastaveno dopředu, ale způsobem svého nastavení umožňuje zohlednit aspekty zkoumané a posuzované právní otázky – norma tedy představuje návrh, jak s diskrecí, kterou aplikační orgán dostává, pracovat. Jestliže je flexibilita takto limitována, lze podle něj dané pravidlo považovat za natolik obecné, aby vykazovalo dostatečnou míru předvídatelnosti, a tedy i právní jistoty. Jako příklad uvádí hraniční určovatel v podobě „rozumné uspořádání vztahů“, kdy je zároveň nastaveno, co lze

¹⁶⁸ SYMEONIDES, C. Symeon. Exception Clauses in American Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1994, vol. 42, no. 2, s. 819.

¹⁶⁹ WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 431-440.

považovat za toto rozumné uspořádání, a tedy i předvídat výsledek aplikačního procesu. Současně ale uvádí, že pokud by mantinely nastaveny nebyly, jednalo by se o flexibilitu při aplikaci a tedy flexibilitu nepřijatelnou.

S Wolffem lze souhlasit v tom, že evropskému koliznímu smýšlení je vlastní požadavek na existenci právních norem, což ostatně vyplývá z pojetí pramenů práva v kontinentálních právních systémech. A souhlasit lze také s jeho názorem o vázanosti právní normou při její aplikaci. Proto, bez ohledu na pojmoslovné označení, lze zaujmout kladný přístup k flexibilitě zakotvené a ohraničené v kolizní normě. V jaké formě, respektive formách se může flexibilita v kolizní normě projevit? Variant existuje poměrně široká škála. Vycházíme-li z pojetí klasické (tradiční, neutrální) kolizní normy, používá tato k navázání jeden hraniční určovatel.¹⁷⁰ Ten je navíc pevný (ve smyslu spojení s určitým aspektem skutkového stavu,¹⁷¹ nikoliv hraniční určovatel vyžadující další interpretaci a naplnění prostřednictvím zkoumání většího počtu aspektu skutkového stavu), objektivní (nevyžadující a zároveň neumožňující zapojení subjektivního názoru orgánu aplikujícího právo).

Základní uvolnění proto představuje forma, kdy ke kolizní normě s pevným, objektivním hraničním určovatelem jsou připojeny normy specializované.¹⁷² Důvodem pro přijetí specializovaných pravidel je představa o nemožnosti využití obecného pravidla na specifické skutkové podstaty právě kvůli tomu, že obecné pravidlo není schopno postihnout specifika daných speciálních skutkových stavů, a tedy nemožnosti dosažení individuální spravedlnosti. Použití speciálních pravidel proto de Boer považuje za odchylku od běžného (typizovaného, neutrálního) pravidla.

¹⁷⁰ LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1972*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1973, vol. 135, s. 196; VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American „Conflicts Revolution“. *The American Journal of Comparative Law*. 1982, vol. 30, no. 1, s. 8; SYMEONIDES, C. Symeon. Codification and Flexibility in Private International Law. In: BROWN, K. Karen; SNYDER, V. David (eds.) *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer. 2011, s. 183; srovnej také de Boer a jeho konstatování o dosažení uniformity za předpokladu využití jednoho hraničního určovatele, DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 304. Zdůraznění faktu, že použití jednoho pevného, objektivního hraničního určovatele ve srovnání s větším počtem hraničních určovatelů se neobjevuje v doktrinálních textech, neboť se opět jedná z vývojového hlediska o typický aspekt kolizních norem, které historicky větší počet hraničních určovatelů neobsahovaly. Zvyšování počtu hraničních určovatelů připojených k témuž rozsahu je typické až u mladších kolizních norem.

¹⁷¹ Hraniční určovatele ve smyslu *lex rei sitae*, *lex loci actus*, *lex loci damni infecti*

¹⁷² DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 311.

Příkladem může být nařízení Řím II, kdy na obecné pravidlo postavené na hraničním určovateli *lex loci damni infecti* navazují pravidla speciální, věcně úžeji vymezená s dopadem na odpovědnost za škodu způsobenou vadou výrobku, soukromoprávní porušení hospodářské soutěže a porušení pravidel proti nekalé soutěži, odpovědnost za škodu na životním prostředí, porušení práv duševního vlastnictví, protestní akce v kolektivním vyjednávání a tři kvazidelikty bezdůvodné obohacení, jednateleství bez příkazu a předsmluvní odpovědnost. V nařízení Řím II je existence speciálních pravidel odůvodněna tím, že obecné pravidlo nedovoluje dosáhnout přiměřenou rovnováhu mezi zájmy zúčastněných subjektů.¹⁷³ U odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku je to spravedlivé rozdělení rizik spojených s moderní technologickou společností ve spojení na jedné straně s ochranou zdraví spotřebitelů a na straně druhé se zajištěním nenarušení hospodářské soutěže.¹⁷⁴ U soutěžních pravidel je to ochrana soutěžitelů, spotřebitelů i veřejnosti a také zabezpečení řádného fungování tržního hospodářství.¹⁷⁵ Zásada „znečišťovatel platí“ má být důvodem pro diskriminaci ve prospěch poškozeného u odpovědnosti za škodu na životním prostředí.¹⁷⁶ Speciální pravidlo pro porušení práv duševního vlastnictví je poněkud úsměvně odůvodněna tradicí. Tradicí ve využití hraničního určovatele *lex loci protectionis*, a to bez ohledu na to, zda se jedná o registrovaná či neregistrovaná práva duševního vlastnictví, takže v tomto ohledu je nařízení Řím II spíše normou rigidní než progresivní. Ochrana zájmů jak zaměstnanců, tak zaměstnavatelů, a to zároveň, je důvodem pro speciální pravidlo pro protestní akce. Rozbor těchto speciálních pravidel jsme provedli v jiné naší práci.¹⁷⁷

Další stupeň představuje taková forma kolizní normy, kdy tato obsahuje větší počet pevných, objektivních hraničních určovatelů. I v takovém případě ale může být výsledek odlišný podle toho, do jakého vztahu jsou daní hraniční určovatelé propojeni. Vztah může být alternativní, kumulativní, či mohou navazovat kaskádovitě, přičemž, jak bude vysvětleno dále, zejména kumulativní spojení hraničních určovatelů vede k opaku flexibility, tedy ke zdůraznění rigidity výsledného řešení. Zároveň lze tímto způsobem zajistit nasměrování kolizního řešení určitým směrem s ohledem na požadovaný hmotněprávní cíl. Proto bude použití většího počtu hraničních určovatelů v kolizní normě věnována samostatná část této práce.

¹⁷³ Preambule nařízení Řím II, bod 19.

¹⁷⁴ Preambule nařízení Řím II, bod 20.

¹⁷⁵ Preambule nařízení Řím II, bod 21.

¹⁷⁶ Preambule nařízení Řím II, bod 25.

¹⁷⁷ VALDHANS, Jirí. Právní úprava mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 177-213.

Zvýšení flexibility rozhodování poskytne, a to v ještě vyšší míře než předcházející varianty, využití sice jednoho hraničního určovatele, nikoliv však pevného, objektivního, ale volného (pružného), subjektivního hraničního určovatele v podobě nejužšího spojení či rozumného uspořádání vztahů. Nicméně tento mechanismus je v současných úpravách běžně využíván, a to v rámci neutrálního kolizního řešení, protože sice zajistí vyšší míru flexibility, ale bez ohledu na materiální výsledek, proto stojí mimo náš zájem.

Výrazný akcent na soudní uvážení, byť stále normativně ohraničené, představuje využití únikových doložek, které navazují na standardní kolizní pravidla. Jedná se o fenomén, který se v Evropě objevuje od prvního využití ve švýcarské kodifikaci z roku 1987 a který dává orgánu aplikujícímu právo legitimní možnost odmítnout aplikaci standardního pravidla a prostřednictvím velice obecně vymezených kritérií určit jiné rozhodné právo. I přesto, že únikové doložky čelí kritice kvůli obavám ze zneužití aplikační sférou, jsou tyto doložky stále typičtějším prvkem v modernizovaných právních úpravách. Také tomuto tématu bude věnována samostatná část této práce.

Vedle těchto forem, které jsou myslitelné, pokud vycházíme z premisy existence a používání kolizních norem, lze samozřejmě uvažovat o již nastíněných variantách dalších, které však nejsou vnímány jako varianty v mezích kolizních norem, ale jsou popisovány jako přístupy, tj. koncepce amerických autorů. Ty stojí mimo sféru kolizních norem, a proto je vnímáme jako fenomén samostatný.

Mechanismy, které jsme právě uvedli (s výhradou koncepcí amerických autorů), považujeme, shodně s Wolffem, za takové pojetí flexibility, které je akceptovatelné i pohledem evropského kolizního uvažování, tj. uvažování postaveného na kolizních normách, které vedou k dostatečně předvídatelnému řešení dávajícímu zúčastněným subjektům dostatečnou míru právní jistoty. Posun v právním uvažování, které je patrné na právu hmotném, nelze upírat právu koliznímu pouze na základě argumentů, že představuje odchylku od tradičního, neutrálního pojetí. Máme na mysli zejména ochranu subjektů, u nichž je vnímáno jejich nerovné postavení, ať již v rovině práva rodinného a dědického, tak pracovněprávního či spotřebitelského. Stejně jako není neměnná společnost, musí na vývoj, zejména v rovině politicko-ekonomické, reagovat právo. A reaguje-li právo hmotné, stěží lze uhájit neměnnost pozic mezinárodního práva soukromého. To ostatně představuje nastavbu pro soukromoprávní otázky s mezinárodním prvkem. Není to disciplína oddělná od zbytku soukromého práva. Představuje jeho integrální součást, vyvíjející se společně – a to platí, i když akceptujeme závěry Pauknerové, že mezinárodní právo soukromé

je ovlivňováno méně. To ovšem neznamená, že by nebylo ovlivňováno vůbec. V navazujících částech práce budeme proto postupně analyzovat jednotlivé formy flexibility tak, jak byly nastíněny výše.

4 Odlišné přístupy k řešení soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem

Výchozím bodem této práce je pojetí mezinárodního práva soukromého, respektive jeho složky zabývající se výběrem rozhodného práva pro určitou soukromoprávní otázku s mezinárodním prvkem, které jsme označili jako neutrální. Tuto neutralitu jsme vysvětlili v předcházející části práce a v určitých aspektech se k tomuto vysvětlení budeme vracet při analýze odchylek od tohoto neutrálního postupu. Za neutrální pojetí jsme vzhledem k doktrinárnímu prostředí, v němž tato práce vzniká, označili kolizní postup určování rozhodného práva. Kolizní metodu pracující s kolizní normou jakožto právním nástrojem, umožňujícím dle stanovených kritérií výběr rozhodného práva. Přičemž tato kritéria mají teritoriální povahu, jejich smyslem je napojení posuzované právní otázky na určité teritorium dle určitých objektivizovaných kritérií a dosažení kolizní spravedlnosti. Nejen na tomto místě zdůrazňujeme, že se nejedná o pouhé nezohlednění obsahu hmotného práva, které se stane právem rozhodným pro předmětnou soukromoprávní otázku s mezinárodním prvkem. Výběr je veden sice teritoriálně, tj. směrem k určitému státu a následně jeho právu, je veden bez ohledu na obsah daného práva, nicméně je veden v mantinelech kritérií nastavených v kolizní normě, jejichž prostřednictvím je vybráno právo, které vykazuje s řešeným skutkovým stavem spojení – dostatečně úzký vztah. S jistou dávkou zjednodušení lze uvést, že za základní stavební kámen tohoto přístupu považujeme Savignyho koncepci mezinárodního práva soukromého, podle které je každý právní řád a také každá právní otázka lokalizovatelná v prostoru.

Od doby jejich formování byly tyto nosné myšlenky předmětem různého přezkumu, úprav a vývoje, které jsou logickým důsledkem společenských změn. Máme tím ovšem na mysli vývoj, který však s původní koncepcí stále pojí důraz na teritorialitu a spojení právní otázky s určitým územím a zprostředkovaně tak i právním řádem, který na daném území působí. Byť vedle obsahově neutrálního spojení právní otázky s určitým teritoriem zahrnuje další aspekty. Stejně tak již od počátku formování základního neutrálního pojetí byly zároveň přijímány úvahy směrem k institutům, které umožňují buď ve výjimečných případech nevzít v potaz právo určené neutrálně koncipovanou kolizní normou, nebo soukromoprávní pravidla regulující obsah zkoumané právní otázky doplnit dalšími pravidly např. veřejnoprávní povahy, jestliže vyvolávají účinky ovlivňující obsah takové právní otázky.

Nelze však opomíjet přístupy při řešení soukromoprávních otázek s mezinárodním prvkem, které od samého počátku nejsou koncipovány jako neutrální v námi definovaném pojetí. Nejsou založeny na neutrálním výběru rozhodného práva s ohledem na teritoriální vazby zkoumané otázky, kdy obsah rozhodného práva nehraje pro jeho výběr roli a určení rozhodného práva není podmíněno dosažením vhodných, adekvátních účinků jeho aplikace na skutkový stav. Kolizní spravedlnost je těmito přístupy považována za nedostatečnou, nevnímají ji jako relevantní kritérium v rámci procesu výběru rozhodného práva. Naopak je důraz kladen na dosažení materiální spravedlnosti.

Doktrinální přístupy, které se důrazně vymezují vůči Savignyho mechanismu, respektive k mechanismům, které ze Savignyho teorie vycházejí a které můžeme s určitým zjednodušením označit jako mechanismy evropské, se zformovaly zejména ve Spojených státech v období mezi dvěma světovými válkami. V předcházející kapitole jsme již na tyto přístupy upozornili, zmínili jsme některé vůdčí osobnosti. Jedná se o myšlenková východiska formulovaná Curriem, Ehrenzweigem, Caversem, Leflarem, von Mehrenem a Trautmanem a v neposlední řadě Weintraubem. Podaný výčet zároveň reflektuje intenzitu, s níž se příslušný autor vymezuje vůči neutrálnímu koliznímu přístupu, kdy Currie představuje nejvýraznější odchylku, naopak Weintraub je svými představami, lze-li to tak uvést, nejméně vzdálen evropskému, tradičnímu, neutrálnímu pojetí.¹⁷⁸ Na tomto místě budou přístupy k výběru rozhodného práva či pravidel těchto autorů představeny podrobněji. Tato kapitola však není zamýšlena jako podrobná analýza těchto přístupů, jejím cílem je zdůraznění rozdílů oproti neutrálnímu koliznímu řešení.

Zařazení tohoto rozboru za úvodní vymezení výchozí myšlenkové koncepce této práce, kterou je neutralita kolizního přístupu při určování rozhodného práva na straně jedné a na straně druhé způsoby, které umožňují se od této neutrality odchýlit či ji korigovat, poukazuje na fakt, že tyto přístupy odmítají myšlenku kolizní neutrality jako takovou. Vymezují se tedy vůči samotnému východisku této práce, které považují za metodicky nevhodné, neposkytující adekvátní, spravedlivý výsledek. V tom se zásadně odlišují od ostatních „odchylek“ či korektivů, o nichž tato práce pojednává. Ty totiž vychází z principu kolizní neutrality a snaží se reagovat na situace, kdy trvání na ní není důvodné, respektive snaží se zajistit respektování hodnot, které by jinak trváním na kolizní neutralitě byly či mohly narušeny.

¹⁷⁸ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 58.

4.1 Charakteristické znaky amerického odmítání kontinentálního kolizního přístupu

Podle Kegela,¹⁷⁹ který podává ucelenou a podrobnou analýzu přístupů, které zaujali jednotliví výše uvedení američtí autoři, lze jednotlivá učení souborně charakterizovat třemi společnými znaky: omezenost, realismus, akademičnost. Omezeností vnímá skutečnost, že zatímco evropské mezinárodní právo soukromé řeší mezinárodní konflikty, americké bylo v danou dobu více zaměřeno na řešení konfliktů mezistátních v rámci jedné federace.¹⁸⁰ Mezinárodní konflikty byly řešeny s výrazně nižší frekvencí, navíc na jejich řešení se vzhledem k problémům spojeným s řešením mezistátních kolizí postupně vytrácel zájem. Významnější roli ve srovnání s Evropou proto také hrálo ústavní právo, rozdíly mezi právními řády jednotlivých států federace byly poměrně malé. Pokud se výraznější rozdíly objevily, bylo to zejména v oblasti deliktního práva¹⁸¹ a přístupu k imunitám včetně mezimanželských. Zastaralost právní úpravy v některých státech se proto mohla výrazněji odrazit jak v požadavku na použití práva, které je lepší, vhodněji (moderněji) řeší danou problematiku, tak v ochotě experimentovat s tvorbou nových pravidel.

Realismus¹⁸² je vyjádřením přesvědčení, že právo má být hledáno v reálném životě a existujících právních vztazích, nikoliv abstraktně v odborných knihách. Tento jev se neprojevoval pouze v mezinárodním právu soukromém, ale byl vlastní tehdejšímu dobovému přístupu k právu jako takovému.¹⁸³ Vyznačuje se propojením práva s ekonomikou a sociálními vědami a ve snaze o odrytí racionálních důvodů soudních postupů. To se odrazilo v tom, že autoři, nejen v oblasti mezinárodního práva soukromého, inklinovali k *ad hoc* řešení jednotlivých případů založenému na zvažování dotčených zájmů.

Akademičnost již pouze doladuje výše uvedené. Jednotlivé přístupy jsou formulovány teoretiky působícími na akademické půdě. Jak Kegel výstižně glosuje, přístupy byly tvořeny v přednáškových místnostech, nikoliv v soudních síních.¹⁸⁴ To považuje za důvod, proč tyto

¹⁷⁹ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 29-72.

¹⁸⁰ VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1992*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, vol. 232, s. 49.

¹⁸¹ Kegel v této souvislosti explicitně hovoří o zastaralých a překonaných normách deliktního práva.

¹⁸² Podrobněji viz např. VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1992*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, vol. 232, s. 45-48.

¹⁸³ O realitech hovoří také Kučera, srovnej KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 91.

¹⁸⁴ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 65.

přístupy jednak až lehkovážně staví na časově náročných procesech zkoumání a komparace dotčených právních řádů a také kladou malý důraz (na rozdíl od evropských přístupů) na právní jistotu a předvídatelnost. Obojí považuje za snadněji obhajitelné na akademické půdě než v rámci soudního procesu. Navíc všichni američtí inovátoři ponechali stranou jejich pozornosti obecnou část mezinárodního práva soukromého s instituty jako je kvalifikace, zpětný odkaz, protože je vnímali jako nástroje soudů k manipulaci s rozhodováním.

4.2 Brainerd Currie

Jeho přístup, který je označován za nejprovokativnější,¹⁸⁵ je založen na analýze zájmů státu na aplikaci jeho norem (government interest analysis),¹⁸⁶ kdy za využití interpretace jednotlivých hmotných pravidel se v těchto pravidlech snaží identifikovat zájmy státu, který danou normu vydal, na tom, v jakých situacích a jak intenzivně stát trvá na použití daného pravidla. Včetně zájmu státu na výsledku řešení soukromoprávního vztahu s mezinárodním prvkem – odmítal totiž řešit vnitrostátní a přeshraniční vztahy odlišným způsobem.¹⁸⁷ Při řešení soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem může dle jeho názoru dojít k následujícím situacím. Jestliže zájem na aplikaci svých norem vyjadřuje pouze jeden stát, ať se jedná o stát fóra či stát jiný, má být použito právo tohoto státu, přičemž tato situace představuje pouze tzv. falešný konflikt. Zjevný konflikt nastává v situaci, kdy zájem na aplikaci svých norem vyjadřuje jak stát fóra, tak stát jiný. V takovém případě musí dojít nejprve k opakovanému, preciznějšímu zkoumání zájmů dotčených států. V případě, kdy po opakovaném přezkumu vyjde najevo, že má zájem pouze jeden stát, použije se právo tohoto státu.¹⁸⁸ Pokud by i po opakovaném přezkumu bylo možné shledat zájem u obou států (pravý konflikt), má být použito právo fóra.¹⁸⁹ Stejně tak má být použito právo fóra v případě druhé varianty pravého konfliktu, kdy silný zájem na aplikaci svého práva vyjadřuje několik třetích států.¹⁹⁰ Také v případě, kdy svůj zájem nevyjádří žádný stát, má být opět aplikováno hmotné právo fóra. Je evidentní, že

¹⁸⁵ VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 935.

¹⁸⁶ Považuje to za stěžejní faktor při výběru rozhodného práva – viz LEFLAR, A. Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*. 1966, vol. 54, no. 4, s. 1585.

¹⁸⁷ SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 14.

¹⁸⁸ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 29.

¹⁸⁹ WEINTRAUB, J. Russell. Functional Developments in Choice of Law for Contracts. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1984*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, vol. 187, s. 256.

¹⁹⁰ VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 936.

Currie upřednostňuje aplikaci práva fóra,¹⁹¹ neboť to není použito pouze v situaci, kdy nelze shledat dostatečně silný zájem práva fóra na vlastní aplikaci.¹⁹² Podle Kegela tím nacionalizuje mezinárodní právo soukromé.¹⁹³ Značně kriticky se k tomu vyjadřuje von Mehren, podle něhož je Currieho zájem na aplikaci práva fóra projevem spíše nechuti ke komparaci dotčených právních řádů než nezbytný výsledek předpokladů, na nichž je založena Currieho analýza zájmů.¹⁹⁴

Nedostatkem Currieho učení je fakt, že nerozlišuje mezi právem soukromým a veřejným, respektive zaměřuje se pouze na zájmy státní¹⁹⁵ a opomíjí zájmy individuální¹⁹⁶ – jako kdyby vše, co se odehrává uvnitř určitého státu bylo podmíněno státním zájmem. Proto při řešení soukromoprávní otázky s mezinárodním prvkem nevnímá spravedlnost jako věc jednotlivců a vedle toho společnosti jako celku, případně spravedlnost ve smyslu správně fungujícího právního řádu, ale jako vyjádření zájmu státu na aplikaci obecných, širokých skupin hmotněprávních norem. Vzhledem k tomu, že zájem může vyjádřit pouze stát, lze potřebu aplikace hmotněprávní normy posoudit samostatně bez potřeby využití kolizní normy. K normám hmotného práva je podle něj potřeba přiřadit zájem státu a zkoumáním konstrukce dané normy a prostřednictvím její interpretace¹⁹⁷ následně identifikovat, zda a jaký je zájem státu na aplikaci dané normy na soukromoprávní otázku s mezinárodním prvkem.¹⁹⁸

¹⁹¹ Viz také VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1992*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, vol. 232, s. 49.

¹⁹² JUENGER, K. Friedrich. General Course on Private International Law (1983). In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, vol. 193, s. 218.

¹⁹³ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 32.

¹⁹⁴ VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 927.

¹⁹⁵ Shodně KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 31 nebo VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1992*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, vol. 232, s. 55.

¹⁹⁶ SYMEONIDES, C. Symeon. The Choice-of-law Revolution Fifty Years After Currie: An End and a Beginning. *University of Illinois Law Preview*. 2015, no. 2, s. 1852.

¹⁹⁷ JUENGER, K. Friedrich. General Course on Private International Law (1983). In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, vol. 193, s. 215.

¹⁹⁸ SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 15.

4.3 Albert A. Ehrenzweig

Ehrenzweig byl vůči mezinárodnímu právu soukromému jako právnímu oboru skeptický a kritický. Domníval se, že je možné jej nahradit interpretací hmotného práva fóra.¹⁹⁹ Obecné otázky mezinárodního práva soukromého jako výhradu veřejného pořádku, renvoi nebo kvalifikaci považoval za zbytečné a měl zato, že mezinárodní právo soukromé řeší konflikty více koncepčním odůvodňováním než analýzou faktů. Existenci kolizních norem připouštěl pouze v mezinárodních úmluvách či v podobě obyčejů, případně v ústavě pro vyřešení mezistátních konfliktů, v podobě zvyklostí v rámci fóra, zcela výjimečně v zákonech fóra. Jejich smysl viděl až tehdy, kdy nebude existovat zájem státu fóra na aplikaci vlastního práva, respektive vlastních hmotněprávních předpisů.²⁰⁰ Tento zájem může být vyjádřený jak přímo v oněch právních předpisech, které mají být aplikovány, nebo může vyplývat z mezinárodního veřejného pořádku fóra, případně bude dán tím, že hmotněprávní předpisy budou překvalifikovány na normy procesní, které musí být aplikovány. Aplikace norem fóra může také vyplynout ze standardů spravedlnosti. Vedle výše uvedeného připouštěl aplikaci norem fóra na základně volby práva. Tu soud předpokládá také v situaci, kdy strany nepožadují aplikaci cizího práva. Obecně však připouští, že přiřazení zájmů na aplikaci určité normy k dané normě je obtížné.

Zároveň pro řešení vztahů s mezinárodním prvkem vnímá jako relevantní pouze a jenom zájmy státu fóra,²⁰¹ odmítá zabývat se zájmy jiných států, neboť je považuje za irelevantní. To ovšem vyvolává zajímavé důsledky. Jestliže by kolizní norma fóra odkázala na cizí právo, musí být toto aplikováno, a to i tehdy, jestliže by je na danou situaci neaplikoval stát, který dané právo vytvořil. Tedy i kdyby nebyl dán zájem státu, na jehož právo odkazuje kolizní norma fóra, na aplikaci vlastních norem, není to relevantní, neboť použití daného práva vyžaduje právo fóra. Tím Ehrenzweig vylučuje použití renvoi. Celý tento přístup vede k tomu, že ve většině případů je aplikováno právo fóra, které je považováno za právo lepší, zaručující vyšší míru spravedlnosti než právní řady jiných států. Aby bylo možné zajistit co nejširší míru použití práva fóra, nebrání se tomu, aby například deliktní závazek byl překvalifikován na závazek smluvní, odúmrt' na nárok dědický.²⁰² To vše s cílem vyhnout se aplikaci cizího práva. Praxi, kdy soudy aplikují cizí právo jako právo lepší, odůvodňoval tím, že soudy v takových případech

¹⁹⁹ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 33.

²⁰⁰ Ibid s. 33.

²⁰¹ EHRENZWEIG, A. Albert. A Counter: Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers. *Harvard Law Review*. 1966, vol. 80, no. 2, s. 386.

²⁰² KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 34.

vycházejí pouze z domnělých konfliktů. Pro zbytkové situace, kdy existuje kolize mezi dvěma či více cizími právními řády, má být vždy aplikováno právo lepší.

Za aplikaci cizího práva ovšem nepovažuje použití cizího práva jako *local datum*, jako například dopravních předpisů jako předpokladu vzniku deliktního jednání v případě jejich porušení, porušení zahraničních zvyklostí jako předpokladu jednání v rozporu s dobrými mravy. To, zda lze cizí normu považovat za *local datum*, ovšem opět vyplyne z interpretace hmotněprávních norem fóra.

Jak jsme uvedli výše, Ehrenzweig nebyl příznivcem kolizních norem, byl ochoten se smířit pouze s variantami jako *lex situs* pro určení rozhodného práva u pozemků, osobní status pro dědické otázky či volba práva. Ostatní považoval za vadně formulované kvůli tomu, že tvoří vadné kategorie právních otázek (smlouvy, delikty), což považoval pro mezinárodní právo soukromé za neužitečné – ostatně svoje závěry neustále poměřoval s praktickými potřebami konkrétní sociální situace.²⁰³ Případně samotný konflikt, který mají dané normy řešit, je falešný, tj. hmotněprávní normy kolidujících právních řádů jsou identické. V neposlední řadě mohou tvořit vadnou teorii, za kterou považoval například úpravu zpětného odkazu, výhradu veřejného pořádku nebo jednostranné kolizní normy odkazující na aplikaci práva fóra.

4.4 David F. Cavers

Jeho teorie se chronologicky jako první silně vymezila vůči evropské koncepci mezinárodního práva soukromého.²⁰⁴ Cavers odmítá vybírat právo slepě, tedy bez znalosti obsahu hmotného práva, které má být potenciálně aplikováno.²⁰⁵ Považuje to za mechanický postup bez zájmu na důsledcích, který pouze alokuje teritoriálně právní otázky mezi jurisdikce, aniž by poskytoval spravedlivé posouzení individuálních případů.²⁰⁶ Soud podle Caverse nemá pouze lhostejně vybrat právo, ale jeho povinností je rozhodnout spor. A zpochybňuje schopnost soudu rozhodnout spor moudře a spravedlivě, jestliže nezhodnotí, jaké důsledky bude mít na spor

²⁰³ LEFLAR, A. Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*. 1966, vol. 54, no. 4, s. 1584.

²⁰⁴ Viz také VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 933. Výčet autorů v této kapitole však respektuje Kegelovo členění, které není tvořeno chronologicky, ale dle intenzity, s níž se jednotliví autoři snaží odlišit od evropského přístupu. V tom mu dává ostatně von Mehren zapravdu.

²⁰⁵ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 40.

²⁰⁶ SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 12-13.

rozhodné právo.²⁰⁷ Zpočátku se domníval, že právní jistota, předvídatelnost a uniformita rozhodování nepředstavuje stěžejní hodnoty mezinárodního práva soukromého, a místo využívání slepých kolizních norem chtěl vytvořit přístup, jehož prostřednictvím by odstranil jejich nedostatky.

Vycházel z primárního použití *lex fori*. Místo toho, aby zkoumal, za jakých podmínek má či může být aplikováno právo cizí, se snaží nastavit pravidla, podle nichž soud postupuje při zjišťování, zda má odmítnout aplikaci *lex fori*. Po pečlivém zkoumání skutkového stavu má soud porovnat cizí normu a výsledek její aplikace s normou fóra (případně práva jiného státu) a s výsledky její aplikace. Následně soud porovná a zhodnotí výsledky. Nemá být však aplikováno „lepší právo“ ve smyslu práva vhodnějšího – spravedlivějšího. Cavers tvrdil, že jeho cílem je dosažení „kolizní spravedlnosti“, byť tomuto pojmu přiřazoval jiný obsah, než činil evropský přístup a který je mu přiřazován v této práci. Nejde mu o napojení se na určité teritorium a tím automaticky na právo tam uplatňované. Kumuluje teritoriální aspekt²⁰⁸ s aspektem obsahovým.²⁰⁹ Výběr nepodmiňuje ani zkoumáním zájmu státu či zájmů individuálních na aplikaci určité normy.²¹⁰ Odlišuje se tak od Currieho analýzy státních zájmů. Vybírá mezi jednotlivými hmotněprávními normami států, kdy tyto státy vykazují dostatečné spojení se skutkovým stavem, a bere přitom v potaz obsah těchto norem, důvod jejich přijetí, specifické okolnosti případu a potřebu dosažení individuální spravedlnosti²¹¹ nebo v širším pojetí sociální zájmy stojící za kolidujícími úpravami.²¹²

Výběr mezi hmotněprávními normami států vykazujícími dostatečné spojení se skutkovým stavem fázuje do postupných kroků. Nejprve je dle něj nutné eliminovat falešné konflikty, tedy situace, kdy bude prostřednictvím její aplikace naplněn účel hmotněprávní normy pouze jednoho státu. Zda určitá norma vyjadřuje svůj požadavek na vlastní aplikaci, má být určeno primárně z její konstrukce a její interpretací. Cavers ovšem připouští, že často nebude možné

²⁰⁷ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 40.

²⁰⁸ JUENGER, K. Friedrich. General Course on Private International Law (1983). In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, vol. 193, s. 219.

²⁰⁹ LEFLAR, A. Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*. 1966, vol. 54, no. 4, s. 1585.

²¹⁰ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 41.

²¹¹ SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 13.

²¹² VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 934.

takto odpověď nalézt. Potom předpokládá, že normy (z různých právních řádů) aplikovány být chtějí. To považuje za pravý konflikt. Pro takové situace dle něj nepostačuje *ad hoc* řešení a konstruuje návod, jak postupovat. Označuje jej jako princip přednosti.²¹³ Nejedná se o konkrétní pravidla, ale maximy založené na identifikaci právních cílů příslušných právních norem. Revidoval zároveň své dřívější odmítání právní jistoty a předvídatelnosti jako relevantních hodnot, neboť za pomoci principu přednosti má být dosaženo spravedlivé řešení, které zajistí jistotu, shodné zacházení se skutkovými stavy a dobré vztahy mezi státy. Cavers za pomoci maxim nabízí alternativu ke kazuističnosti řešení a *ad hoc* rozhodování. Činí tak pomocí využití určitých vzorových schémat. Podle něj však mají být brána v potaz schémata právní, nikoliv schémata faktická. Zatímco u dvou samostatných případů mohou být shodné aspekty v rámci faktického schématu, elementy v rámci právního schématu se mohou odlišovat.²¹⁴ Kolizní norma postavená na teritoriálním výběru by však s takovými případy zacházela jako se stejnými.

Maximy nedefinoval u majetkových práv a práva rodinného.²¹⁵ U mimosmluvních závazků zformuloval tyto maximy následujícím způsobem:²¹⁶

- Jestliže právo místa vzniku škody stanoví vyšší standardy ochrany nebo vyšší finanční kompenzaci než právo místa, kde došlo k protiprávnímu jednání, má být právo místa vzniku škody použito pro nastavení standardů ochrany, ledaže by poškozený měl tak úzký vztah s původcem škody, že by se předmětný mimosmluvní závazek měl řídit právem upravujícím vzájemný vztah obou těchto osob.
- Jestliže právo místa, kde se původce škody dopustil protiprávního jednání a způsobil škodu, stanoví nižší standardy ochrany nebo nižší finanční kompenzaci než domácí stát poškozeného, má být použito právo místa jednání. Opět s výhradou úzkého vzájemného vztahu mezi oběma subjekty, který by odůvodnil použití práva pro tento vzájemný vztah.
- Jestliže v právu místa protiprávního jednání existuje speciální úprava protiprávního jednání, kterého se původce škody dopustil a způsobil tím pro něj předvídatelnou škodu v jiném státě, může se poškozený dovolávat této právní úpravy a těžit ze speciálně

²¹³ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 41.

²¹⁴ Ibid s. 42.

²¹⁵ EHRENZWEIG, A. Albert. A Counter: Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers. *Harvard Law Review*. 1966, vol. 80, no. 2, s. 381.

²¹⁶ VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 954.

nastavených standardů a úpravy finanční kompenzace, i kdyby právo místa vzniku škody takovou úpravu neobsahovalo.

- Jestliže právo, kterým se řídí předcházející již existující vzájemný vztah mezi stranami mimosmluvního závazku, je postaveno na vyšších standardech ochrany nebo umožňuje přiznání vyšší finanční kompenzace než právo místa vzniku škody, použije se první uvedené.

4.5 Robert A. Lefflar

Je považován za umírněného „moderátora“ evropského přístupu, i když se opět vrací k myšlence aplikování lepšího práva. Úvahy o řešení kolizí právních řádů začíná, podobně jako předcházející autoři, potřebou oddělení falešného a pravého konfliktu. Falešný konflikt nastává, jestliže právní řády jsou stejné, případně poskytují stejný výsledek. Pro řešení pravých konfliktů představil pět kritérií pro výběr rozhodného práva, která mají být brána v potaz. Má se podle něj jednat o reálné důvody, proč soud postupuje – vybírá právo – tak, jak to činí, případně dopomoci soudu k tomu, aby svůj postup upravil. Jednotlivá kritéria by měla být v rovnováze, ale připouští, že v určitých situacích může některé z nich převážit. Stále však má být hledána vzájemná rovnováha mezi nimi. Kritéria mají být využita při určování rozhodného práva u právních otázek, pro něž existují různé kolizní normy, jakou jsou smluvní a mimosmluvní závazkové vztahy nebo problematika trustů. Naopak nevidí důvod u nemovitostí a hraničního určovatele *lex rei sitae*.²¹⁷

Prvním kritériem je předvídatelnost výsledku, která zajistí jak mezinárodní harmonii rozhodování, tak právní jistotu pro strany sporu. Soudy ji zajistí tak, že budou brát v potaz předpokládaný zájem stran. V konečném důsledku tím má dojít k omezení forum shopping. Potřebu předvídatelnosti zdůrazňuje zejména v oblasti smluvního práva, rodinného a dědického práva. V těchto oblastech je navíc zastáncem volby práva. Poměrně logicky konstatuje, že pokud je právo zvoleno stranami (což považuje za nejlepší možné řešení), je tak s nejvyšší pravděpodobností dosaženo i spravedlnosti. Druhým kritériem je dodržování mezistátního a mezinárodního pořádku ve smyslu nutnosti vyhnout se bezdůvodnému preferování práva fóra, aniž by aplikace práva fóra byla opřena o nezávislé zvážení. Stav, jehož má být dosaženo, má mít podobu precizního a uspořádaného systému pro výběr rozhodného práva. To má platit jak pro výběr práva v mezinárodním měřítku, tak mezistátním. Jako třetí kritérium uvádí

²¹⁷ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 47.

zjednodušování soudního postupu, dodává však, že se nejedná o nejdůležitější kritérium a bývá často přeceňováno. Jako příklady tohoto přeceňování zmiňuje podřízení smluvních závazků právu místa uzavření smlouvy nebo deliktních závazků právu místa účinků deliktního jednání. Čtvrtým kritériem má být podpora státních zájmů fóra, což ovšem nemá dle Leflara vést k automatické aplikaci *lex fori*, zejména za předpokladu, že by se jednalo o právo zastaralé, překonané. V jeho pojetí má být provedena pečlivá analýza socio-ekonomických, kulturních a politických postojů ve společnosti, což má posloužit jako zdroj spravedlnosti. Leflar v této souvislosti hovoří o zájmu státu na fungování soudní soustavy, která poskytuje spravedlivá řešení, a o zhodnocení důvodů, které stát vedou k legislativní úpravě předmětné otázky. V neposlední řadě je hodnotícím kritériem také výběr lepšího práva.²¹⁸ Leflar se, stejně jako ostatní autoři, domnívá, že soudce nemá právo vybírat slepě. Symeonides považuje Leflara za jednoho z prvních amerických zastánců konceptu materiální spravedlnosti.²¹⁹ Ostatně tvrdí, že tak stejně nečiní, i když to explicitně nepřiznají.²²⁰ I přesto, že by se výběr rozhodného práva soudem mohl jevit jako výběr mezi právními soustavami (evropský pohled), soudci podle Leflara vybírají mezi jednotlivými hmotněprávními normami. Jako příklad toho, které právo může být považováno za lepší, uvádí u smluvních závazků použití toho práva, dle které je právní jednání považováno za platné. Uvědomuje si, že v reálné právní praxi mohou soudy inklinovat k závěru, že vlastní právo je právem lepším. Domnívá se ale, že zejména v situacích, kdy právo fóra bude archaické, nevyhovující, umožňuje koncepcí „*better law*“ aplikovat progresivnější cizí úpravu. Samozřejmě za podmínky, že skutkový stav vykazuje dostatečně silnou vazbu i na toto cizí právo. Ve vnímání požadavku na aplikaci lepšího práva vidí ještě jednu zásadní výhodu. Umožňuje to podle něj vypořádat se s „*figly*“ mezinárodního práva soukromého, které považuje za nepřátele poctivosti, jako je kvalifikace, používání většího množství hraničních určovatelů, zpětný a další odkaz. Zdůrazňuje ale, že kritérium výběru lepšího práva je pouze jedno z pěti kritérií, které byt' může v některých případech být kritériem dominantním, v jiných případech může být naopak zcela irrelevantní.²²¹ Leflarova koncepce lepšího práva má nedostatek v tom, že nevysvětluje, jak určí dotčená práva, mezi nimiž má být vybíráno. Nedává vodítko, jak určit ty právní řády, které budou následně komparovány. Podle

²¹⁸ Podrobněji viz např. LEFLAR, A. Robert. *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations*. *California Law Review*. 1966, vol. 54, no. 4, s. 1586-1598.

²¹⁹ SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 25.

²²⁰ KEGEL, Gerhard. *Fundamental Approaches*. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 47.

²²¹ SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 26.

Juengra tím vytváří široký „nákupní list“, ze kterého potom soudy mohou vybírat.²²² Také von Mehren je vůči Leflarovi kritický, když uvádí, že koncept lepšího práva vše spíše komplikuje ještě více, než aby podával nějaké řešení.²²³

4.6 Arthur T. von Mehren, Donald T. Trauman

Nedostatky Leflarovy koncepce se snaží překonat přístup autorů von Mehrena a Traumana. Prvním krokem v jejich koncepci označované jako funkční (funkční analýza) je vymezení dotčených jurisdikcí.²²⁴ Jedná se o jak aktuálně, tak potenciálně dotčené jurisdikce, rozuměj právní řády, které vykazují se skutkovým stavem spojení prostřednictvím osob, místa jednání, uspořádání soukromých právních otázek (např. vztah zaměstnance a zaměstnavatele) nebo uspořádání otázek komunitních. Dalším krokem je zjištění, jak by každý z dotčených právních řádů danou otázku řešil, tj. zda prostřednictvím svého práva, práva cizího nebo norem svého práva ovšem vytvořených speciálně pro úpravu vztahů s mezinárodním prvkem (česká doktrína používá označení věcná norma mezinárodního práva soukromého²²⁵). Stejně jako u předcházejících autorů se i zde objevuje úvaha o pravděpodobnosti shodného řešení ve všech dotčených právech – je to dáno zejména tím, že američtí autoři, jak bylo uvedeno, řeší zejména mezistátní konflikty mezi právními řády jednotlivých států USA. Jestliže jsou nabízená právní řešení odlišná (nastává pravý konflikt), lze nejčastěji aplikovat normu „převážně dotčenou“. Takovou normou je norma ze státu, který vykonává nad řešenou právní otázkou ultimátní, efektivní kontrolu²²⁶ – zde je opět patrné výrazné propojení hmotněprávního a procesního řešení. Případně se jedná o normu, o jejímž převažujícím zájmu na aplikaci se dotčené právní řády shodly. Pokud se žádná z norem nejeví jako norma převážně dotčená, otevírá se prostor pro vážení²²⁷ mezi domácími a mezinárodními zájmy dotčených právních řádů. Do úvahy má být brána relativní síla těchto zájmů, jejich relativní zřetelnost a ospravedlnění. Smyslem procesu vážení zájmů je zjištění, jak dotčené právní řády řeší danou otázku s ohledem na zájmy jednotlivců či státu. Nerozlišovali ale striktně mezi zájmy státu a jednotlivců – odlišení

²²² JUENGER, K. Friedrich. General Course on Private International Law (1983). In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, vol. 193, s. 219.

²²³ VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 952-953.

²²⁴ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 50.

²²⁵ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 33.

²²⁶ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 50.

²²⁷ Vážení zájmů považuje Symeonides za charakteristický znak této myšlenkové koncepce – viz SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 29.

považovali za úhel pohledu, neboť stát se skládá z jednotlivců a existuje pro jednotlivce. A jednotlivci naplňují svoje cíle jako příslušníci určité společnosti. Zájmy státu a jednotlivců proto považovali za provázané. Mezi zájmy státu, které mohou vést k aplikaci cizího práva, podle von Mehrena a Traumana patří reciprocita a podpora mezinárodních vztahů, stejně jako rovné zacházení s občany a zájem na efektivnosti právního řešení.²²⁸ U jednotlivců se jedná o existenci pravidel spravedlivých, racionálních, jednotných a zajišťujících předvídatelnost, tedy pravidel, která jsou obecně vyhovující a nenutí jejich adresáty k porušování. Interakce obou skupin se potom projevuje na upřednostňování pravidel jednotných a jednoduchých. Proces vážení zájmů je realizován soudem, který je, na rozdíl od zákonodárců nebo exekutivy, nejlépe připraven řešit kolize právních řádů racionálně. Výsledkem vážení (funkční analýzy) je aplikace buď práva fóra nebo práva jiného, pokud je lepší. Zároveň může vést k vytvoření kompromisního řešení²²⁹ v případě, kdy dotčené státy vyjadřují stejný zájem na aplikaci svého práva.²³⁰ Jako příklad uvádí u mimosmluvních závazků řešení pro situaci, kdy jeden stát poskytuje plnou kompenzaci, druhý stát naopak kompenzaci odmítá. Řešení vidí v poskytnutí poloviční kompenzace.²³¹ Von Mehren ve svých pozdějších pracích pod vlivem vývoje na evropském kontinentě analyzuje dle něj zajímavou myšlenku tvorby speciálních norem respektive pravidel zamýšlených pro úpravou pouze vztahů s mezinárodním prvkem.²³² Také v této jeho práci se objevuje úvaha o zohlednění všech právních řádů, které by vyjadřovaly svůj zájem na regulaci předmětné právní otázky.²³³

Oba autoři si uvědomovali složitost navrženého postupu, bránili jej ovšem s tím, že pravé konflikty mezi právními řády jsou komplikované a jejich řešení je postaveno na funkčních základech a je racionální. O mezinárodním právu soukromém prohlašovali, že je přebujelé

²²⁸ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 51.

²²⁹ Kompromisní řešení by nutně muselo mít základ v komparaci dotčených právních řádů. Von Mehren zdůrazňoval rostoucí význam komparace při řešení soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem – viz VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 928.

²³⁰ Podrobněji viz SIMSON, Gary J. The Choice-of-Law Revolution in the United States: Notes on Rereading von Mehren. *Cornell International Law Journal*. 2003, vol. 36, no. 1, s. 129-133.

²³¹ VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1992*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, vol. 232, s. 114.

²³² Podrobněji viz VON MEHREN, Arthur Taylor. Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology. *Harvard Law Review*. 1974, vol. 88, no. 2, s. 347-371.

²³³ Ibid s. 371.

a vytváří dogmatický rámec, který postrádá realitu a obsahuje iracionální prvky. Jejich funkční analýza se snaží potlačit alespoň to druhé.²³⁴

Podobně jako ostatní američtí autoři se negativně vymezují vůči obecným institutům mezinárodního práva soukromého, jako je kvalifikace nebo renvoi. Jsou ale přesvědčeni, že pomocí funkční analýzy je možné tyto instituty překonat.

Trauman ve svých pozdějších úvahách výše uvedenou koncepci opustil a domníval se, že vhodným řešením kolize právních řádů je vytvoření jednotného (unifikovaného) hmotného práva, které umožní nahradit mezinárodní právo soukromé. Tato úvaha je ale výrazně ovlivněna americkým federalismem, neboť obsah unifikovaného práva měl vycházet z komparace všech zúčastněných právních řádů.

4.7 Russell J. Weintraub

Je považován za autora teorie vymezující se vůči evropské koncepci nejméně radikálně. Snažil se o kombinaci tradiční kolizní koncepce založené na teritoriálně orientovaných kolizních normách s přístupem zohledňujícím státní zájmy, nikoliv nepodobném funkční analýze von Mehrena a Traumana. Proces určování rozhodného práva člení do tří stádií.²³⁵

První představuje určení zjevně kolidujících národních pravidel z právních řádů vykazujících kontakt se stranami a transakcí (právním vztahem) – tento krok je krokem teritoriálně kolizním. Druhým krokem je určení zájmů, jejichž projevem dané normy jsou, společně se zjištěním, které z těchto zájmů budou dosaženy, jestliže norma, v níž se daný zájem odráží, bude použita.²³⁶ Domnívá se, že často již tímto krokem bude identifikováno jediné právo. Tuto situaci označuje jako falešný konflikt. Například u mimosmluvních závazků odmítá použití práva místa vadného jednání, jestliže pouze v jednom (odlišném) státě budou dlouhodobě pocíťovány společenské a ekonomické důsledky takového jednání. V takovém případě má být aplikováno právo druhého státu.

²³⁴ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 52.

²³⁵ Ibid, s. 57.

²³⁶ Podrobněji viz WEINTRAUB, J. Russell. Functional Developments in Choice of Law for Contracts. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1984*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, vol. 187, s. 261-268.

Jestliže nastane pravý konflikt, tj. situace se jeví tak, že aplikací norem z různých právních řádů by sice mohly být jednotlivě dosaženy zájmy obsažené v normách dotčených právních řádů, ale tyto zájmy jsou vzájemně neslučitelné, má být použito racionální řešení, které se odvíjí od zohlednění společných trendů ve vývoji dotčených právních řádů. To podle Weintrauba může vést dokonce k formulování nového pravidla, které se bude částečně lišit od pravidel v dotčených národních právních řádech, ale umožní zohlednit jinak neslučitelné zájmy. Jeho přístup je proto označován jako „New Rule Approach“. Nedochozí tedy k vážení zájmů, ale v případě nesouladných zájmů má být vytvořeno nové pravidlo, které umožní jejich dosažení.²³⁷

U deliktů je výše uvedené možné shrnout následujícím způsobem. Nejprve je nutné eliminovat falešné konflikty, tedy situace, kdy se aplikací norem jediného státu, který prostřednictvím stran vykazuje s mimosmluvním závazkem spojení, je dosaženo zájmů, které jsou v těchto normách zakotveny. Neexistuje jiný stát, jehož zájmy zakotvené v jeho právních normách by aplikací jeho norem byly naplněny. V případě pravého kontaktu, tedy situace, kdy existují alespoň dva státy, jejichž zájmy zakotvené v jejich právních normách deliktního práva by byly aplikací těchto norem naplněny, má být použito právo výhodnější pro žalobce. Výjimku z práva preferujícího žalobce představují situace, kdy je dané právo zastaralé nebo amorální, a nebo kdy dané právo nevykazuje dostatečné spojení s osobou žalobce, případně jeho aktuálním či zamýšleným jednáním, které by odůvodnilo aplikaci tohoto práva. Jestliže by nebyl dosažen zájem zakotvený v právních normách žádného z dotčených států, má být opět použito právo výhodnější pro žalobce, ledaže by se jednalo o výjimky uvedené výše.

4.8 Odraz v realitě?

Teorie výše uvedených autorů nezůstaly ryze akademickým pokusem, ale byly zohledněny i v legislativní tvorbě. Restatement 2nd z roku 1971 v paragrafu 6 uvádí, že soudy s výhradou ústavních omezení postupují (při řešení kolizí právních řádů – pozn. autora) podle kolizních norem fóra. Jestliže takové normy neexistují, berou při určení rozhodného práva do úvahy následující faktory:²³⁸

- potřeby mezistátních a mezinárodních systémů;
- relevantní zájmy fóra;
- relevantní zájmy dalších dotčených států související s řešeným případem;

²³⁷ KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 57.

²³⁸ Section 6(2)

- ochrana oprávněného očekávání;
- základní principy relevantních právních odvětví;
- právní jistota, předvídatelnost a jednotnost rozhodování;
- praktičnost (ve smyslu jednoduchosti, snadnosti) při procesu určení a aplikace rozhodného práva.

Tyto faktory představují základní rámec, dle kterého má probíhat výběr rozhodného práva obecně. Pro oblast mimosmluvních závazků²³⁹ je jejich použití konkretizováno v tom smyslu, že rozhodným právem pro práva a odpovědnost stran mimosmluvního závazkového vztahu je právo státu, který vykazuje s jednáním a stranami nejužší spojení určené podle principů uvedených v článku 6. Při aplikaci článku 6 soud bere v potaz:

- místo protiprávního jednání;
- místo, kde se projevují účinky protiprávního jednání;
- bydliště, sídlo, státní příslušnost, právo, dle kterého byla právnická osoba založena, a místo podnikání stran mimosmluvního závazku;
- centrum vztahu, jestliže nějaký mezi stranami mimosmluvního závazku existuje.

Jednotlivá kritéria mají být hodnocena dle jejich relativního významu v rámci daného případu. Vybrané deliktivní skutkové podstaty, jako ublížení na zdraví, poškození movitých věcí, podvod a klamavé jednání nebo pomluva jsou dále upraveny speciálními pravidly, která většinou odkazují na právo místa účinků protiprávního jednání, ovšem se stanovenými výjimkami.

Restatement 2nd představuje určitý kompromis mezi tradičním neutrálním kolizním přístupem a snahou o jeho odmítnutí a nahrazení variabilnějšími přístupy, kdy rozhodné právo má být definitivně vybráno z kolizně určených právních řádů dotčených států až poté, kdy jsou dané právní řády zhodnoceny po obsahové stránce. Výběr tedy není činěn slepě bez znalosti rozhodného práva.

4.9 Společné rysy jednotlivých amerických myšlenkových proudů

I přesto, že se přístupy jednotlivých amerických autorů liší, lze u nich identifikovat shodné body, ze kterých vycházel a které formovaly jejich závěry. Je pro ně společný silný zájem o interpretaci hmotněprávních norem. Domnívají se, že prostřednictvím interpretace samotné, případně ve spojení s hodnocením dalších okolností, je možné dospět k odpovědi na otázku, zda daná norma vyžaduje, aby byla aplikována na určitý skutkový stav. Tedy působnost právní

²³⁹ Section 145

normy hledali prostřednictvím její interpretace, a to bez ohledu na to, zda skutkový stav zahrnuje či nikoliv mezinárodní prvek. Jestliže norma „chce“ být aplikována, činí tak i pro vztahy s mezinárodním prvkem. Může se jednat o normu, která je zamýšlena pro aplikaci na určitou výseč právních vztahů, jako jsou dopravní regulace, příprava či realizace trestného činu s účinky na určitém teritoriu, i když probíhá v zahraničí, úprava letního a zimního času – takové normy se většinou aplikují pouze v jedné zemi. Vedle toho připouští existenci obecných regulací, které existují souběžně ve více státech, a to bez ohledu na sebe navzájem a bez ohledu na to, zda je daná úprava stejná či nikoliv – například ochrana spotřebitele.

Z toho dovozují, že pokud řešení vztahů s mezinárodním prvkem ve smyslu výběru příslušných hmotněprávních norem závisí na interpretaci těchto hmotněprávních norem, lze výběru dosáhnout pouze *ad hoc*, výjimečně ve spojení s úzce vyprofilovanou kolizní normou, nikoliv však s kolizní normou široce formulovanou, dopadající na obsáhlé kategorie hmotněprávních norem.

Vzhledem k tomu, že odmítají používání kolizních norem s široce formulovanými rozsahy, dovozují dále, že tím spíše nemůže existovat ani dostatečná úprava obecných otázek mezinárodního práva soukromého, tedy institutů, které jsou koncipovány ještě širěji, protože by byly využitelné pro celou kolizní oblast mezinárodního práva soukromého. Odmítají proto úpravu otázek jako je kvalifikace, veřejný pořádek nebo *renvoi*. Dokonce je označují za figle či triky, které soudy mohou využít, aby mohly manipulovat s výsledkem procesu určení rozhodného práva. Kvalifikaci odmítají jako nepotřebnou, neboť hledají hranice použití konkrétních hmotněprávních norem v těchto normách samotných. Nepřipouští existenci široce formulovaných kolizních norem, a tudíž necítí potřebu pro účely těchto norem kvalifikovat skutkové stavy bez návaznosti na rozhodné právo.

Odmítání jak obecně nastavených kolizních norem,²⁴⁰ tak obecné části mezinárodního práva soukromého ovlivňuje celý charakter procesu určení rozhodného práva. Dovozejí z toho ve spojení s *ad hoc* interpretací fakt, že kvůli absenci obecných mechanismů není možné dopředu predikovat výsledek. Lze pouze nastavit mantinely procesu hledání rozhodného práva – nelze vycházet z přesné mapy, ale lze pouze poskytnout vodítka, která mají být následována. To

²⁴⁰ Ehrenzweig se ovšem bránil tomu, aby on či ostatní autoři byli považováni za tvůrce chaosu způsobeného odmítáním jistých a historicky dobře ukotvených kolizních norem vágním hodnocením různých zájmů – viz EHRENZWEIG, A. Albert. A Counter: Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers. *Harvard Law Review*. 1966, vol. 80, no. 2, s. 380.

ovšem předpokládá zdlouhavé a komplikované zkoumání. Je navíc otázkou, jak tímto způsobem zajistit dodržování kategorií, jako je právní jistota a předvídatelnost řešení.

U všech autorů proces hledání rozhodného práva začíná eliminací falešných konfliktů²⁴¹ a pokračuje přes zjišťování zájmů, primárně státních, individuálních případně zprostředkovaně přes konstatování, že jednotlivci tvoří společnosti a dosahují naplnění svých zájmů jako příslušníci dané společnosti. Prostřednictvím zkoumání toho, jak a kdy je naplněn zájem určitého státu na aplikaci určité normy a na výsledku, k němuž daná norma vede, vybírají američtí inovátoři rozhodné právo, respektive v případě kolize většího počtu právních řádů právo lepší. I přes určité odchylky mezi jednotlivými myšlenkovými proudy je pravděpodobné, že výsledné právo by bylo učeno shodně. To ovšem nic nemění na faktu, že koncepce „*better law*“ je ve své podstatě negací klasického kolizního mezinárodního práva soukromého, v němž výběr rozhodného práva není spojen s jeho obsahem a nezávisí na něm. Inovátoři naopak zkoumání obsahu rozhodného práva začleňují do procesu výběru rozhodného práva jako jeden z nezbytných kroků. Koncepce „*better law*“ nahrazuje mezinárodní právo soukromé právem komparativním, kdy výběr je podmíněn udělováním známek jednotlivým dotčeným právním řádům.

²⁴¹ Neboť byli toho názoru, že tím lze vyřešit řadu na první pohled kolizních problémů – viz také LEFLAR, A. Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*. 1966, vol. 54, no. 4, s. 1585.

5 Hromadění hraničních určovatelů v kolizní normě

Analýza odchylek od tradičního či neutrálního kolizního řešení v této kapitole je věnována hraničním určovatelům. Východiskem pro následující rozbor je tedy povinnost rozhodujícího orgánu aplikovat kolizní normu a také povinnost aplikovat právní řád, který je touto kolizní normou určen za rozhodný. Z hlediska metodologie členění odchylek od tradičního kolizního řešení se tedy nacházíme ve fázi výběru rozhodného práva.

Tradiční kolizní normu, jak bylo uvedeno, vnímáme jako normu, u níž je rozsah spojen s jedním hraničním určovatelem, jehož prostřednictvím je pro otázky uvedené v rozsahu identifikováno rozhodné právo. Použití vyššího počtu hraničních určovatelů (hromadění hraničních určovatelů) označuje Kučera ve své stati z roku 1982 za moderní prvek, kdy se moderní kodifikace mezinárodního práva soukromého ve snaze poskytnout vyvážené řešení z kolizního hlediska neomezují na jediné kolizní řešení.²⁴²

Jestliže je v kolizní normě využito hraničních určovatelů více, lze snadno dospět k závěru, že lze identifikovat takových právních řádů více a je tedy zajištěna vyšší variabilita rozhodování, a tedy i jeho flexibilita. Takové tvrzení je ovšem příliš obecné a jako takové nesprávné. Je nutné totiž zodpovědět další otázku, a to, jaký je vzájemný vztah použitých hraničních určovatelů. Až v návaznosti na zodpovězení této otázky je možné správně vyhodnotit, zda vyšší počet hraničních určovatelů v kolizní normě vede ke zvýšení flexibility rozhodování, nebo naopak vede k ještě vyšší rigiditě. Vzájemný vztah hraničních určovatelů může být nastaven těmito způsoby:

- alternace,
- kaskádovitá struktura (lze také hovořit o hraničním určovateli základním a náhradním či náhradních²⁴³),
- kumulace.

Alternativní vztah hraničních určovatelů znamená, že buď rozhodující orgán, nebo případně strany závazkového vztahu, mají výběr mezi alespoň dvěma hraničními určovateli. Tedy oba hraniční určovatelé dopadají na zcela shodnou skutkovou situaci a záleží na úvaze subjektu, který mezi nimi vybírá, jakou variantu využije. Výběr může, ale nemusí být podmíněn splněním

²⁴² KUČERA, Zdeněk. Struktura a třídění kolizních norem. *Studie z mezinárodního práva*. 1982, č. 16, s. 64.

²⁴³ Ibid, s. 64.

určité zákonné podmínky (například zájem dítěte, výhodnost apod.). To samozřejmě neznamená, že výběr nebude ovlivněn akademickými názory či judikaturou.

Označení pravidla jako kaskády používáme v situaci, kdy jsou hraniční určovatelé kumulováni, ovšem jejich použití závisí na konkrétních skutkových aspektech zkoumané právní otázky. Rozsah kolizní normy je formulován obecně (například právo rozhodné pro odpovědnost za škodu způsobenou vadou výrobku), přičemž použití právních řádů dle jednotlivých hraničních určovatelů je podmíněno naplněním určité právní skutečnosti (například uvedení výrobku na trh v daném státě). Pokud daná podmínka splněna není, postupuje se k dalšímu hraničnímu určovateli v dané kaskádě (například nemají-li manželé společnou státní příslušnost, použije se právo místa obvyklého bydliště obou manželů).

Kumulace hraničních určovatelů předpokládá, že pro dosažení určitého hmotněprávního výsledku, tj. aplikace určitého hmotněprávního pravidla chování, musí být naplněny podmínky podle těch právních řádů, na které odkazují všichni hraniční určovatelé připojení k rozsahu předmětné kolizní normy.

5.1 Alternativní hraniční určovatelé

Využití většího počtu hraničních určovatelů v jedné kolizní normě, které jsou vůči sobě ve vztahu alternace, jsme výše označili za jeden z možných projevů flexibility v kolizním uvažování. Typickým zastáncem tohoto flexibilního mechanismu je např. Symeonides, který o alternativních hraničních určovateli a flexibilitě píše v řadě svých prací. Stejný závěr zaznává u Paknerové,²⁴⁴ Pfeiffer²⁴⁵ a Rozehnalové.²⁴⁶ Důvodem využití alternativních hraničních určovatelů je dle Kučery výběr práva s ohledem na výsledek, k němuž se dospěje použitím právních řádů přicházejících v úvahu.²⁴⁷ Stejně tak i de Boer uvádí, že použití alternativních hraničních určovatelů napomáhá dosažení materiálního cíle, který je definován

²⁴⁴ PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 14-15; PAUKNEROVÁ, Monika; PFEIFFER, Magdalena. The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives Within the European Union. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 10, no. 2, s. 211

²⁴⁵ PFEIFFER, Magdalena. Selected Issues of the Re-codified Czech Private International Law - A Comparative Czech-Korean Perspective. *Prague Law Working Paper Series*. 2015, vol. I, no. 5, s. 8.

²⁴⁶ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 38 a násl.

²⁴⁷ KUČERA, Zdeněk. Struktura a třídění kolizních norem. *Studie z mezinárodního práva*. 1982, č. 16, s. 65.

samotnou normou.²⁴⁸ Tyto cíle lze dle Symeonidese rozdělit do tří základních skupin,²⁴⁹ kterými jsou:

- preference platnosti právního jednání,
- preference určitého statusu,
- preference postavení určité osoby.

Vzhledem k tomu, jak s tímto členěním pracuje Rozehnalová, lze usuzovat, že se s tímto členěním také ztotožňuje.²⁵⁰ O preferenčním přístupu hovoří také Boele-Woelki s van Intersonem. Činí tak v souvislosti s hromaděním hraničních určovatelů, nikoliv však nutně v alternativní pozici – viz dále.²⁵¹

- preference platnosti právního jednání

Kombinace většího počtu hraničních určovatelů s cílem preferovat platnost právního jednání se objevuje v několika typizovaných případech spadajících do oblasti smluvního práva a práva dědického, konkrétně uzavírání smluv (*favour negotii*) a sepisování závětí (*favour testamenti*). První případ tradičně dopadá na problematiku formy právního jednání, což je možné prezentovat jak na vývoji české vnitrostátní úpravy, tak na úpravě unijní, případně na národních úpravách dalších evropských států. Česká úprava z roku 1963 v paragrafu 4 pro formu právního jednání umožňovala využití *lex causae* smlouvy, případně postačovalo, bylo-li učiněno zadost právu místa, kde došlo k projevu vůle, ledaže *lex causae* požadoval písemnou formu daného právního jednání. Rekodifikovaná úprava z roku 2012 poskytuje v § 42 alternativ ještě více než předchůdce. Ustanovení nabízí pružný výběr mezi hraničními určovateli *lex causae*, *lex loci actus*, obvyklý pobyt nebo sídlo jednáající osoby, resp. *lex rei sitae* nemovitosti, které se právní jednání týká (s omezením, že pokud *lex rei sitae* požaduje pro platnost právního jednání zachování určité formy, je nutné tento požadavek dodržet). Alternativy jsou vzájemně rovnocenné a právní jednání je považováno za platně učiněné, pokud vyhovuje požadavkům alespoň jednoho z určených právních řádů. Smyslem takového postupu je navázat na takový právní řád, jehož formální požadavky na dané právní jednání jsou dodrženy a tím je dosaženo

²⁴⁸ DE BOER, M. Ted Living Apart Together: The Relationship between Public and Private International Law. *Netherlands International Law Review*. 2010, vol. 57, no. 2, s. 298.

²⁴⁹ SYMEONIDES, C. Symeon. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law. In: BORCHERS, Patrik; ZEKOLL, Joachim (eds.). *International Conflict of Laws For the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, Transnational Publishers. 2001, s. 129 a násl.; SYMEONIDES, C. Symeon. *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress of Regress?* The Hague, Boston: Kluwer Law International, 2000, s. 48-60.

²⁵⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 38, 39.

²⁵¹ BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSON, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 17 a násl.

i z hmotněprávní stránky takového výsledku, který byl jednajícími (zpravidla) zamýšlen.²⁵² Formulace kolizní normy odpovídá zamýšlenému cíli, kterým je v tomto případě platnost právního jednání.

Podobně variabilní řešení bylo v české úpravě využito u formy plné moci dle paragrafu 44 odst. 4²⁵³ a určitá míra flexibility, byť výrazně menší, byla ponechána také pro formu rozhodčí smlouvy dle paragrafu 117 odst. 2. Nejen pro formu, ale účinky právního jednání jako takového učiněného zmocněncem, je využita škála alternativně nastavených hraničních určovatelů v paragrafu 44 odst. 2 a 3. V menší míře jsou alternativy využity i u účinků jednání na základě prokury.

Vedle výše uvedených případů, kdy se využitím hraničních určovatelů uplatňuje zásada *favor negotii*, jsou českou úpravou regulovány i případy, kdy se tato zásada neprojevuje. Je to například forma směnečného a šekového protestu, které se řídí pouze právem státu, v němž je třeba učinit protest (viz paragraf 43 odst. 4 ZMPS), nebo uzavření registrovaného partnerství, které je podrobena *lex loci actus* (viz § 67 odst. 2 ZMPS).

Stávající česká kolizní úprava formy právního jednání našla inspiraci v článku 11 nařízení Řím I, resp. Římské úmluvy, jejichž texty jsou z pohledu formy právního jednání v podstatě identické, který má navíc aplikační přednost. Unijní úprava je ještě propracovanější, oproti české navíc rozlišuje mezi smlouvami uzavíranými mezi osobami nacházejícími se v době uzavření smlouvy v téže zemi (odst. 1), respektive v různých zemích (odst. 2). Zejména v druhém případě je škála hraničních určovatelů opět poměrně široká – *lex causae*, *lex loci actus* u obou smluvních stran a také právo místa obvyklého bydliště stran.

Národní právní úpravy států, které vstoupily do Evropské unie před rozšířením v roce 2004, jsou ovlivněny existencí Římské úmluvy, což je patrné například na úpravě belgické²⁵⁴ či rakouské.²⁵⁵ Ovšem bývalé socialistické státy, jako například Maďarsko,²⁵⁶ využívaly úpravu

²⁵² PFEIFFER, Magda. § 42. In PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 281.

²⁵³ Škála je široká a zahrnuje právní řády uvedené v § 44 odst. 2 a 3, kde jsou uvedeny v alternativním vztahu *lex loci actus*, obvyklé bydliště zmocněnce nebo zastoupeného, *lex rei sitae* nemovitosti a *lex causae*, které jsou navíc doplněny právem místa, kde byla plná moc vystavena.

²⁵⁴ Viz článek 98 belgického ZMPS

²⁵⁵ Viz § 35 rakouského IPRG

²⁵⁶ Viz § 30 odst. 1 a odst. 3 původního maďarského ZMPS (*lex causae* a v případě neplatnosti dle tohoto práva postačuje, je-li smlouva platná dle *lex fori*, *lex loci actus* nebo právo místa zamýšlených účinků). Tato úprava byla zrušena Maďarským ZMPS.

obdobnou české úpravě z roku 1963, kterou případně převzaly i do aktuálních kodifikací – jako příklad lze uvést Bulharsko²⁵⁷ či Polsko,²⁵⁸ případně Estonsko.²⁵⁹ Shodnou úpravu obsahovalo i švýcarské právo.²⁶⁰ V současnosti je však nutné v těchto státech počítat (s výjimkou Švýcarska) s aplikační předností unijního práva, a tedy regulací v nařízení Řím I.

Zásada *favour testamenti* se v českém právu projevuje v § 77 odst. 2, podle něhož lze alternativně využít: *lex patrie* zůstavitele v době pořízení (zrušení) závěti, *lex patrie* zůstavitele v době úmrtí, *lex loci actus*, právo země obvyklého pobytu v době pořízení (zrušení), právo země obvyklého pobytu v době úmrtí, dědický status a *lex rei sitae* nemovitosti, pokud jde o věc nemovitou. V současnosti je nutné opět počítat s unijní úpravou v nařízení č. 650/2012 ze dne 4. července 2012 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a přijímání a výkonu veřejných listin v dědických věcech a o vytvoření evropského dědického osvědčení. To upravuje formu závěti v článku 27, který byl zcela evidentní inspirací pro českou národní úpravu.

Nelze na tomto místě opomenout smluvní unifikaci této oblasti, kterou představuje Haagská úmluva o právu použitelném pro formu pořízení pro případ smrti ze dne 5. října 1961. Tato úmluva má přes 40 smluvních států a v bodě 52 Preambule se k ní hlásí i unijní úprava, která v zásadě tuto úpravu převzala. Stejně tak učinily ve svých národních úpravách některé její smluvní státy, jako například Bulharsko²⁶¹ či Německo²⁶² a činí tak i úprava maďarská.²⁶³ Jiné smluvní státy nepřevzaly text, ale ve svých národních úpravách přímo na tuto úmluvu odkazují. Jedná se například o Belgie,²⁶⁴ Polsko²⁶⁵ nebo Švýcarsko.²⁶⁶ Podmíněnou alternací pro způsobilost k pořízení závěti a ostatní podmínky platnosti využívá rakouské národní právo v § 30 IPRG, podle něhož je právem primárně rozhodným osobní status zůstavitele v době pořízení závěti. V případě, kdy by podle tohoto práva platnost nebyla dána a jednání bylo platné dle osobního statusu zůstavitele v době smrti, použije se toto právo.

²⁵⁷ Viz článek 61 bulharského ZMPS (*lex causae* a *lex loci actus*)

²⁵⁸ Viz článek 25 polského ZMPS (*lex causae* a *lex loci actus*), shodné řešení obsahoval i článek 12 předcházející úpravy z roku 1965

²⁵⁹ Viz § 37 estonského ZMPS (*lex causae*, *lex loci actus*)

²⁶⁰ Viz článek 126 švýcarského IPRG (*lex causae* nebo *lex loci actus*. Druhé zmíněné je však omezeno ve prospěch prvního s cílem preference jedné ze stran závazkového vztahu v situaci, jestliže *lex causae* požaduje určitou formu za účelem ochrany této strany).

²⁶¹ Viz článek 90 odst. 2 bulharského ZMPS

²⁶² Viz článek 26 EGBGB

²⁶³ Viz § 64 maďarského ZMPS (shodná úprava byla obsažena i v 36 odst. 2 původního maďarského ZMPS)

²⁶⁴ Viz článek 83 belgického ZMPS

²⁶⁵ Viz článek 66 polského ZMPS

²⁶⁶ Viz článek 93 švýcarského IPRG

Forma právního jednání, ať se již jedná o kroky směřující k uzavření smlouvy, či pořízení nebo zrušení závěti, je jednou z náležitostí tohoto právního jednání předurčující jeho platnost či neplatnost. Z národních kolizních úprav řady států, respektive unifikačních úprav regionálního i univerzálního charakteru, je ovšem evidentní, že forma jakožto náležitost právního jednání je pojímána liberálně. Právní úpravy jsou koncipovány takovým způsobem, aby tato náležitost mohla být posuzována dle většího počtu právních řádů, které jsou si rovny. Postačuje proto, aby forma byla dodržena dle alespoň jednoho z uvedených právních řádů. A čím více jich je jako hraniční určovatel využito, tím větší pravděpodobnost platnosti takového právního jednání je zajištěna – to platí zejména o výše zmíněné Haagské úmluvě, respektive právních rádech touto úmluvou inspirovaných a unijní úpravě.

- preference určitého statusu

Statusem, který je preferován, je osobní status ve smyslu adopce, legitimacy, manželství či rozvodu. Důvod takového postupu je zřetelný – preferovat existenci určitého statusu, z něhož jeho držitel nějakým způsobem benefituje, případně do něj zamýšlel vstoupit.

Platně realizovaná adopce je bezpochyby cíl, z něhož benefituje dítě. Možnost hodnotit splnění podmínek pro adopci perspektivou většího počtu právních řádů je z tohoto pohledu možným flexibilním mechanismem, který umožní konstatovat naplnění podmínek ve vyšším počtu případů. Je otázkou, zda je mechanismem vhodným. Zájem dítěte je bezpochyby kritériem, které je určující, neboť právě zájem dítěte má být dosažen a chráněn. Belgické právo za tímto účelem kombinuje alternaci hraničních určovatelů, ale navíc s kaskádovitě nastaveným pravidlem. Vytváří proto poměrně komplikovanou kombinaci,²⁶⁷ kdy primárně se postupuje dle *lex patrie* osvojitele, respektive obou osvojitelů. Toto řešení je prvním stupněm kaskádovitěho pravidla, které obsahuje několik hraničních určovatelů. Vzhledem k tomu, že kaskádovitě koncipované hraniční určovatele jsou předmětem pojednání níže, nebudeme nyní tuto část blíže rozebírat. Pro rozbor alternativních pravidel je relevantní to, že k této kaskádě je připojeno další pravidlo. Alternativně k pravidlům z kaskády lze použít *lex fori*, a to pouze za podmínek a) zjevného poškození vyššího zájmu osvojence (dítěte) a b) jestliže osvojitel či osvojitelé zjevně mají úzkou vazbu k Belgii. Za předpokladu výhodnosti výsledku pro status dítěte lze využít alternativně k jiným právní řádům právo fóra. Upozorňujeme ještě na přístup, který zastává Fiorini. Považuje možnost použití belgického práva za speciální únikovou doložku,

²⁶⁷ Viz článek 67 belgického ZMPS

nikoliv za „obyčejné“ alternativní pravidlo k předcházející kaskádě.²⁶⁸ Považujeme za diskutabilní, zda toto ustanovení považovat za únikovou doložku. Fiorini uvádí své pojednání o únikových doložkách tím, že použití únikové doložky je podmíněno tím, že posuzovaná právní otázka má užší vztah k jinému právu než právu rozhodnému, které bylo určeno pomocí primární kolizní normy.²⁶⁹ Článek 67 však použití belgického práva podmiňuje splněním dvou podmínek, z nichž jedna je představována úzkým vztahem osvojitele(ů) k Belgii. Nejedná se však o situaci, kdy belgické právo musí nutně vykazovat užší vztah k danému případu než právo jiné. To je navíc umocněno tím, že osvojenec úzký vztah k Belgii mít nemusí. Kloníme se proto k závěru, že i přes zkoumání zájmu dítěte, což představuje hmotněprávní aspekt rozhodování, se jedná o pravidlo alternativní, nikoliv o únikovou doložku.

Belgické právo se snaží být flexibilní a preferovat již pouhé dosažení výsledného stavu, tj. adopci dítěte, což činí tím, že v zájmu dítěte při dostatečně silném spojení k belgickému státnímu území postačuje naplnění podmínek pro adopci dle belgického práva, řada jiných právních řádů se zaměřuje více na stabilitu výsledného stavu, nikoliv na jeho samotné dosažení. České právo v § 61 ZMPS je na pomezí mezi těmito dvěma přístupy. Primárně požaduje splnění podmínek jak podle *lex patrie* osvojence, tak osvojitele. Pokud adoptují manželé, musí být splněny podmínky *lex patrie* obou manželů a osvojence. Hraniční určovatelé jsou tedy nastaveny nikoliv alternativně, ale kumulativně. Vedle toho ale česká úprava, podobně jako úprava belgická, umožňuje výjimečně použít právo fóra, tj. právo české, jestliže by zahraniční právo adopci neumožňovalo, případně pouze za okolností mimořádně tíživých, a pouze za předpokladu, že jeden z osvojujících manželů nebo osvojenec mají v České republice obvyklý pobyt. Úprava byla převzata z úpravy předcházející, má tedy v českém prostředí dlouholetou tradici.²⁷⁰ Zřetelná preference stability výsledného statusu, k níž je cíleno prostřednictvím kumulativních hraničních určovatelů, může být odsunuta aplikací posledního zmíněného pravidla. Je tak činěné s plným vědomím toho, že taková adopce by následně v dalších relevantních právních řádech nebyla uznána.²⁷¹ Pauknerová o tomto ustanovení, stejně jako Fiorini o úpravě belgické, hovoří jako o zvláštní únikové doložce.²⁷² Sama sice připouští, že tento názor není jediný a že se objevují i názory hovořící o doložkách k zamezení tvrdosti,

²⁶⁸ FIORINI, Aude. The Cofification of Private International Law: The Belgian Experience. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, no. 2, s. 514.

²⁶⁹ *Ibid.*, s. 513.

²⁷⁰ Důvodová zpráva k ZMPS, s. 61

²⁷¹ KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 178

²⁷² PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 22, 23.

nicméně uzavírá, že z hlediska „úniku“ mezi těmito doložkami nevidí podstatný rozdíl.²⁷³ Z hlediska praktického souhlasíme, důsledek je shodný, i přesto však z hlediska čistě teoretického, doktrinnálního, určitý posun spatřujeme, jak jsme jej nastínili výše.

Kumulativní koncepci bez možnosti odchylek využívá také právo bulharské²⁷⁴ nebo rakouské.²⁷⁵ Bulharská úprava navíc v případě adopce bulharského státního občana vyžaduje souhlas ministerstva spravedlnosti. Souhlas státního orgánu (poručenského úřadu) požadovala také maďarská kolizní úprava.²⁷⁶ Pouze *lex fori* využívají nizozemská²⁷⁷ (výjimkou je použití *lex patrie* dítěte na souhlas dítěte či konzultaci s rodiči dítěte) a švýcarská úprava.²⁷⁸

Zejména z porovnání belgické úpravy s úpravami obsahujícími kumulativní hraniční určovateli, je patrné, že preference určitého statusu může být pojímána dvěma zcela odlišnými pohledy, již je dosahováno prostřednictvím sice kumulace hraničních určovatelů, ale s odlišně nastaveným vzájemným vztahem. Symeonides počítá pouze s jednou z těchto variant – s alternativními hraničními určovateli. Nutno podotknout, že v této souvislosti zmiňuje právě belgickou úpravu, žádný jiný příklad nepodává.²⁷⁹ Využitím takového vzájemného vztahu hraničních určovatelů je dosažena větší flexibilita výsledného rozhodování a dochází k preferenci již pouhého dosažení chtěného statusu, v tomto případě adopce dítěte. Preferenci určitého statusu lze ovšem vnímat i pohledem odlišným – perspektivou jeho stability, akceptováním v dosahu co neširšího spektra právních řádů, respektive alespoň těch právních řádů, které se v okamžiku realizace adopce jeví jako relevantní – práv jak osvojence, tak osvojitele či osvojitelů. Je to dáno mimo jiné tím, že právní řády stanoví řadu podmínek, které musí být pro platnou adopci naplněny, zejména, pokud je osvojencem nezletilé dítě.²⁸⁰ Nelze proto nic namítat proti koliznímu přístupu, který klade důraz právě na stabilitu chtěného statusu, čehož ale nedosáhne využitím vyšší míry flexibility, ale naopak, zdůrazněním rigidity. Smyslem takového přístupu je dosažení stavu, kdy podmínky pro adoptování budou považovány za naplněné pohledem relevantních právních řádů, a adopci proto nebude možné

²⁷³ PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 23.

²⁷⁴ Viz článek 84 odst. 1, 2 a 4 bulharského ZMPS

²⁷⁵ Viz § 26 rakouského IPRG

²⁷⁶ Viz § 43 odst. 3 maďarského ZMPS

²⁷⁷ Viz článek 10.105 nizozemského OZ

²⁷⁸ Viz článek 77 švýcarského IPRG

²⁷⁹ SYMEONIDES, C. Symeon. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law. In: BORCHERS, Patrik; ZEKOLL, Joachim (eds.). *International Conflict of Laws For the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, Transnational Publishers. 2001, s. 9.

²⁸⁰ NOVÁKOVÁ, Markéta. § 62. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 421.

v těchto zemích napadnout. I takovým způsobem lze preferovat určitý status. Není smyslem této práce zkoumat, který z těchto přístupů zajistí pro dítě výhodnější výsledek, nicméně některé příklady z nedávné české justiční praxe, týkající se zejména statusu dětí stejnopohlavních rodičů, mohou poskytnout vodítko.

Dalším možným preferovaným statusem je manželství, případně rozvod. Příkladem úpravy nastavené *favour matrimonii* je úprava švýcarská,²⁸¹ která primárně odkazuje na právo fóra a alternativně k národnímu právu alespoň jednoho ze snoubenců (nemusí být naplněny kumulativně podmínky dle právních řádů obou snoubenců). Toto řešení představuje mezi úpravami podmínek pro uzavření manželství nejčistší podobu alternace mezi hraničními určovateli. Je to opět příklad, který uvádí i Symionides, a opět se jedná o příklad spíše výjimečný. Bulharské právo²⁸² odkazuje na *lex patrie* každého ze snoubenců. Stejný postup využívá i právo české v § 48 odst. 1 ZMPS, rakouské²⁸³ (zprostředkovaně přes ustanovení o osobním statusu) a částečně také německé.²⁸⁴ To navíc umožňuje, pokud nejsou naplněny podmínky dle *lex patrie*, podmíněně využít alternativu v podobě *lex fori*, tj. práva německého. Musí být ale naplněny kumulativně tři podmínky (jeden ze snoubenců žije v Německu nebo má německé občanství, oba snoubenci podnikli přiměřené kroky ke splnění požadavků a odmítnout uzavření manželství je neslučitelné se svobodou uzavření manželství). Nizozemské právo²⁸⁵ umožňuje použít *lex fori*, jestliže jeden ze snoubenců má v Nizozemí bydliště či má nizozemské občanství, jinak požaduje u každého ze snoubenců splnění podmínek dle *lex patrie* (u osob s větším počtem občanství má být použito to, k němuž má daná osoba nejužší vztah). Jedná se tedy sice o alternativu, nicméně možnost využití nizozemského práva je podmíněna nizozemským občanstvím či bydlištěm jednoho z manželů.²⁸⁶ Z nastíněného rozboru je evidentní, že použitím alternativních hraničních určovatelů lze zajistit preferenci statusu, v tomto případě manželství, nicméně reálné přístupy států tomu spíše nesvědčí.

Jako příklad preference určitého statusu je uváděno i otcovství, resp. rodičovství. Z analýzy právních řádů ovšem vyplývá, že ani v tomto případě nejsou názory jak postupovat jednotné.

²⁸¹ Viz článek 44 švýcarského IPRG

²⁸² Viz článek 76 bulharského ZMPS

²⁸³ Viz § 17 rakouského IPRG

²⁸⁴ Viz článek 13 EGBGB

²⁸⁵ Viz článek 10.28 nizozemského OZ

²⁸⁶ BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSÓN, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 17.

Čistou alternativu využívá německé právo,²⁸⁷ kdy lze rozhodovat dle práva obvyklého pobytu dítěte nebo ve vztahu ke každému z rodičů dle práva státu, jehož je daný rodič státním příslušníkem. Ostatně, tento příklad využívá pro účely svého rozboru i Symeonides. Další právní řády již takto čistou podobu alternativního vztahu nevyužívají. Bulharské kolizní právo²⁸⁸ odkazuje na *lex patrie* dítěte nabytého narozením. Je-li to pro dítě výhodnější, lze alternativně využít *lex patrie* pozdější nebo právo místa obvyklého pobytu nebo právo, které je rozhodné pro osobní vztahy mezi rodiči v době narození dítěte. Bulharské pravidlo tedy obsahuje dvě úrovně alternativ, kdy použití druhé skupiny obsahující tři alternativní hraniční určovatele je vůči první variantě podmíněno výhodností pro dítě. Obdobně jako u bulharského práva je podmíněná alternace využita i právem českým. Primárně má být určení rodičovství podřízeno *lex patrie* dítěte získanému narozením. V zájmu dítěte je možné postupovat dle místa obvyklého pobytu matky v době početí (nikoliv narození). Odkaz na dobu početí může v praxi představovat praktické problémy v hraničních případech, kdy bude patrně nutné vycházet z kteréhokoliv místa, kde k početí mohlo dojít – nicméně toto řešení zvyšuje pravděpodobnost určení rodičovství, takže odpovídá nejlepšímu zájmu dítěte.²⁸⁹ Pauknerová i případě této možnosti využití doplňkové varianty podmíněné zájmem dítěte hovoří o speciální únikové doložce.²⁹⁰

Jak v případě bulharského, tak i českého práva hraje roli hmotněprávní posouzení, kdy rozhodující orgán musí zkoumat a hodnotit výhodnost pro dítě, respektive zájem dítěte. Máme za to, že i přes odlišné slovní vyjádření sledují obě právní úpravy shodný cíl. V tomto konkrétním případě je to právo na rodinu, respektive právo znát své rodiče, které vyplývají z řady mezinárodních úmluv týkajících se základních lidských práv a svobod.²⁹¹ Je ovšem otázkou, zda tato pravidla stále ještě vnímat jako pravidla preferující určitý status, nebo se již jedná o pravidla preferující postavení určité osoby.

Rakouské právo precizně rozlišuje mezi určením původu manželského dítěte,²⁹² kdy je právem rozhodným *lex patrie* manželů, pokud mají odlišné, tak *lex patrie* dítěte. Nejedná se tedy o hraniční určovatele alternativně poskládané, ale o kaskádovité pravidlo. Určení otcovství

²⁸⁷ Viz článek 19 EGBGB

²⁸⁸ Viz článek 83 bulharského ZMPS

²⁸⁹ GRYGAR, Jirí. § 54. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 364.

²⁹⁰ PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 24.

²⁹¹ Viz např. Úmluva o právech dítěte, Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech, Listina základních práv Evropské unie

²⁹² Viz § 21 rakouského IPRG

nemanželského dítěte²⁹³ se řídí *lex patrie* dítěte v době narození. Lze použít i *lex patrie* pozdější, jestliže podle dřívějšího osobního statutu určení otcovství přípustné není, zatímco podle pozdějšího ano. Zde lze již o alternativním pravidle hovořit, nicméně alternativní použití pozdějšího *lex patrie* je podmíněno nemožností splnit hmotněprávní podmínky dle *lex patrie* dřívějšího – roli tedy hraje opět hmotněprávní posouzení. Slovní vyjádření je odlišné od úpravy bulharské či české. V jejich případě má být zkoumána výhodnost, respektive zájem dítěte. Rakouská norma je koncipována, alespoň gramaticky, objektivněji – nelze-li hmotněprávně postupovat dle jedné varianty, bude využita cesta druhá (tímto se tato koncepce odlišuje od kaskádovitých hraničních určovatelů, které jsou koncipovány tak, že k dalšímu stupni kaskády se přistoupí tehdy, nelze-li z kolizního hlediska postupovat dle varianty předcházející). Je ovšem nutné položit si otázku, co stojí za zkoumáním zájmu (výhodnosti) v případě bulharské a české úpravy. Zájemem dítěte, který je deklarován i ve zmíněných mezinárodních úmluvách, je právo na rodinu a na informaci o rodičích. Rakouská úprava je v tomto ohledu explicitní, bulharská a česká schovávají tentýž cíl implicitně za pojmy zájem dítěte či výhodnost. Z aplikačního hlediska je ovšem pojetí těchto právních řádů shodné.

Pouze jeden hraniční určovatel, a to *lex patrie* dítěte pro určení otcovství nebo mateřství, využívalo maďarské právo.²⁹⁴ Nová úprava od roku 2017 navíc umožňuje použití jiného práva úzce spojeného s případem, jestliže dle *lex patrie* by rodičovství nebylo určeno a použití tohoto jiného práva by bylo pro dítě výhodnější.²⁹⁵

Pouze *lex patrie* je využito v polském²⁹⁶ mezinárodním právu soukromém, pouze s upřesněním, že se jedná o *lex patrie* v okamžiku narození. Kaskádovité pravidlo obsahuje švýcarské právo.²⁹⁷ Primárně má být použito místo obvyklého pobytu dítěte a následně, pokud ani matka ani otec nemají bydliště ve státě obvyklého bydliště dítěte, ale všichni mají shodnou státní příslušnost, použije se toto právo. Sofistikovanou úpravu obsahuje nizozemské právo, které počítá se situacemi, kdy žena, která dítě porodí, nemusí být biologickou matkou a nemusí být následně v rodinně-právním vztahu s dítětem.²⁹⁸ Jako příklad uvedeme pouze ustanovení o určení otcovství soudem, kdy má být primárně použito právo státu, jehož jsou muž a žena oba státními příslušníky, pokud takové není, tak právo státu, kde mají oba společné místo bydliště,

²⁹³ Viz § 25 rakouského IPRG

²⁹⁴ Viz § 42 původního maďarského ZMPS

²⁹⁵ Viz § 32 maďarského ZMPS

²⁹⁶ Viz čl. 55 polského ZMPS

²⁹⁷ Viz čl. 68 švýcarského IPRG

²⁹⁸ Viz článek 10:92 nizozemského OZ

a pokud takové není, tak právo státu bydliště dítěte. Opět se tedy jedná o pravidla nikoliv alternativní, ale kaskádovitá.²⁹⁹

Je evidentní, že i u další oblasti, která bývá prezentována jako příklad pro využití alternativních hraničních určovatелů, není výsledné srovnání tomuto závěru nakloněno. Alternace hraničních určovatелů se sice objevuje, ale je menšinová.

Rádi bychom upozornili na ještě jeden aspekt. U problematiky určování rodičovství jsme uvedli, že v situaci, kdy alternace mezi hraničními určovateli je podmíněna zkoumáním zájmu dítěte, respektive výhodnosti pro dítě, se dostáváme na hranu mezi situacemi, kdy je preferován určitý status či jeho dosažení, a situacemi, kdy je preferován určitý subjekt. Tření těchto dvou oblastí si uvědomuje i Symeonides, když sám uvádí, že preferencí určitého statusu dochází zároveň k preferenci osoby, jejíž zájmy na tomto statusu závisí, respektive v jejímž zájmu dosažení daného statusu je.³⁰⁰ Zejména v situacích, kdy je preferováno dosažení statusu subjektu, který je zároveň vnímán jako subjekt slabší, hoden ochrany (dítě), se jeví rozlišování, zda se jedná o preferenci statusu či subjektu, jako násilné. To stejné lze uvést i u statusu osvojení a osvojence. Zde je to navíc ještě komplikováno tím, zda bude kladen důraz na dosažení statusu osvojení osvojencem, kdy z tohoto těžší osvojencem a dochází zároveň k preferenci jeho jako osoby, nebo bude kladen důraz na stabilitu tohoto vztahu pohledem dotčených právních řádů. Stabilita poté není dosažena alternací právních řádů, ale požadavkem na splnění podmínek všech těchto dotčených právních řádů.

- preference určité osoby

Preference určité osoby může být dosažena několika způsoby. Symeonides rozlišuje tři. Může se jednat o výběr mezi několika hraničními určovateli, který provádí rozhodující orgán, ať již volně dle svého uvážení či je limitován určitými kritérii. Druhou variantou může být výběr, který provádí preferovaná osoba, ať již před či po vzniku sporu, přičemž výběr může být omezen na varianty zákonodárcem předdefinované. Posledním způsobem je ochrana subjektu

²⁹⁹ Viz článek 10:95 nizozemského OZ, podrobněji také BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSÓN, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 18.

³⁰⁰ SYMEONIDES, C. Symeon. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law. In: BORCHERS, Patrik; ZEKOLL, Joachim (eds.). *International Conflict of Laws For the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, Transnational Publishers. 2001, s. 10.

před nepříznivými důsledky volby práva, ať vnučené, tak učiněné bez dostatečného vědomí důsledků.³⁰¹

Výběr realizovaný soudem – *lex loci delicti commissi* vs. *lex loci damni infecti*. Příklady k prvním dvěma způsobům nalezneme v oblasti mimosmluvních závazků. Čistým příkladem použití dvou alternativních hraničních určovateli bylo znění § 15 ZMPS z roku 1963. Mimosmluvní nároky na náhradu škody byly podrobeny právu místa, kde škoda vznikla (*lex loci damni infecti*) nebo právu místa, kde došlo ke skutečnosti, která zakládala nárok na náhradu škody (*lex loci delicti commissi*). U řady deliktů toto odlišení pozbývá smysl, neboť obě skutečnosti nastanou na stejném místě, a tedy i ve stejném státě – bude se jednat o běžné příklady nedbalostních zranění, dopravních nehod, srážek na lyžích, tj. ve všech situacích, kdy se pachatel deliktu i poškozená osoba nacházejí v okamžiku deliktu na stejném místě, jsou ve „fyzickém“ kontaktu. Zde postačuje historicky původní hraniční určovatel *lex loci delicti*, tj. místo deliktu. Naopak u deliktů potenciálně distančních, jako je například nekalá soutěž, porušení osobních a osobnostních práv včetně pomluvy, poškození životního prostředí, nebo porušení práv duševního vlastnictví, u nichž může být delikt spáchán v jednom státě a jeho účinky se projevit jak v tomto, tak ve státě dalším, má toto rozlišení smysl a základní forma hraničního určovatele, tj. *lex loci delicti* nedává dostatečnou odpověď na otázku – co je tím důležitým, podstatným určujícím kritériem u mimosmluvního závazkového vztahu, které má určit rozhodné právo – místo, kde došlo k protiprávnímu jednání, které je příčinou negativního stavu (typicky způsobené škody), nebo místo, kde k tomuto negativnímu stavu dochází, tj. škoda se projevuje. Pro bližší uchopení argumentů ve prospěch jedné či druhé varianty je vhodné věnovat určitý prostor historickému vývoji v této oblasti.

Vnitřní členění kritéria *lex loci delicti* je výsledkem poměrně dlouhého vývoje. Tento zobecňující hraniční určovatel se objevuje již v textech z 13. století. Zmínky o tomto hraničním určovateli lze nalézt např. v práci stoupence statutární teorie Duranta (1237 – 1296).³⁰² Faktem ovšem je, že tehdejší juristé se zabývali spíše delikty trestními než civilními. To stejné lze uvést i u postglosátorů – zástupců statutární teorie, jako byl například Bartolus de Saxoferrato. Ten se zabýval dvěma základními modelovými situacemi. První z nich byla představována tím, že cizinec spáchá delikt na území státu fóra. A přichází s otázkou, zda může být cizinec, který

³⁰¹ SYMEONIDES, C. Symeon. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law. In: BORCHERS, Patrik; ZEKOLL, Joachim (eds.). *International Conflict of Laws For the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, Transnational Publishers. 2001, s. 5.

³⁰² MORSE, Christopher George John. Torts in Private International Law. In: GRAVESON, H. Ronald (ed.). *Problems in Private International Law*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1978, s. 23.

spáchá delikt ve státě fóra, v tomto státě podle práva tohoto státu potrestán. Odpověď spatřuje v tom, zda jednání, které cizinec uskutečnil, bylo deliktem podle právního řádu fóra. Druhou modelovou situací představuje příslušník státu fóra spáchá delikt v cizině, na kterou navazuje otázkou, zda může být potrestán ve svém domovském státě. A uzavírá, že to možné je, ovšem pouze za předpokladu, že domovský stát má v úmyslu rozšířit aplikaci svého práva i za svými hranicemi. Jestliže zde tento úmysl není přítomen, patří rozhodnutí právnímu řádu státu, kde byl delikt spáchán – tedy *lex loci delicti commissi*. Bartolus však nepodává příklady na doložení svého tvrzení. Kritérium *lex loci delicti* (ve variantě *lex loci delicti commissi*) se tedy v jeho dílech sice objevuje, není však možné z těchto náznaků dovozovat, že se jedná o obecně přijímaný hraniční určovatelský postavení. Tvrzení, že teorie *lex loci delicti* byla formulována již v dobách Bartolových, by proto bylo zkreslující.

Obsáhlejší práce s významnějším dopadem zabývající se delikty se v právní teorii neobjevují po dlouhé období, výraznější změna nastává až v 19. století s díly Savignyho a Wächtera. Ti ovšem zastánci kritéria *lex loci delicti* nebyli, kritizovali jej a pro mimosmluvní závazky se klonili k používání *lex fori*. Důvodem byly argumenty, že soud nemůže přebírat při posouzení nároku na náhradu škody z deliktu, obdobně jako při stanovení trestu, cizí právo s jeho představami spravedlnosti. Soud poskytuje právní ochranu a to může jen v tom rozsahu, který soud (podle svého práva) považuje za spravedlivý. Vedle toho se objevovaly názory ve prospěch kvalifikace norem deliktního práva jako norem imperativních, což opět vedlo k nutnosti aplikovat normy fóra.³⁰³

Používání *lex loci delicti* se opíralo zejména o teorii nabytých práv a o doktrínu *locus regit actum*. Podle teorie nabytých práv, jestliže žalobce nabyl právo v souladu s právním řádem spáchání deliktu, zasloužilo si toto právo uznání i podle právního řádu případného fóra. Vedoucí roli získalo kritérium *lex loci delicti* v pracích stoupence internacionalistické školy von Bara. Podle něj by aplikace kteréhokoliv jiného práva bylo porušením územní suverenity státu, kde byl delikt spáchán. Situaci, kdy by bylo možné nalézt jakýkoliv nárok podle právního řádu *lex fori* a přitom by neexistoval žádný podle *lex loci delicti*, shledával von Bar za nespravedlivou a za dávající podnět k *forum shopping*.³⁰⁴ Barova teorie ospravedlnění *lex loci delicti commissi* skrz teritoriální suverenitu našla odraz v common law systémech Velké Británie a Spojených států a přetrvala do určité míry také ve francouzské doktríně. Zastánci této teorie argumentovali

³⁰³ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 256.

³⁰⁴ MORSE, Christopher George John. *Torts in Private International Law*. In: GRAVESON, H. Ronald (ed.). *Problems in Private International Law*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1978, s. 24.

ve prospěch ospravedlnění zejména účelovostí, vhodností – subjekt nemůže být odsouzen za delikt podle právního řádu fóra, jestliže toto jednání nebylo trestné v místě, kde bylo vykonáno.³⁰⁵ V tom je již možné pozorovat výhodnost pro subjekt pachatele protiprávního jednání.

Hraniční určovatel *lex loci delicti* své výhody bezesporu má – jeho použití vede ve srovnání s *lex fori* k vyšší uniformitě rozhodování, čímž také dochází k upozadění jevu *forum shopping*. Argument vyšší míry uniformity není dnešním pohledem absolutní – je nabourán právě rozlišováním mezi místem protiprávního jednání a místem projevu účinků tohoto jednání. Nicméně v době formování těchto argumentů je kritériem *lex loci delicti* vnímána pouze varianta *lex loci delicti commissi*. Možný rozdíl v hmotněprávních úpravách práva fóra a *lex loci delicti* v tom smyslu, kdy by právo fóra jednání za deliktní považovalo, zatímco *lex loci delicti* již nikoliv, je jedním z dalších základních argumentů zastánců *lex loci delicti*. Pokud by došlo k situaci, kdy určité jednání by vykazovalo znaky protiprávnosti v místě jeho projevení, avšak nikoliv podle práva fóra, měl by soudce podle zastánců této teorie uznat vznik mimosmluvního závazku a podřídít jej normám *lex loci delicti commissi*.³⁰⁶ Další argument spočívá v očekávání stran, které patrně spojují ve většině případů následky svého jednání právě s místem, kde toto jednání realizují (argument, který hovoří ve prospěch pachatele protiprávního jednání v porovnání s kritériem *lex fori*). Konečně je to také respektování zájmu státu, kde se jednání odehrává, který volí určitá jednání, kvalifikuje je jako protiprávní a má zájem na ochraně integrity svého právního řádu.

Kritérium *lex loci delicti* ve verzi *delicti commissi* se vůči *lex fori* zřetelněji prosazovalo až od 30. let minulého století a kolizní úpravě mimosmluvních závazků dominovalo po druhé světové válce.³⁰⁷ Důvody, proč se nakonec prosadilo, shrnul přehledně Rohlík:

- vznik škody lze nejlépe posoudit podle práva místa, kde došlo k jedné z možných událostí, považovaných za příčinu škody;
- z hlediska teritoriální působnosti muselo být porušeno *lex loci delicti commissi* a tudíž výhradně ustanovení tohoto práva mohou stanovit následky jeho porušení.

³⁰⁵ MORSE, Christopher George John. Torts in Private International Law. In: GRAVESON, H. Ronald (ed.). *Problems in Private International Law*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1978, s. 25.

³⁰⁶ Jako výjimku z téměř absolutního používání *lex loci delicti commissi* Zimmerman vidí v možnosti využití *lex fori* u posouzení nároku na peněžitou náhradu ženy v případě jejího svedení. Jestliže by totiž *lex loci delicti commissi* toto nepřipouštěl, je možné využít *lex fori*. Jedná se ovšem o příklad poplatný době jeho použití. Viz ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 256.

³⁰⁷ Srovnej ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 257 a zejména ROHLÍK, J. Poznámka k novým tendencím při posuzování náhrady škody ex delicto v mezinárodním právu soukromém. *Časopis pro mezinárodní právo*. 1966, roč. 10, s. 59.

Tato kritéria lze zároveň vnímat i jako argumenty při výběru mezi *lex loci delicti commissi* a *lex loci damni infecti*. Na Rohlíka navázal Týč,³⁰⁸ který Rohlíkovy dvě teze dále rozvinul:

- na realizaci odpovědnosti z deliktu má největší zájem stát, kde byl delikt spáchán;
- odpovědnost je následek protiprávnosti, ta zase porušením objektivního práva, tudíž pro posouzení odpovědnosti je nutné postupovat podle práva, které bylo porušeno, tj. práva místa jednání;
- subjekt je podroben v okamžiku jednání právu místa jednání;
- právní vědomí pachatele jej vede k tomu, aby posuzoval své jednání podle práva platného v místě jednání;
- poškozený očekává, že mu bude škoda nahrazena podle práva místa protiprávního jednání.

Byť se po druhé světové válce kritérium *lex loci delicti (commissi)* pro delikty stalo široce akceptovatelným, začaly se během padesátých let minulého století zároveň objevovat úvahy o nedostatečnosti či nevhodnosti tohoto kritéria a o možnosti využití druhé verze *lex loci delicti*, a to *lex loci damni infecti*. K základním důvodům tohoto posunu patří stále výraznější internacionalizace mezinárodního života a s tím spojená rostoucí fluktuace obyvatelstva, s čímž byl spojen vzrůstající počet mimosmluvních závazkových vztahů mezi příslušníky téhož státu na území státu cizího.³⁰⁹ Dalším důvodem je postupná objektivizace dříve subjektivně vnímané odpovědnosti či vytváření různých typů objektivní odpovědnosti.³¹⁰

Zaměření zákonodárce se postupně posouvalo od postižení pachatele protiprávního jednání k adekvátnímu a spravedlivému odškodnění poškozeného. Tento hmotněprávní zájem byl s určitým odstupem následován i v rovině kolizní. Neutrálně vnímaný hraniční určovatel začal být vnímán jako kritérium vyhovující z kolizního hlediska tomu smyslu deliktního práva, který akcentuje postih škůdce. Druhá verze *damni infecti* byla oproti tomu vnímána jako varianta vyhovující optimálnímu odškodnění poškozeného.³¹¹ Zjednodušeně lze říci, že přestal být kladen důraz na sankční funkci, kdy použití právního řádu místa, kde vznikla škoda, bylo plně odůvodněné, a začal se objevovat důraz na funkci kompenzační. Pro tento účel použití práva

³⁰⁸ TÝČ, Vladimír. K některým kolizním otázkám náhrady škody ex delicto. In: *Sborník prací učitelů Právnické fakulty – VII*. Brno: Universita J.E.Purkyně, 1977, s. 189.

³⁰⁹ ROHLÍK, J. Poznámka k novým tendencím při posuzování náhrady škody ex delicto v mezinárodním právu soukromém. *Časopis pro mezinárodní právo*. 1966, roč. 10, s. 60.

³¹⁰ KRÁL, Richard. Ke kolizní úpravě občanskoprávní mimosmluvní odpovědnosti. *Právník*. 1989, roč. 128, č. 8, s. 687.

³¹¹ KRÁL, Richard. Ke kolizní úpravě občanskoprávní mimosmluvní odpovědnosti. *Právník*. 1989, roč. 128, č. 8, s. 687.

místa protiprávního jednání v mnoha případech selhává a jeho bezvýjimečná aplikace je tedy neudržitelná. Mezi tehdejší české zastánce výraznějšího používání hraničního určovatele *loci damni infecti* patřil Král, podle něhož kvůli neustálé objektivizaci institutu odpovědnosti přestává být odpovědnostní jednání v mnoha případech předpokladem vzniku odpovědnostního vztahu, neboť relevantní pro posouzení je následek jednání, nikoliv jednání samotné.³¹² Proto ani z kolizního hlediska následně není toto jednání tím podstatným kritériem, které by mělo rozhodnout o propojení mimosmluvního závazku a určitého teritoria, resp. právního řádu.

U postupného prosazování kritéria *lex loci delicti* vůči běžněji zastávanému *lex fori* bylo možné pozorovat určité náznaky preference subjektu pachatele – k jeho obraně bylo vyzdvihováno jeho oprávněné očekávání spojovat dovolenost či nedovolenost svého jednání s místem jeho realizace, respektive nedostatečnost oprávnění považovat jednání za deliktní pohledem práva fóra, jestliže by tak nečinilo právo místa jednání. Výběr mezi kritérii *delicti commissi* a *damni infecti*, respektive upřednostňování *damni infecti* je ještě zřetelněji vedeno preferencí poškozeného s cílem o dosažení adekvátní kompenzace. O preferenci pachatele protiprávního jednání při výběru *delicti commissi* místo *damni infecti* lze hovořit již obtížněji, neboť důraz na represivní funkci deliktního práva lze za preferenci určitého subjektu považovat jen stěží.

Vraťme se zpět k české úpravě § 15 ZMPS z roku 1963. Ten, jak bylo uvedeno, využívá alternativně obě verze hraničního určovatele *lex loci delicti*. Nepodává žádná vodítka, jak postupovat při výběru mezi nimi, ani kdo je k tomuto výběru oprávněn. Z hlediska výběru mezi oběma hraničními určovateli připadá v úvahu rozhodující orgán, soud, ale také jedna ze stran mimosmluvního závazku. O výběru oběma stranami mimosmluvního závazku v této souvislosti neuvažujeme. Jednalo by se již o volbu práva, byť ta by mohla být omezena pouze na právní řády určitelné prostřednictvím těchto dvou hraničních určovatelů. Možnost volby práva však terminologie ustanovení nijak nenaznačuje, navíc nebyla obecně v době přijetí tohoto ustanovení běžně přijímaným kolizním pravidlem u mimosmluvních závazků. Podle Kučery³¹³ je k tomu oprávněn pouze soudce (příp. i rozhodce), který by se měl řídit hlediskem kolizní spravedlnosti. Svoje tvrzení odůvodňuje jednak tím, že nic v textu zákona nenasvědčuje tomu, že výběr může být proveden i poškozeným. Argumentuje ale i rovností účastníků soukromoprávního vztahu (s mezinárodním prvkem), která by byla narušena, kdyby jeden u účastníků mohl volit mezi dvěma právními řády, přičemž by volil právo pro něj výhodnější.

³¹² KRÁL, Richard. Ke kolizní úpravě občanskoprávní mimosmluvní odpovědnosti. *Právník*. 1989, roč. 128, č. 8. s. 691, 692.

³¹³ KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. opr. a dopl. vyd. Brno: Doplněk, 2009, 462 s.

Navíc poukazuje i na to, že odpovědnost může vzniknout i osobě, které nelze přičítat zavinění či ani nejednala protiprávně.³¹⁴ Tichý oponuje názorem, že výběr může uskutečnit nejen soudce, ale i účastníci deliktního odpovědnostního vztahu vedeni hlediskem materiální spravedlnosti.³¹⁵ Takové řešení využívá italské právo, kdy primárně je využito kritérium *damni infecti*, ale poškozený může požadovat použití práva *delicti commissi*.³¹⁶ Česká judikatorní praxe i pozdější teorie se přiklonila ke Kučerovi a výběr byl realizován pouze soudem. Proto tuto variantu považujeme za příklad první skupiny, kdy výběr mezi alternujícími hraničními určovateli provádí soud.

Tichého úvaha nastíněna výše otevírá prostor pro další otázku, a to, zda má být výběr realizován kolizním pohledem, či je možné zapojit materiální úvahy směrem k výsledkům poskytovaným dotčenými právními řády. Tato otázka má smysl právě jen u výběru realizovaného soudem, neboť u výběru realizovaného stranou je odpověď evidentní.

Jak jsme uvedli výše, již samotné vnitřní členění *lex loci delicti* v sobě skrývá materiální podtext – kombinace takovýchto hraničních určovatelů umožňuje jak zdůraznění represivní a preventivní funkce deliktního práva, tak funkce kompenzační. Má být výběr mezi oběma variantami činěn s ohledem na tento zájem v pozadí a tím pádem má být brán v potaz i obsah výsledného rozhodného práva, nebo má být výběr sám o sobě realizován neutrálně, hledáním užšího teritoriálního propojení a následně, dle výběru jednoho či druhého práva, dojde k upřednostnění jedné či druhé funkce hmotného deliktního práva? Tedy má být výběr realizován s cílem dosažení materiální spravedlnosti či spravedlnosti kolizní? Kučera se kloní k výběru vedeném kolizní spravedlností – soudce podle něj má vybrat ten právní řád, jehož vztah je k danému právnímu poměru vzhledem k okolnostem významnější, přičemž uvádí například bydliště poškozeného ve státě vzniku škody, a tudíž i projev nepříznivých důsledků v životě poškozeného v tomto státě.³¹⁷ Tichý v souvislosti s výběrem hovoří o materiální spravedlnosti (viz výše), byť tak činí primárně se stranou mimosmluvního závazku, u které by očekávání kolizně-spravedlivého výběru bylo, jak jsme již zmínili, zcela iluzorní. Vodítko výběru nabízí i Týč. Podle něj je kritérium *lex loci delicti commissi* vhodnější tam, kde je známo místo deliktního jednání, lze jej určit, a kde nelze jednoznačně specifikovat místo, kde vznikla

³¹⁴ KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 133

³¹⁵ viz TICHÝ, Luboš. *Náhrada škody při mimosmluvním porušení povinnosti*. kand. dis. práce, Praha, 1982, příloha IV.

³¹⁶ Viz § 62 zákona o reformě italského systému MPS

³¹⁷ KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 133.

škoda, např. proto, že se projevila ve více státech. Naopak *lex loci damni infecti* by volil v případě, kdy místo protiprávního jednání bude nahodilé nebo z jiného důvodu nepodstatné.³¹⁸ Lze proto dovodit, že i on se kloní k výběru vedeném kolizní spravedlností.

Za relevantní považujeme i následující pohled. Jestliže by při výběru mezi oběma hraničními určovateli byla akcentována pouze kolizní spravedlnost, byl by tím v podstatě popřen důvod samotného vyčlenění kritéria *damni infecti* z původního obecného *lex loci delicti*. Tím byl právě posun od důrazu na potrestání pachatele ke kompenzaci poškozeného. A perspektivou našeho rozboru preference určité osoby – poškozeného. Na dalším vývoji právní úpravy je tento posun patrný. Již nikoliv národní česká, ale unifikovaná unijní úprava v nařízení Řím II používá jako základní (obecný) hraniční určovatel kritérium *lex loci damni infecti*. Použití *lex loci delicti commissi* je dokonce výslovně vyloučeno.³¹⁹ Toto naše tvrzení ovšem nic nemění na faktu, že v českém prostředí převládal názor Kučerův a akcent kolizní spravedlnosti bez ohledu na hmotněprávní výsledek vycházející z dotčených právních řádů.

Výběr realizovaný se zcela zřejmým cílem preference poškozeného obsahovala maďarská kolizní úpravě mimosmluvních závazků z roku 1979. Mimosmluvní závazky se řídily *lex loci delicti commissi*. Pokud to však bylo pro poškozeného výhodnější, použilo se *lex loci damni infecti*. Z textu ustanovení je zřejmé, že výběr prováděl soud, který byl i odpovědný za posouzení, která z právních úprav je pro poškozeného výhodnější. Pochybnosti o způsobu výběru jako u české právní úpravy proto nevznikaly. Aplikace ustanovení proto po soudu vyžadovala, aby komparoval oba relevantní právní řády. Jak ale upozorňuje Szabó, judikatura si z tohoto ustanovení vytvořila skrytou možnost, jak dospět k aplikaci práva fóra.³²⁰

Výběr realizovaný stranou. Také druhou variantu výběru, kdy tento je realizován stranou, lze prezentovat na kolizní úpravě mimosmluvních závazků, a to na způsobu určení rozhodného práva pro následky poškození životního prostředí, konkrétně článku 7 nařízení Řím II. Toto ustanovení explicitně umožňuje osobě, která uplatňuje nárok na náhradu škody na životním prostředí, aby zvolila mezi primárně předpokládaným právem dle článku 4 odst. 1, tj. právem země, kde škoda vznikla, a právem země, kde došlo ke skutečnosti, jež vedla ke vzniku škody.

³¹⁸ TÝČ, Vladimír. K některým kolizním otázkám náhrady škody ex delicto. In: *Sborník prací učitelů Právnické fakulty – VII*. Brno: Universita J.E.Purkyně, 1977, s. 190

³¹⁹ Viz článek 4 odst. 1 nařízení Řím II.

³²⁰ SZABÓ, Sarolta. An Overview of the Hungarian PIL Codification: Law Governing Contracts [online]. s. 2 [cit. 26. 2. 2019].

Jedná se tedy obdobně jako v případě českého paragrafu 15 o výběr mezi variantami *damni infecti a delicti commissi*, ovšem s tím rozdílem, že výběr neprovádí rozhodující orgán, ale postižená strana, tedy žalobce. Navíc je to typický příklad, kdy k oddělení těchto dvou míst dochází. Při formulování tohoto ustanovení bezpochyby hrála roli jak pozice ochrany životního prostředí v dnešní socioekonomické realitě, tak skutečnost, že právní řády v tomto ohledu vykazují značné rozdíly, zmínit je možné promlčecí lhůty, pravidla pro odškodnění, možnosti sdružování žalob nebo výše náhrad.

Článek 7 vychází z obecného pravidla použitého v Nařízení, tedy *lex loci damni infecti*. Žalobce má ale právo volby a v případě zájmu může zvolit *lex loci delicti commissi*. Vzhledem k tomu, že volba je dána do dispozice straně, je evidentní, že ta ji bude realizovat s ohledem na co nejlepší zabezpečení svých zájmů, ať již z hlediska vyšší úrovně ochrany nebo možnosti vyšší náhrady. Ustanovení proto má i preventivní účinky pro subjekty provozující činnost, která může mít potencionální negativní vliv na životní prostředí, aby dodržovaly vyšší standardy bezpečnostních opatření svých států, i když tyto sousedí se státy s nižšími standardy. V opačném případě by mohly být subjekty motivovány k umístování nebezpečných provozů na hranice států, kde mohou toxické látky vypouštět na území druhého státu. Tato idea je však částečně nabourána čl. 17, podle něhož musí soud přihlížet k „*safety rules*“ státu, kde nastala skutečnost mající za následek vznik škody. Tato problematika bude podrobněji pojednána níže. Úvaha platí i obráceně, tj. pro situace, kdy je provoz umístěn ve státě s nižším standardem, nicméně pro řešení této situace postačuje použití obecného pravidla. Nelze ovšem opomíjet fakt, že výše uvedené platí pouze za předpokladu, že fórum pro řešení případného konkrétního sporu bude v Evropské unii, respektive finální rozhodnutí vydané soudem na území Evropské unie bude uznatelné a vykonatelné ve státě odpovědné osoby.

Preference subjektu – osoby domáhající se náhrady škody, je odůvodnitelná také tím, že poškození životního prostředí bude ve většině případů způsobeno provozní činností, kdy pachatel protiprávního jednání disponuje finančními prostředky a odbornými a právními znalostmi na takové úrovni, která jej staví do výhodnější, silnější pozice. Z hlediska členění, které používá Symeonides,³²¹ se v tomto případě jedná o volbu uskutečněnou poté, co dojde k jednání, které je příčinou sporu, případně až v souvislosti se samotným uplatněním nároku u soudu určitého státu. U mimosmluvních závazků je to z faktického hlediska pochopitelné,

³²¹ SYMEONIDES, C. Symeon. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law. In: BORCHERS, Patrik; ZEKOLL, Joachim (eds.). *International Conflict of Laws For the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, Transnational Publishers. 2001, s. 11.

neboť před vznikem mimosmluvního závazku strany mezi sebou jiný kontakt právního charakteru nemají, respektive mít nemusí.

Dalším příkladem, kdy je možné dle některých právních úprav realizovat volbu práva jednou stranou poté, co dojde k deliktnímu jednání, je odpovědnost za škodu způsobenou vadou výrobku. Volba práva není v tomto případě možná dle unifikované unijní úpravy, ale dle některých národních úprav nebo dle Haagské úmluvy o právu použitelném pro odpovědnost za výrobek. Švýcarské právo umožňuje poškozenému volit mezi právem státu, v němž má odpovědná osoba provozovnu nebo, pokud taková není, svůj obvyklý pobyt, a mezi právem státu, v němž byl výrobek zakoupen, ledaže by osoba odpovědná za škodu prokázala, že v tomto státě byl výrobek prodáván bez jejího souhlasu.³²² Volbu má poškozený také dle italského práva, a to mezi právem státu, kde se nachází sídlo nebo ústředí výrobce, nebo právem státu, kde byl výrobek zhotoven. Pro obě varianty platí, že jsou použitelné, pokud výrobce neprokáže, že v těchto státech byl výrobek prodáván bez jeho souhlasu.³²³ Podmíněnou volbu umožňuje i Haagská úmluva, kdy poškozený může volit mezi právem státu, v němž má odpovědná osoba hlavní provozovnu, a právem státu místa, kde se škoda projevila. To je ovšem podmíněno tím, že nelze využít některé z dříve aplikovatelných pravidel – volba mezi těmito dvěma variantami je tedy pouze posledním stupněm kaskádovitého pravidla.³²⁴

Alternativy, opět s výběrem prováděným stranou po relevantní právní události, se objevují také u dalších speciálních deliktních skutkových podstat. Švýcarské právo je využívá u nároků ze škodlivých imisí vycházejících z pozemku, kdy lze podle volby poškozeného použít buď *lex rei sitae* nemovitosti nebo *lex loci damni infecti*. V podstatě se jedná o subvariantu výběru mezi *loci delicti* a *damni infecti*, pouze upravené pro účely nemovitostí.³²⁵ Volba poškozeného také rozhoduje o rozhodném právu u nároků z porušení práva na ochranu osobnosti prostřednictvím médií, kdy je výběr prováděn mezi právem státu, v němž má obvyklý pobyt poškozený, nebo právem státu, v němž má původce poškození provozovnu nebo obvyklý pobyt, nebo *lex loci damni infecti*. Použití první a třetí varianty je podmíněno vědomostí odpovědné osoby o možnosti způsobení škody v tomto státě.³²⁶ Německé právo umožňuje poškozenému

³²² Viz článek 135 švýcarského IPRG

³²³ Viz § 63 zákona o reformě italského systému MPS

³²⁴ Viz článek 6 Haagské úmluvy o právu použitelném pro odpovědnost za výrobek z 2. října 1973

³²⁵ Viz článek 138 švýcarského IPRG

³²⁶ Viz článek 139 švýcarského IPRG

nedovoleným jednáním volit mezi *lex loci delicti commissi* a *lex loci damni infecti*.³²⁷ Ustanovení navíc konkretizuje okamžik, do kterého může být volba realizována.

Mimo oblast deliktního práva lze volbu realizovanou subjektem nalézt například v § 59 ZMPS, podle něhož se nároky neprovdané matky dítěte vůči jeho otci řídí právem státu, v němž má matka v době narození dítěte obvyklý pobyt. Vedle toho se ale matka může dovolat použití *lex patrie* v době narození dítěte.

Předem realizovaná volba u jednostranného jednání je dlouhodobě některými právními řády využívána v rovině dědického práva. Je známá švýcarskému právu, podle něhož může cizinec (nikoliv švýcarský občan) podřídít pozůstalost jednomu z práv států, jejichž je občanem.³²⁸ Dědická smlouva se dle švýcarského práva řídí právem místa bydliště zůstavitele v době uzavření smlouvy, ten ale může místo toho zvolit *lex patrie*.³²⁹ Také italské právo, které primárně pro dědění využívá *lex patrie*, umožňuje zůstaviteli, aby v závěti zvolil právo státu svého bydliště. Podmínkou platnosti této volby je, že v době smrti zůstavitel bydliště v daném státě stále má. Navíc je volba dále materializována tím, že nesmí být v rozporu s právy, které italské právo přiznává osobám s legitimním pobytem na území Itálie (např. nepominutelných dědiců). Italská úprava kombinuje jednak možnost volby subjektem s omezením této volby, ovšem v dopadu nikoliv na subjekt realizující volbu, ale osoby, jichž by se volba mohla negativně dotknout.³³⁰ Obdobně je formulována i belgická úprava, zůstavitel může zvolit právo pro veškerou pozůstalost, což je podmíněno tím, že v době své smrti či volby práva byl buď občanem daného státu nebo v něm měl obvyklé bydliště. Opět nelze volbou práva omezit práva nepominutelných dědiců, které jim dává právo státu obvyklého pobytu zůstavitele v době smrti (obecně použitelné právo).³³¹ Z postsocialistických států umožnilo volbu práva v dědických věcech Bulharsko, kdy je možné právo místa obvyklého pobytu nahradit právem *lex patrie* v době dispozice.³³² Nizozemí v minulosti zvolilo cestu odkazu na unifikovaný nástroj, Haagskou úmluvu o právu rozhodném pro dědění majetku zesnulých z 1. srpna 1989, která ovšem byla ratifikována pouze Nizozemím. A to navíc v roce 2014 svoji ratifikaci odvolalo. Součástí nizozemského práva však tento odkaz již zůstal.³³³ Úmluva dovoluje zůstaviteli zvolit

³²⁷ Viz článek 40 odst. 1 EGBGB

³²⁸ Viz článek 90 odst. 2 švýcarského IPRG. Tato možnost není dána, jestliže cizinec již není občanem státu, jehož právo volí, případně se stal zároveň švýcarským občanem.

³²⁹ Viz článek 95 odst. 2 švýcarského IPRG

³³⁰ Viz článek 46 odst. 2 zákona o reformě italského systému MPS

³³¹ Viz článek 79 belgického ZMPS

³³² Viz článek 89 odst. 3 bulharského ZMPS

³³³ Viz článek 10:145 nizozemského OZ

právo pro dědění celé pozůstalosti či jejích částí, podmínkou opět je, aby byl státním občanem či měl obvyklé bydliště v dané zemi buď v okamžiku smrti či sepsání závěti.³³⁴ Značně omezenou volbu umožňuje i německé právo, kdy lze *lex patrie* nahradit prostřednictvím *lex rei sitae* v případě závěti týkající se nemovitosti.³³⁵ V současné době pro všechny členské státy Evropské unie umožňuje volbu práva v dědických věcech nařízení č. č. 650/2012 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a přijímání a výkonu veřejných listin v dědických věcech a o vytvoření evropského dědického osvědčení. Místo práva státu obvyklého pobytu může zůstavitel zvolit *lex patrie* v době uskutečnění volby nebo v době smrti. Jestliže je příslušníkem více států, lze využít kteroukoliv variantu.

Preference určité osoby – různé pojetí? Způsoby, jimiž může být využitím většího počtu hraničních určovateli preferována určitá osoba, vykazují značné odchylky. Nejedná se v žádném případě o homogenní oblast. Výběr mezi hraničními určovateli může být svěřen soudu nebo osobě. Osoba může v některých případech volit až poté, kdy je postavena před existencí určité právní otázky a výběr realizuje s vědomím všech okolností. Nebo výběr realizuje dopředu, kdy více než znalostí relevantních okolností je vedena interními pohnutkami a představou dalšího vývoje či cílového, chtěného stavu.

Nejvýraznější vnitřní diferenciaci spatřujeme v předmětu preference. U deliktů se skutečně jednalo o osobu jako takovou. V případě obecného pravidla z § 15 českého ZMPS se mohlo jednat o poškozeného, byť s výhradou, kterou jsme již uvedli – výběr mezi hraničními určovateli by v takovém případě nemohl být veden snahou o dosažení čistě kolizní spravedlnosti, ale musel by zahrnovat i hmotněprávní uvážení dle dotčených právních řádů. Navíc s logickým omezením u subjektu pachatele deliktního jednání v tom smyslu, že hovořit o preferenci v takovém případě je oxymóron, neboť zaměření na tento subjekt by byl činěn s vidinou jeho perzekuce. Nicméně, lze připustit závěr, že tak může být činěno i s ohledem na fakt, že aby byla nějaká osoba shledána odpovědnou, musí být naplněny podmínky *lex loci delicti commissi*. To je ovšem argument pro výběr spíše mezi kritérii *lex fori* a *lex loci delicti*, navíc k zohlednění pravidel místa jednání lze dospět i prostřednictvím jiných institutů mezinárodního práva soukromého, jako jsou například pravidla bezpečnosti a chování.

Je ovšem preferencí subjektu stav, kdy norma umožňuje volbu mezi předvybranými hraničními určovateli právě tomuto subjektu? Pokud zaujmeme široký přístup k „preferenci subjektu“, tak

³³⁴ Viz články 5 a 6 Haagské úmluvy o právu rozhodném pro dědění majetku zesnulých z 1. srpna 1989

³³⁵ Viz článek 25 odst. 2 EGBGB

patrně ano. Zejména pokud se zaměříme na volbu realizovanou ex post. Subjekt je stavěn do lepší, preferované role tím, že mu je, na rozdíl od subjektu druhého, dána možnost výběru mezi právními řády. A je zcela logické, že subjekt již bude veden svými zájmy, tj. bude zjišťovat, který z právních řádů ve výběru je pro něj z výsledného hlediska, tedy po jeho aplikaci na skutkový stav, výhodnější. Z tohoto hlediska lze hovořit o preferenci subjektu. Navíc vidíme zřetelnou paralelu s výběrem prováděným soudem v tom smyslu, že právní norma, případně její interpretace či judikatorní praxe stanoví, který subjekt je oním subjektem preferovaným. A stanoví to obecně, normativně, tedy shodně pro veškeré skutkové situace vykazující stejné skutkové parametry. To platí jak u nároků z poškození životního prostředí nebo odpovědnosti za výrobek, případně nároků neprovdané matky či neprovdané těhotné ženy. Preferovaným subjektem je subjekt dotčený protiprávním, deliktním jednáním, respektive matka dítěte. Na tomto místě nijak nepolemizujeme s tím, zda subjekt dotčený protiprávním jednáním má být preferován, přejímáme to jako fakt vyplývající z právní úpravy. U matky, resp. těhotné ženy taková polemika ani není na místě. Je poté v podstatě irelevantní, zda je norma koncipována tak, že výběr svěřuje soudu, přičemž stanoví, že výběr realizuje tak, aby byl vhodnější pro poškozeného, nebo výběr umožní poškozenému přímo. Byť připouštíme, v určitých hraničních situacích se může rozcházet představa o výhodnosti u soudu, který bude při výběru objektivizovat, tj. zvažovat, co by obecně bylo pro jakéhokoliv poškozeného výhodnější v rámci konkrétně nastaveného skutkového stavu. Zatímco konkrétní poškozený do úvah zapojí veškeré své pohnutky, a to i ty interní, které ze skutkového stavu nemusí explicitně vyplývat.

Platí to stejné u volby práva realizované ex ante? Lze konstatovat, že zůstavitel je preferovaným subjektem? V onom širokém pojetí ano – je to on, kdo vybírá mezi předvybranými právními řády. Nicméně, z jakého důvodu by se mělo v tomto případě jednat o preferovaný subjekt? Lze v takovém případě vůbec hovořit o preferování? Co je natolik specifického na postavení zůstavitele, aby tento musel být z nějakého důvodu preferován vůči dědicům? Dle našeho mínění se více než o preferenci subjektu jedná, pokud vůbec o preferenci, o zájmy či představy zůstavitele, jejichž prostřednictvím může preferovat různé osoby z palety potenciálních dědiců. To ovšem neodpovídá koncepci normativního uvažování, kdy norma jakožto obecné pravidlo chování má nastavovat řešení taktéž obecné. Navíc předvídatelné. Možnost volby práva u pozůstalosti je proto podle nás nikoliv projevem preference subjektu, ale jedná se spíše o prosazení principu autonomie vůle stran v dalším segmentu kolizního práva. Proto v tomto ohledu se závěry Symeonedise nesouhlasíme.

5.2 Kaskáda hraničních určovatelů

Princip hraničních určovatelů sestavených do kaskády, jsme již byli nuceni zmínit výše v souvislosti s alternativními hraničními určovateli, kdy alternace hraničních určovatelů byla součástí kaskády pravidel, případně kdy jeden hraniční určovatel alternoval kaskádu jiných hraničních určovatelů. Alternativní hraniční určovatelé jsou všechny využitelné k navázání na rozhodné právo u téhož rozsahu. To znamená, že pro tentýž skutkový stav, který je kryt rozsahem, lze využít jednotlivě každý z hraničních určovatelů, které se vzájemně alternují. Je tomu tak i přesto, kdy formulace kolizní normy může vyvolávat jinou představu – například v situaci, kdy je uveden jeden hraniční určovatel (místo obvyklého bydliště) s tím, že neprovdaná matka dítěte může uplatnit svůj nárok na výživné dle práva, k němuž vede jiný hraniční určovatel (*lex patrie*). Norma tak vyjadřuje skutečnost, že výběr mezi hraničními určovateli stojícími na téže úrovni nenáleží soudu, ale určitému subjektu.

Hraniční určovatelé, které jsou koncipovány kaskádovitě, fungují na jiném principu. Zákonodárce volí základní stupeň, který je aplikován primárně, tedy hraniční určovatel, který se použije jako první v pořadí na právní otázku definovanou rozsahem kolizní normy. Zároveň zákonodárce předpokládá určitou míru diverzity v rámci skutkového stavu definovaného rozsahem. První stupeň proto bývá koncipován takovým způsobem, aby pokryl pokud možno buď co nejširší množinu skutkových stavů a nebo alespoň skutkové stavy nejčastěji se vyskytující. Podle prvního stupně ale není možné vyřešit všechny situace, které zákonodárce předpokládá, zejména situace specifitější. Za účelem dosažení vyšší míry individuální spravedlnosti proto zákonodárce definuje další stupeň či stupně řešení, u nichž vymezuje skutkový stav úžeji, než tomu je ve stupni či stupních předcházejících. Úžeji v tom smyslu, že nejsou naplněny všechny skutkové okolnosti předpokládané v předcházejícím stupni. K takto úžeji vymezenému rozsahu připojuje jiný hraniční určovatel, než jaký byl využit v předcházejícím stupni či stupních. Jakmile dojde k naplnění všech podmínek předpokládaných daným stupněm kaskádovitěho pravidla, je rozhodné právo určeno podle příslušného hraničního určovatele a k dalšímu stupni kaskády se již nepostupuje. Jestliže podmínky naplněny nejsou, postupuje se k dalšímu stupni. Poslední stupeň kaskády obsahuje finální pravidlo, které je dle zákonodárce vhodné pro situace, kdy nebyly naplněny podmínky ve stupních předcházejících.³³⁶

³³⁶ Srovnej také DOGAUCHI, Masato. Four-Step Analysis of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2005*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, vol. 315, s. 25.

Označení kaskáda, kaskádovitý hraniční určovatel je pouze jednou z variant. Objevuje se spíše v soudobé literatuře v dílech například Boele-Woelki,³³⁷ de Boera,³³⁸ van Calster³³⁹ nebo Dogauchi,³⁴⁰ u českých autorů například u Pauknerové a Pfeiffer.³⁴¹ Toto označení se také objevuje v unijní legislativě.³⁴² Starší literatura používá označení „graduující“ hraniční určovatele – v souvislosti s německou úpravou účinků manželství se objevuje označení „žebřík“ (Kegelův žebřík).³⁴³ Výše jsme již zmínili označení, které používal Kučera,³⁴⁴ na něhož se odvolává i Rozehnalová,³⁴⁵ a to základní a náhradní hraniční určovatel.

Některé příklady kaskádovitých hraničních určovatelů jsme uvedli výše u rozboru alternativních hraničních určovatelů – buď proto, že zatímco pro řešení určité otázky některý právní řád využívá alternaci hraničních určovatelů, zatímco jiný je koncipuje kaskádovitě, případně proto, že alternace byla součástí kaskády pravidel. V oblasti mimosmluvních závazků je příkladem kaskádovitěho kolizního pravidla unijní úprava odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku v článku 5 nařízení Řím II. Kaskáda je v tomto případě mnohastupňová. Pro odpovědnost za výrobek lze předně využít následnou volbu práva dle článku 14, tu však nepovažujeme za součást kaskády, neboť je to obecně využitelný hraniční určovatel i u jiných deliktních skutkových podstat.³⁴⁶ Součástí kaskády, tedy kritéria, která jsou přímo obsažena či jejich použití přímo vyplývá ze samotného článku 5, jsou:

- *lex communis* – čl. 4 odst. 2,

³³⁷ BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSON, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 18.

³³⁸ DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 319.

³³⁹ VAN CALSTER, Geert. *European Private International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2016, s. 259.

³⁴⁰ DOGAUCHI, Masato. Four-Step Analysis of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 2005*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, vol. 315, s. 25.

³⁴¹ PAUKNEROVÁ, Monika; PFEIFFER, Magdalena. The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives Within the European Union. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 10, no. 2, s. 211.

³⁴² Viz bod 20 Preambule nařízení Řím II

³⁴³ VISCHER, Frank. Connecting Factors. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1999, vol. 3, s. 19.

³⁴⁴ KUČERA, Zdeněk. Struktura a třídění kolizních norem. *Studie z mezinárodního práva*. 1982, č. 16, s. 64.

³⁴⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 37.

³⁴⁶ Illmer však volbu práva jako součást kaskády uvádí – srovnej HUBBER, Peter; ILLMER, Martin. International Product Liability. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 39; případně ji uvádí jako součást celkové struktury pravidel pro odpovědnost za výrobek – srovnej ILLMER, Martin. The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. 2009, vol. 73, no. 2, s. 285.

- *lex domicili* poškozeného, jestliže zde byl výrobek uveden na trh – čl. 5 odst. 1 písm. a). Obvyklé bydliště poškozeného bude určeno k okamžiku vzniku škody. V řadě případů však může být problematické zhodnotit, v jakém okamžiku škoda vznikla. Jedná se například o následky na zdraví v důsledku dlouhodobého užívání léku. Dickinson v tomto případě uvažuje o mozaikovém řešení a aplikaci práva všech států, v nichž se poškozený nacházel během užívání léku, vždy na relevantní část škody (a toto řešení považuje za nejvhodnější z pohledu nařízení Řím II, ovšem za příliš komplikované), dále o aplikaci práva země, kde byl lék pořízen (toto řešení považuje z praktického pohledu na nejvhodnější), případně právo země, kde se poškozený nacházel, když škodu utrpěl poprvé, nebo také právo země, ve které poškozený utrpěl nejpodstatnější část škody.³⁴⁷ Také Graziano považuje v obdobných případech místo zakoupení výrobku a tedy i místa uvedení výrobku na trh za spravedlivé a předvídatelné řešení, neboť takové místo považuje za dostatečné pojítka mezi stranami sporu.³⁴⁸
- právo země pořízení výrobku, jestliže zde byl výrobek uveden na trh – čl. 5 odst. 1 písm. b),
- *lex loci damni infecti*, jestliže zde byl výrobek uveden na trh – čl. 5 odst. 1 písm. c),
- *lex domicili* odpovědné osoby, jestliže tato osoba nemohla předvídat uvedení stejného typu výrobku na trh ve státech ad 3), ad 4) a ad 5) – čl. 5 odst. 1 druhá část. Pouze tato část článku 5 obsahuje spojení „stejný typ výrobku“. V ostatních částech ustanovení se již hovoří pouze o předmětném výrobku. To výrazně rozšiřuje možnost využití tohoto pravidla.³⁴⁹ Von Hein ale považuje tento rozdíl za pouhé formulační pochybení a dedukuje dvě možné interpretace. Podle první z nich také písmena a), b) a c) článku 5 odst. 1 předpokládají uvedení na trh daného výrobku nebo stejného typu výrobku. Druhá varianta předpokládá, že druhou část čl. 5 odst. 1 je nutné interpretovat jako zpřísnění vůči výrobcům, neboť ti se mohou vyhnout aplikaci písmen a), b) nebo c) pouze tehdy, kdy v daném státě nebyl na trh uvedený nejen předmětný výrobek, ale ani stejný typ výrobku.³⁵⁰

³⁴⁷ DICKINSON, Andrew. *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 378, 379.

³⁴⁸ GRAZIANO, Thomas Kadner. *The Law Applicable to Product Liability: The Present State of the Law in Europe and Current Proposals for Reform*. *International & Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, č. 2, s. 481.

³⁴⁹ HARTLEY, C. Trevor. *Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation*. *International & Comparative Law Quarterly*. 2008, vol. 57, č. 4, s. 904

³⁵⁰ VON HEIN, Jan. *Something Old and Something Borrowed, But Nothing New? Rome II And the European Choice-of-Law Evolution*. *Tulane Law Review*. 2008, s. 1697, 1698.

- jiný zjevně užší vztah – čl. 5 odst. 2, kdy je odkazováno na existující vztah mezi stranami sporu, vyplývající např. ze smlouvy. Toto ustanovení, byť je součástí kaskády pravidel, představuje zároveň speciální únikovou doložku, o nichž bude pojednáno dále.

První stupeň kaskády, hraniční určovatel *lex communis*, představuje tradiční výjimku z *lex loci delicti* v situacích, kdy pachatel deliktu a poškozený mají buď stejnou státní příslušnost či obvyklé bydliště. Objevilo se již v Německu ve válečném dekretu z roku 1942, podle něhož se náhrada škody z deliktu způsobeného německým občanem a spáchaného v zahraničí, jestliže poškozeným byl také německý občan, řídila německým právem. Spojení s *lex loci delicti* muselo být pouze dočasné a nahodilé. Pokud by například některá ze stran měla v daném státě obvyklé bydliště, důvod pro použití německého práva by dán nebyl. Aplikace německého práva v těchto případech vycházela z koncepce, že německé právo, jež bylo stranám společné, vykazuje s deliktem užší spojení než právo *lex loci delicti*.³⁵¹ Toto ustanovení bylo posléze sice nahrazeno, nicméně smysl zůstal – jestliže pachatel protiprávního jednání a poškozený mají obvyklé bydliště v témže státě, použije se právo tohoto státu.³⁵² Významově shodná ustanovení obsahuje také belgické³⁵³ a v minulosti obsahovalo také nizozemské³⁵⁴ právo. Druhé jmenované v současnosti pouze pro kolizní úpravu mimosmluvních závazků odkazuje na unijní úpravu.³⁵⁵ Koncepci převzalo i nařízení Řím II. České právo sice obdobné ustanovení neobsahovalo, to však neznamená, že nebylo schopno na takové situace reagovat. Odmítnout aplikaci *lex loci delicti* v takových případech bylo možné na základě konstatování neexistence dostatečně významného mezinárodního prvku. Na delikt mezi dvěma českými občany by poté bylo pohlíženo pohledem českého vnitrostátního práva i přesto, že by ke spáchání deliktu došlo v cizině.³⁵⁶

Použití práva určeného dalšími třemi stupni kaskády je vždy podmíněno tím, že v daném státě byl výrobek uveden na trh. Je to právě skutečnost spočívající v uvedení výrobku na předmětný trh, respektive její nenaplnění, které podmiňuje postup k dalšímu stupni kaskády. Uvedení

³⁵¹ MORSE, Christopher George John. Torts in Private International Law. In: GRAVESON, H. Ronald. *Problems in Private International Law*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, s. 88-92.

³⁵² Viz článek 40 odst. 2 EGBGB

³⁵³ Viz článek 99 odst. 1 belgického ZMPS

³⁵⁴ Viz článek 3 odst. 3 Zákona o právu rozhodném pro závazky na základě protiprávního jednání ze dne 11. dubna 2001

³⁵⁵ Viz článek 10:157 nizozemského OZ

³⁵⁶ Ke konceptu významnosti mezinárodního prvku viz např. KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 23-25; KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 25.

výrobku na trh navíc není totéž, co uvedení výrobku do oběhu ve smyslu uvedení na první trh, kde se výrobek stává dosažitelným. Výrobek je uveden na trh ve všech státech, kde je možné jej získat. Při internetovém prodeji je tímto trhem každý trh, na který je výrobek potenciálně kupci v případě objednání dodán.³⁵⁷ Podmínka uvedení výrobku na určitý trh má za cíl chránit výrobce před aplikací právního řádu státu, který je pro ně, vzhledem k neuvedení výrobku na trh v daném státě, nepředvídatelný. Z toho, že má být použito právo obvyklého bydliště poškozeného, ovšem právě s podmínkou, že v daném státě byl výrobek uveden na trh, je patrná snaha naznačená v bodu 20 Preambule. To je snaha o spravedlivé rozdělení rizik spojených s moderní technokratickou společností, současně o dostatečnou ochranu zdraví spotřebitelů, nebránění podnikování inovací a zajištění nerušené hospodářské soutěže a usnadnění obchodu. Explicitně je zmíněno také předvídatelné a z hlediska cílů vyvážené řešení.

Pokud se zaměříme na subjekty mimosmluvního závazku, v tomto případě tedy na poškozeného a výrobce, je snaha o preferenci poškozeného, ovšem s dostatečnou ochranou pozice výrobce zřetelně patrná. Hraniční určovatele jsou koncipováni tak, aby poskytly řešení (rozhodné právo), které je co nejbližší poškozenému. To však za současného zajištění dostatečné míry předvídatelnosti na straně výrobce, neboť jeho výrobek musel být v daném státě uveden na trh. Pokud tomu tak nebylo, řešení se pro poškozeného teritoriálně vzdaluje, až se postupně, prostřednictvím jednotlivých stupňů kaskády přesune k výrobcovi.

V souvislosti s odpovědností za výrobek jsme o kaskádovitém pravidle výše zmínili také Haagskou úmluvu o právu použitelném pro odpovědnost za výrobek. Úmluva nabízí následující skladbu kolizních pravidel určujících právo rozhodné:

- *lex domicili* poškozeného, jestliže v tomto státě je
 - o hlavní sídlo osoby žalované, nebo
 - o místo, kde poškozená osoba výrobek nabyla.
- *lex loci damni infecti*, jestliže v tomto státě je
 - o obvyklé bydliště osoby, která utrpěla škodu, nebo
 - o hlavní sídlo osoby žalované, nebo
 - o místo, kde poškozená osoba výrobek nabyla.
- tam, kde nelze použít jedno z výše uvedených pravidel, místo hlavního sídla žalovaného, pokud žalobce nezaloží svůj nárok na právu místa vzniku škody.

³⁵⁷ HUBBER, Peter; ILLMER, Martin. International Product Liability. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 131.

Lex domicili poškozeného a *lex loci damni infecti* nelze použít, pokud v těchto státech osoba odpovědná nemohla předvídat uvedení výrobku na trh tohoto státu distribuční cestou. V takovém případě lze použít pouze právo místa hlavního sídla žalovaného. I přes některé odchylky (vyšší počet podmínek pro použití jednotlivých stupňů kaskády) je celkové vyznění pravidla obdobné jako u unijní úpravy. Stejně tak i počáteční důraz na poškozeného a postupné oddalování až k výrobcí.

5.3 Kumulace hraničních určovatелů

Kumulace hraničních určovatелů je další variantou vztahu mezi větším počtem hraničních určovatелů v jedné kolizní normě. Zatímco předcházející varianty, alternativní hraniční určovatele nebo kaskáda hraničních určovatелů měly za cíl zvýšení flexibility rozhodování, případně dosažení vyššího stupně individuální spravedlnosti nebo obojí, kumulace hraničních určovatелů k vyšší míře flexibility nevede. Naopak, jejím důsledkem je rigidita výsledného rozhodování. Ostatně, kumulace hraničních určovatелů již byla zmíněna v souvislosti s procesem adopce, kdy důsledkem kumulativní skladby hraničních určovatелů je zvýšená stabilita výsledného stavu, tj. adopce, a to pohledem těch právních řádů, k nimž lze jako k právům rozhodným dospět použitím hraničních určovatелů. Takto zprostředkovaně proto lze dospět ke konstatování, že tím dochází k preferenci určitého stavu, byť pohledem jeho stability, nikoliv pohledem jeho dosažení.

Kolizní deliktní právo dává příklad také pro použití hraničních určovatелů v kumulativním vztahu. Jedná se o anglickou kolizní úpravu mimosmluvních závazků. A i když se jedná o úpravu již nepoužívanou, ovlivňovala pohled na delikty po dlouhé období a k její změně došlo až v devadesátých letech minulého století. Pro anglickou úpravu se vžilo označení „double actionability“. Aby bylo možné před anglickými soudy vymáhat náhradu škody způsobené deliktním jednáním, muselo být tvrzené jednání protiprávní jak podle *lex loci delicti commissi*, tak podle práva fóra, tedy práva britského. Oba právní řády se používaly kumulativně. Jakmile podle jednoho z těchto dvou právních řádů bylo jednání kvalifikovatelné jako jsoucí v souladu s právem, nemohla být žaloba úspěšná. Nutnost použití práva fóra byla dána jednak zvýšeným důrazem na procesně-právní stránku sporu, čímž se i v současnosti odlišuje anglo-saský právní systém od kontinentálního, jednak i snahou považovat vlastní právo za vhodnější než jiné

právní řády.³⁵⁸ Omezení zřetelného upřednostnění práva fóra spočívalo právě v zohlednění *lex loci delicti* jako druhého, kumulativně používaného pravidla. Anglické právo však nebylo v tomto přístupu osamělé. Týč poukazuje na to, že s určitou obdobou stejného přístupu se lze setkat v německém BGB z roku 1896 nebo i v sovětské nauce.³⁵⁹ Tyto principy byly přejaty i do japonské úpravy z roku 1898.

Toto kritizované³⁶⁰ a dnes již pro většinu situací překonané pravidlo pro situace, kdy byl delikt spáchán v zahraničí, bylo etablováno rozsudky *The Halley* (1868) LR 2 AE 3 a *Phillips v Eyre* (1870) LR 6 QB 1 a posléze modifikováno rozsudkem *Boys v Chaplin* (1971) 2 All ER 1085.

Ve věci *The Halley* byl vlastník lodi žalován o náhradu škody způsobené kolizí, jejíž příčinou byla nedbalá navigace kormidelníka zaměstnaného podle belgického práva. Žaloba byla zamítnuta s odůvodněním, že britské právo nezná takovou odpovědnost v zastoupení. Stalo se tak i přesto, že belgické právo takovou možnost stanovení odpovědnosti obsahovalo. Spor *Phillips v Eyre* se týkal odpovědnosti britského guvernéra na Jamajce, který nechal zatknout žalobce za takových okolností, že bylo možné toto uvěznění označit za nezákonné. Stalo se tak však v době, kdy na ostrově probíhala vzpoura. Místní zákonodárny sbor po jejím potlačení přijal zákon (*Act of Indemnity*), který zbavoval guvernéra a ostatní úředníky Koruny odpovědnosti za jednání, jež považovali za nezbytné k potlačení vzpoury a učinili jej v dobré víře. Žaloba vůči guvernérovi byla zamítnuta s odůvodněním, že obecné pravidlo pro situace, kdy je v Británii zažalováno jednání spáchané v cizině, stanoví dvě základní podmínky. Podle první z nich musí být takové jednání žalovatelné i v situaci, kdyby bylo spáchano v Británii. Druhá podmínka předpokládá, že takové jednání nesmí být ospravedlnitelné podle práva místa, kde bylo jednání učiněno. Díky tomuto přístupu se právní řád *lex loci delicti* bral v úvahu pouze tehdy, jestliže připouštěl nějaký obranný důvod proti žalobě, který nebyl znám právu britskému. Nastíněný způsob kolizního uvažování byl ještě utvrzen v rozhodnutí *Machado v Fontes*. Žalobce se bránil jednání, které mu mělo způsobit urážku na cti. Jednání spočívalo

³⁵⁸ TÝČ, Vladimír. K některým kolizním otázkám náhrady škody *ex delicto*. In: *Sborník prací učitelů Právnické fakulty – VII*. Brno: Universita J.E.Purkyně, 1977, s. 187.

³⁵⁹ TÝČ, Vladimír. K některým kolizním otázkám náhrady škody *ex delicto*. In: *Sborník prací učitelů Právnické fakulty – VII*. Brno: Universita J.E.Purkyně, 1977, s. 188.

³⁶⁰ Velkým kritikem byl MacKay: „Zákon pracuje ve prospěch žalovaného, neboť podle obecného pravidla nemůže žalobce uspět se svým nárokem, pokud obě práva – *lex fori* a právní řád místa škodlivého jednání – nepokládají toto jednání za škodlivé. Proto může žalovaný využít možnosti, které mu skýtají oba právní řády, aby se vyhnul odpovědnosti. Tento fakt se jeví jako nespravedlivý vůči žalobci, neboť způsobuje, že tento nemůže uspět více, než mu umožňuje pro něj méně vstřícné právo.“ Proneseno při zasedání Special Public Bill Committee (1994–1995) – srovnej MAYSS, Abba. *Statutory Reform of Choice of Law in Tort and Delict: A Bitter Pill or a Cure for the Ill?*. [online]. *Web Journal of Current Legal Issues*. [cit. 6. 10. 2018].

v publikování určitých informací v Brazílii. Žalovaný se úspěšně ubránil poukazem na skutečnost, že podle brazilského práva není takové jednání jako urážka na cti žalovatelné a navíc případná náhrada by nebyla v Brazílii uplatnitelná. V odůvodnění rozsudku bylo konstatováno, že: „jediné, co musíme (soud) učinit, je zjistit, zda existuje nějaká zásadní námitka vůči naší pravomoci vyplývající ze skutečnosti, že jednání, které posuzujeme, je aprobováno, respektive omluvitelné podle právního řádu státu, kde bylo učiněno.“

Určitý posun v uvažování byl dosažen rozhodnutím *Boys v Chaplin*. Žalobce i žalovaný byli v tomto případě britští občané dočasně sloužící v britském vojenském kontingentu na Maltě. V době, kdy oba byli mimo službu, byl žalobce zraněn při silniční nehodě, kterou způsobil žalovaný svojí nezodpovědnou jízdou. Jedna z řešených otázek v řízení spočívala v tom, zda má být žalobci přiznána pouze náhrada vzniklé škody a prokázaný ušlý zisk, neboť tyto nároky znaly oba dva právní řády, nebo může být žalobci vedle toho přiznáno bolestné, které bylo známé pouze britskému právnímu řádu. Žalobci bylo přiznáno i bolestné podle britského právního řádu. Rozhodnutí House of Lords ale nebylo přijato bezvýhradně. Lordi totiž sice došli k jednomyslnému závěru, jejich důvody se však různily. Část soudců aplikovala britské právo s odůvodněním, že obecné pravidlo by mělo být aplikováno flexibilně. Část se domnívala, že britské pravidlo týkající se bolestného má být aplikováno jako součást právního řádu fóra, které pokrývá procesní otázky. Nicméně, i přes rozdílné názory soudců bylo rozhodnutí *Boys v Chaplin*, z něhož vyplynula možnost flexibilní aplikace obecného kumulativního pravidla, přijato jak akademickou, tak soudcovskou obcí. Původní striktní pravidlo se modifikovalo zhruba následujícím způsobem. Podle obecného pravidla může být jednání učiněné v zahraničí považováno za delikt, pouze pokud je jako delikt žalovatelné podle obou právních řádů, tj. (a) britského a (b) právního řádu místa, kde bylo jednání učiněno. Určité otázky *inter partes* mohou být rozhodovány podle právního řádu místa s nejužším vztahem k dané otázce a stranám.³⁶¹

Praxe se však místo výraznějšího využívání nově připuštěné výjimky stavěla k této možnosti spíše odmítavě. V několika málo případech, kdy byla výjimka úspěšně aplikována, vedla k odmítnutí aplikace *lex loci delicti* a k rozhodnutí daného sporu podle britského práva jako právního řádu *lex fori*. Tato situace přetrvávala až do roku 1994 a rozhodnutí *Red Sea Insurance Co Ltd v Bouygues SA*, které částečně rozptýlilo nejistotu týkající se rozsahu výjimky podle *Boys v Chaplin*. Tento další z řady revolučních rozsudků rozšířil využití výjimky pro všechny

³⁶¹ COLLINS, Lawrence. Comity in Modern Private International Law. In: FAWCETT, James (ed.). *Reform and Development of Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 89-109.

žalobní důvody, a to směrem k *lex loci delicti*. Skupina 23 žalobců, kteří byli různým způsobem zapojeni do stavebních prací na univerzitě v Rijádu v Saudské Arábii, zažalovala před soudem v Hong Kongu společnost Red Sea – pojišťovnu založenou podle hongkongského práva, ale s centrálou v Saudské Arábii. Žaloba zněla na náhradu škody podle pojistné smlouvy, která vznikla v souvislosti s opravami části vadné stavby. Část žalobců byli hlavní dodavatelé, další část žalobců tvořila konsorcium PCG, které na stavbu dodalo část panelových jednotek, a zbytek žalobců představovali architekti a konstruktéři. Společnost Red Sea namítla, že uplatňovaný nárok není kryt pojistnou smlouvou. Současně také podala protižalobu vůči konsorciu PCG, ve které poukazovala na porušení povinné péče konsorciem. Toho se mělo konsorcium dopustit dodáním vadných panelových jednotek. Pojišťovací společnost poukazovala na fakt, že i kdyby byla shledána odpovědnou podle pojistné smlouvy, je oprávněna regresem vymáhat vyplacenou částku na konsorciu PCG. Konsorcium reagovalo žádostí o zamítnutí protižaloby, čemuž se pojišťovací společnost snažila čelit tvrzením, že vztah mezi Red Sea a PCG je regulován saudskoarabským právem, které umožňuje společnosti Red Sea přímo zažalovat PCG o náhradu škody způsobenou zbývajícími žalobci.

Hongkongský High Court odmítl na základě aplikace pravidla „dvojitá žalovatelnost“ protižalobu společnosti Red Sea s odůvodněním, že právo na regres podle hongkongského práva nemůže vzniknout dříve, než je vyplacena pojistná částka. V žádném případě není možné zahájit řízení jménem pojistníka. Právní řád Saudské Arábie nemůže být sám o sobě dostatečným podkladem pro konstatování spáchání deliktu před soudem v Hong Kongu.

Odvolací soud netrval na tak restriktivním náhledu, připustil sice možnost regresu, ale obdobně konstatoval, že není možné opřít nárok pouze o *lex loci delicti*. V dalším stupni bylo žalované společnosti Red Sea povoleno vstoupit regresem do práv zbývajících žalobců a postavit svůj nárok pouze na právním řádu *lex loci delicti*, a to nezávisle na skutečnosti, že právní řád fóra tuto možnost nepřipouštěl. Z odůvodnění rozhodnutí vyplynulo, že soud sice vycházel z rozhodnutí *Boys v Chaplin*, ale konstatoval, že vzhledem k lišícím se názorům jednotlivých Lordů není možné toto rozhodnutí považovat za závazné *ratio decidendi*.³⁶² Z rozhodnutí *Boys v Chaplin* vyplývá na jedné straně potřeba pravidla jasného a určitého, na druhé straně toto rozhodnutí vyjadřuje nezbytnost flexibility v situacích, kdy je patrná snaha vyhnout se nespravedlivým výsledkům sporu. Soud proto uvedl, že jedním z podstatných faktorů, které musí být brány v potaz, rozhoduje-li se soud, zda má či nemá aplikovat cizí právo, je skutečnost,

³⁶² KAYE. Peter. *Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures*. Dartmouth: University of East Anglia, 1991, s. 56.

že právní řád fóra nezná právní institut umožňující náhradu, který je však znám právnímu řádu *lex loci delicti*. V takovém případě lze postupovat pouze dle druhého uvedeného. Možnost použití výjimky nemá být limitována pouze na určité specifické samostatné součásti případu, ale na případ jako celek. Výjimka by měla být využitelná ve všech případech, kdy je většina charakteristických znaků případu spojena s *lex loci delicti*.

Kumulativní pravidlo bylo od roku 1995 nahrazeno novým pravidlem obsaženým v článku 11 *Private International Law Act*. využívajícím hraniční určovatel *lex loci delicti commissi*. Z dosahu *Private International Law Act* je však vyloučeno narušení osobních a osobnostních práv včetně pomluvy. Důvodem byla neochota připustit aplikaci pouze *lex loci delicti* v situacích, kdy by informace byla publikována ve Velké Británii (a zde by bylo publikování takové informace přípustné) a v jiném státě, kam by se posléze tato informace dostala, by již byla kvalifikovatelná jako pomluva. Z tohoto důvodu bylo shledáno jako vhodnější vyjmout tento delikt z dosahu nového zákona a ponechat jej k řešení dosavadnímu kumulativnímu pravidlu. Je to zřetelný projev zájmu, který britské právo klade na ochranu svobody slova a pozice médií.

Koncepčně podobné pravidlo, již zcela mimo oblast mimosmluvních závazků, obsahovalo německé právo pro úpravu rozvodu. Cizinec, manžel ženy s německým občanstvím, se mohl úspěšně rozvést pouze pokud byl rozvod možný jak podle jeho *lex patrie*, tak podle německého práva. Naopak, pokud se žena s německým občanstvím chtěla rozvést s cizincem, bylo aplikováno pouze německé právo. Jestliže byli oba manželé cizinci, rozvod před německým soudem byl možný pouze pokud byly splněny podmínky jak podle německého práva, tj. práva fóra, tak podle *lex patrie* manžela.³⁶³

5.4 Dílčí závěr

V souvislosti s hraničními určovateli se objevuje ještě jedna úvaha o dosahování vyšší míry flexibility rozhodování a zajištění individuální spravedlnosti. Tou je využívání speciálních hraničních určovatelů, které pro skutkové stavy vykazující určité zvláštnosti určují rozhodné právo odchylným způsobem od pravidla obecného, základního. De Boer již samotné formulování speciálních kolizních pravidel považuje za projev flexibility, odchylku od standardního – neutrálního řešení a snahu o dosahování vyšší míry individuální

³⁶³ WENGLER, Wilhelm. The Significance of the Principle of Equality in the Conflict of Laws. *Law and Contemporary Problems*. 1963, vol. 28, no. 4, s. 834.

spravedlnosti.³⁶⁴ Příklad poskytuje opět kolizní úprava mimosmluvních závazků. Použití pouze základního hraničního určovatele *lex loci delicti*, byť v obou jeho variantách, bylo kritizováno již u české národní úpravy paragrafu 15 z roku 1963. Kučera s Tichým uvedli, že kolizní kritéria v paragrafu 15 se pro některé druhy náhrady škody nehodí. A zmiňovali výslovně odpovědnost za výrobek, nekalou soutěž nebo porušení práva k nehmotným statkům.³⁶⁵ Neuvádí již důvody pro svoje tvrzení. U porušení práva k nehmotným statkům je to patrně nezohlednění *lex loci protectionis*, tradičního kritéria pro tuto právní oblast. U dalších deliktů skutkových podstat to patrně byla jejich specifická, u nekalé soutěže dopad právní úpravy nejen mezi podnikatelskými subjekty, ale také na spotřebitele, a tedy obecně nemožnost dostatečného zohlednění specifik skutkového stavu při využití základního kritéria.

Skutečnost, že obecné pravidlo nemusí být vhodné pro všechny deliktů skutkové podstaty, hrála roli i při pracích na nařízení Řím II. Bod 19 Preambule uvádí, že pro zvláštní delikty, pro které obecné pravidlo nedovoluje dosáhnout přiměřené rovnováhy mezi zájmy zúčastněných subjektů, je vhodné zavést zvláštní pravidla. Krom Kučerou a Tichým zmiňovaných odpovědnosti za výrobek, nekalé soutěže a porušování práv duševního vlastnictví přidali z deliktů ještě soukromoprávní nároky z jednání omezujícího hospodářskou soutěž, poškozování životního prostředí a protestní akce v kolektivním vyjednávání a dále tři kvazidelikty. Snaha o dosažení rovnováhy mezi zájmy pachatele protiprávního jednání a poškozeného je vyzdvížena jako stěžejní důvod pro formulaci odlišných kolizních pravidel od pravidla obecného, byť ne vždy podle Preambule se jedná nutně o pravidla *lex specialis*. Zvláštní pravidlo uvedené pro nároky z nekalosoutěžního jednání a z jednání omezujícího volnou hospodářskou soutěž nemá být podle bodu 21 Preambule vnímáno jako výjimka z obecného pravidla, ale spíše jako jeho vyjasnění.

Kombinace obecného pravidla s pravidly speciálními vyvolala mezi členskými státy různé reakce. Itálie to vnímala jako zajištění spravedlivé rovnováhy mezi různými zájmy, které se mohou objevit ve specifických situacích, byť zároveň upozorňovala na to, že velké množství odchylek podkopává pozici obecného pravidla a může vyvolat pochybnosti o dosažení dostatečné právní jistoty.³⁶⁶ Německo navrhovalo i další speciální skutkové podstaty.³⁶⁷

³⁶⁴ DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 311.

³⁶⁵ KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 134.

³⁶⁶ Viz Working Document, Committee on Civil Law Matters (Rome II), Brussels, 23. June 2004, s. 5

³⁶⁷ *Ibid*, s. 30

Negativní názor naopak vyjádřilo například Finsko, které se klonilo k odstranění většiny speciálních pravidel s tím, že narušují právní jistotu a navíc mohou vyvolávat problémy při kvalifikaci protiprávního jednání pod rozsahy jednotlivých ustanovení.³⁶⁸ Na potenciální kvalifikační problémy upozorňovala i Velká Británie a také navrhovala vypuštění většiny speciálních pravidel.³⁶⁹ Vzhledem k tomu, že se autoři unijní regulace v názoru, jaké delikt ní skutkové podstaty upravit samostatně, shodli do značné míry právě s Kučerou a Tichým, český přístup byl ke konceptu návrhu vstřícný.

Nemáme pochybnosti o tom, že pokud dojde k rozdělení určité množiny právních otázek se shodnými znaky (delikty) do více podmnožin, kdy jednotlivé podmnožiny budou mít přiděleny vhodné hraniční určovatele, zvýší se tím z povahy věci flexibilita rozhodování a u jednotlivých skupin dojde k zvýšení míry vhodnosti – a z tohoto úhlu pohledu také spravedlnosti – rozhodování konkrétních otázek. Považujeme však za diskutabilní, zda tento jev považovat za odchylku od tradičního, neutrálního kolizního řešení. Pokud bychom se zaměřili pouze a jenom na tento jev a dívali se na něj perspektivou jednoho obecného kolizního kritéria – například speciální kolizní normu pro nekalou soutěž hodnotili perspektivou obecného kritéria *lex loci delicti*, bylo by patrně možné s touto tezí souhlasit.

Máme však za to, že je nutné vnímat tento vývoj v širších historických, sociálních a ekonomických souvislostech. Od první poloviny 19. století, což je doba, do které jsme umístili počátek formování tradičních, neutrálních kolizních řešení, prošla lidská společnost, její socioekonomická realita a také právo, které na tuto realitu reaguje, dynamickým vývojem. V současné době vznikají právní vztahy týkající se otázek, které v minulosti neexistovaly. První polovina 19. století neřešila nekalosoutěžní otázky, odpovědnost za výrobek, nebyl kladen důraz na ochranu životního prostředí, nebyl tak intenzivně vnímán požadavek ochrany ekonomicky slabších subjektů, jako jsou spotřebitelé. Je proto zcela logické, že ani právo, ať již regulující čistě vnitrostátní vztahy, tak vztahy s mezinárodním prvkem, nemělo potřebu na takové otázky reagovat. Skutečnost, že s postupným formováním nových právních otázek se v návaznosti na ně formulují i odpovědi v podobě jejich právní regulace, je spíše než „odchylkou“ od standardního řešení důsledek přirozeného vývoje zhutňující se právní regulace jako takové. Nepovažujeme za odchylku od základního kolizního kritéria stav, kdy v důsledku vytvoření právní regulace nové právní otázky vykazující určitá specifika toto základní kolizní kritérium neposkytuje kolizně vhodné právní řešení, které by sice dávalo stranám dostatečnou

³⁶⁸ Working Document, Committee on Civil Law Matters (Rome II), Brussels, 23. June 2004, s. 28

³⁶⁹ Ibid, s. 37, s. 42, s. 59

právní jistotu, nicméně by neodpovídalo legitimnímu očekávání v podobě určení právního řádu vykazujícího dostatečně úzké spojení s danou právní otázkou. Vytvoření speciálního kolizního pravidla je reakcí na tento nedostatek a ve svém důsledku tedy pouze reakcí na společenský vývoj.

Nechceme ovšem zároveň zpochybňovat to, že ona nově vytvořená speciální pravidla mohou být formulována takovým způsobem, který již lze za odchylku od standardního nastavení kolizního řešení považovat. Mezi taková pravidla patří již zmíněná regulace odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku nebo odpovědnosti za poškození životního prostředí. Obě tyto regulace jsme výše uvedli jako příklady odchylek preferujících určitý subjekt. Což je ovšem dáno tím, jak je předmětná právní otázka obecně pojímána, a to nejenom na kolizní, ale zejména na úrovni hmotněprávní regulace. Výsledné kolizní řešení odráží celkové zájmy, které lze identifikovat v úpravě hmotněprávní a které následně předurčují podobu úpravy kolizní. Jestliže je hmotněprávní úprava vytvořena, aby ochraňovala uživatele výrobků, lze si stěží představit, že kolizní úprava bude nastavena ve prospěch výrobců. Něco jiného je hledání dostatečně vyrovnané pozice, kdy sice bude postavení uživatelů dostatečně zdůrazněno, nicméně nebude to na úkor ochrany postavení výrobců – takový stav by se nutně musel projevit na ochotě výrobky produkovat, inovovat a celkově by měl pravděpodobně negativní dopad na cenu výrobků.

Naproti tomu například u odpovědnosti za porušení práv duševního vlastnictví a tradiční kritérium *lex loci protectionis* máme za to, že toto kritérium je postaveno na tradičním hledání teritoriální propojenosti – použití právního řádu toho státu, pro jehož území se dovolávám ochrany předmětného práva. Byť i v tomto ohledu dochází k určitému posunu s tím, že dané kritérium je vhodné pro ta práva duševního vlastnictví, která ke své ochraně potřebují zároveň registraci daného práva, nicméně vhodnost u práv, která takovou registraci nevyžadují (autorské právo), je již předmětem diskuzí.

Je proto dle našeho mínění nutné rozlišovat mezi tím, kdy je nějaké kolizní pravidlo nově vytvořeno v důsledku toho, že právo jako takové začíná pracovat s novým právním institutem, což nevnímáme samo o sobě jako odchylku od tradičního kolizního řešení, a tím, kdy nějaké pravidlo, byť i nově vytvořené, je koncipováno způsobem, který není postaven na ryze teritoriálním uchopení právní otázky a jejím teritoriálním propojení s určitým státním územím a v důsledku toho s právním řádem daného státu.

Kumulaci hraničních určovatelů v kolizních normách, tedy koncept, kdy pro jeden rozsah lze využít více hraničních určovatelů, lze v současnosti označit zásadně za projev flexibility s cílem zajistit možnost reakce na specifika konkrétní situace a tedy i vyšší stupeň individuální spravedlnosti. To platí jak pro alternativní vztah hraničních určovatelů, tak pro jejich seskupení do kaskády. Případně pro kombinaci obojího. Tvrzení neplatí pro kumulaci hraničních určovatelů, kdy naopak dochází ke zvýšení rigidity rozhodování. Nicméně, jak je patrné z výše uvedeného rozboru, jedná se o přístup, který je spíše na ústupu (oblast mimosmluvních závazků). Přetrvává u právní úpravy adopce, kde představuje typický způsob úpravy. To je ovšem opět dáno specifiky dané oblasti společenských vztahů, u nichž je zájem na stabilitě výsledného statusu pochopitelný. Z pohledu našeho zkoumání se ovšem opět jedná o odchylku od tradičního, neutrálního kolizního řešení. Nicméně důsledkem zohlednění daného cíle, tedy postavení dítěte, je příklon nikoliv k flexibilitě rozhodování, ale rigiditě upřednostňující trvalost statusu adopce. Ovšem i v této oblasti se již objevuje odchylka druhým směrem. Máme na mysli belgickou úpravu, která neklade důraz na stabilitu výsledného statusu, ale naopak se již zaměřuje na flexibilitu při procesu dosažení daného statusu.

6 Únikové doložky

6.1 Terminologie, smysl institutu

Únikové doložky (úniková pravidla) představují další mechanismus, který je považován za projev flexibility v rámci kolizního rozhodování. Podobně, jako hromadění hraničních určovatелů je tedy časově umístitelný do okamžiku výběru rozhodného práva. Opět tedy vycházíme z premisy povinnosti aplikovat kolizní normu a také právo, které je touto normou identifikováno jako právo rozhodné. Samozřejmě za předpokladu existence soukromoprávní otázky s mezinárodním prvkem. Nicméně, časový posun ve srovnání s hromaděním hraničních určovatелů v případě únikových doložek nastává. Zatímco hromadění hraničních určovatелů představuje jev, kdy místo jediného hraničního určovatele je v kolizní normě použito hraničních určovatелů více, a tedy z časového hlediska pouze dochází k nahrazení onoho jediného hraničního určovatele zvažováním mezi vícero možnostmi, únikové doložky přicházejí ke slovu v okamžiku, kdy je rozhodné právo určené základní – pro danou situaci formulovanou – kolizní normou shledáno za z nějakého důvodu nevhodné. Časově proto nastupuje o tuto první fázi – postup dle základní kolizní normy – později. Ovšem stále se jedná o fázi hledání – identifikaci rozhodného práva.

Samotné označení tohoto institutu vypovídá o jeho smyslu (úniková doložka, únikové pravidlo, escape clause, exception clause, evasion clause, Ausnahmeklauseln, exceptieclausule, clauses échappatoires ou d'exception, clausole d'eccezione).³⁷⁰ V této práci používáme označení úniková doložka, i když vnímáme rozlišení u Rozeňhalové, která označení doložka používá pro samostatné ustanovení, zatímco označení pravidlo má podle ní širší smysl zahrnující jak samostatná ustanovení, tak ustanovení, která jsou součástí systému pravidel s věcně užším záběrem (úniková doložka v systému kolizních pravidel pro smluvní závazkové vztahy, či mimosmluvní závazkové vztahy apod.).³⁷¹

Co je přesným účelem únikových doložek, k čemu tento institut slouží? Pauknerová únikové doložky definuje jako specifický institut mezinárodního práva soukromého, který umožňuje

³⁷⁰ Srovnej například ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 40 nebo SIEHR, Kurt. General Problems of Private International Law in Modern Codifications. In: VOLKEN, Paul; BONOMI, Andrea (eds.). *Yearbook of Private International Law*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2006, s. 26; McCAFFREY, Stephen. The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1980, vol. 28, no. 2, s. 251.

³⁷¹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 40-41.

derogovat obecnou (základní, standardně aplikovatelnou) kolizní normu,³⁷² čímž ve svém důsledku umožňuje soudu zohlednit specifické vlastnosti případu, pro které se jeví použití obecné kolizní normy jako nevhodné.³⁷³ Představuje institut, který se použije ve zvláštních situacích, na které zákonná kolizní úprava sice dopadá, ale s ohledem na specifický a výjimečný charakter skutkového stavu se *in concreto* ukazuje jako nevhodná.³⁷⁴ Podobnou definici používá i Rozehnalová, podle níž úniková doložka umožňuje použít kolizní pravidlo vedoucí k jinému právu, namísto kolizní normy jinak zákonem objektivně dané.³⁷⁵ Jako o nástroji k úpravě výsledku aplikace kolizní normy, když v daném případě úzké spojení předpokládané kolizní normou existuje ve velmi omezeném rozsahu, zatímco existuje mnohem užší spojení s jiným právem, hovoří o únikové doložce Boele-Woelki.³⁷⁶ Neodchyluje se ani Remien – podle něj je to pravidlo, které za určitých podmínek, jako například velice úzké spojení právní otázky s jiným právním řádem umožňuje odchýlit se od určené psané kolizní normy. Označuje proto únikové doložky za teleologickou redukci kolizních norem.³⁷⁷ Okoli a Arishe vidí v únikových doložkách instrument, který odstraňuje problémy základního kolizního pravidla, zejména tehdy, kdy rozhodné právo určené základním kolizním pravidlem vykazuje malé či žádné spojení s řešenou právní otázkou.³⁷⁸ O nápravě nedostatků špatných norem stejně jako o záchranné brzdě při aplikaci sice dobrých norem, ale na nepředvídané okolnosti hovoří v souvislosti s únikovými doložkami Symeonides.³⁷⁹

Je zřejmé, že v náhledu na únikové doložky se autoři shodují – jedná se o únik od základního pravidla, které má zákonodárce namyšlené pro určitý okruh právních otázek. Důvod existence takových ustanovení v právních řádech vychází z toho předpokladu, že žádné pravidlo není perfektní a navíc zákonodárce není schopen předvídat veškeré možné potenciální situace –

³⁷² PAUKNEROVÁ, Monika. Escape Clauses and Legal Certainty in Private International Law. In: BONOMI, Andrea; ROMANO, Gian Paolo (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume XVIII – 2016/2017*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2017, s. 62.

³⁷³ *Ibid.*, s. 65.

³⁷⁴ PAUKNEROVÁ, Monika. § 24. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 175.

³⁷⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 40.

³⁷⁶ BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSÓN, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 10.

³⁷⁷ RÉMIEN, Oliver. Closest Connection and Escape Clauses. In: LEIBLÉ, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 216.

³⁷⁸ OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina; ARISHE, Gabriel Omoshemime. The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*. 2012, vol. 8, no. 3, s. 513.

³⁷⁹ SYMEONIDES, C. Symeon. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Preview*. 2008, vol. 82, no. 5, s. 1773.

pokud si to uvědomí, může pomocí únikových doložek na tento nedostatek reagovat.³⁸⁰ Jedná se tedy o posun od důrazu na právní jistotu a předvídatelnost směrem k flexibilnějšímu pojetí kolizního mechanismu určování rozhodného práva.³⁸¹ Soudce proto tímto způsobem získává nástroj, který mu umožňuje uplatnit své uvážení směřující k výběru pravidla, které je úžeji, respektive nejužeji spojeno s řešenou právní otázkou³⁸² - získává určitou míru flexibility, která mu umožňuje rozhodovat s ohledem na specifika konkrétního skutkového stavu.³⁸³ V souladu s touto argumentací Symeonides považuje únikové doložky za projev uznání toho, že právní jistota a předvídatelnost jsou sice důležité právní principy, ale aplikace práva ve světle smyslu příslušného právního ustanovení je ještě důležitější.³⁸⁴ Zbývá ještě uvést, v jaké situaci lze takové únikové pravidlo využít. Odpověď na tuto otázku však souvisí s kategorizací únikových doložek, které se budeme věnovat níže.

České respektive československé právní prostředí s únikovými doložkami nepracovalo až do poslední rekonstrukce soukromého práva. To ovšem neznamená, že by se jednalo o institut nový. Odborná literatura se tomuto institutu věnuje podrobněji od 80. let minulého století v souvislosti s národními kodifikacemi v zemích bývalého západního bloku, zejména švýcarskou. Nicméně tento fenomén se objevuje ještě mnohem dříve, a to již ve Vídeňské osnově zákona o mezinárodním právu soukromém z roku 1913, která byla inspirací pro řadu národních kodifikací, včetně československé z roku 1963.³⁸⁵ I když československé právo únikovou doložku nepřejalo.³⁸⁶ Vídeňská osnova umožňovala, aby v případě, kdy je z okolností případu zřejmé, že nikoliv právo rozhodné, ale jiné právo odpovídá rozumnému uspořádání vztahů, má být použito toto jiné právo.³⁸⁷

³⁸⁰ SYMEONIDES, C. Symeon. Civilian Statutes and Judicial Discretion. *Louisiana Law Preview*. 2016, vol. 76, s. 1130.

³⁸¹ VON OVERBECK, E. Alfred. The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume I – 1999*. The Hague: Kluwer Law International, Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 1999, s. 127.

³⁸² OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina; ARISHE, Gabriel Omoshemime. The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*. 2012, vol. 8, no. 3, s. 513.

³⁸³ PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 17.

³⁸⁴ SYMEONIDES, C. Symeon. Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1993, vol. 57, no. 3, s. 467.

³⁸⁵ PAUKNEROVÁ, Monika. Escape Clauses and Legal Certainty in Private International Law. In: BONOMI, Andrea; ROMANO, Gian Paolo (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume XVIII – 2016/2017*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2017, s. 63, 64.

³⁸⁶ Srovnej krom Pauknerové také NADELMANN, H. Kurt. Choice of Law Resolved by Rules or Presumption with an Escape Clause. *The American Journal of Comparative Law*. 1985, vol. 33, no. 2, s. 308.

³⁸⁷ *Ibid*, s. 63.

Na únikové doložky lze nahlížet v různých rovinách a podle toho je také členit do různých kategorií. V jakých situacích je lze využít. Vůči jakým normám působí – ať již koncepčně či teritoriálně. Jaká je jejich působnost.

6.2 Obecné a speciální únikové doložky

6.2.1 Obecné únikové doložky

Běžně používaným kritériem pro vnitřní členění únikových doložek je to, zda se jedná o únikové doložky formulované jako obecný únik vůči (téměř) všem kolizním normám v příslušném právním předpise, nebo se jedná o únik z určitého kolizního pravidla, případně skupiny pravidel. S tím také souvisí terminologie, kterou používá Rozehnalová, když hovoří o únikové doložce, resp. únikovém pravidle a zpružnění konkrétní kolizní normy.³⁸⁸

Obecnou únikovou doložku, která byla inspirací pro řadu následovníků v dalších evropských státech,³⁸⁹ stejně jako pro Římskou úmluvu,³⁹⁰ představuje § 15 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém. Aplikaci právního řádu, na který ostatní ustanovení daného zákona odkazují, lze výjimečně odmítnout, jestliže je z okolností případu zjevné pouze velice úzké spojení s tímto právním řádem a případ vykazuje mnohem užší spojení s jiným právním řádem. Únikovou doložku nelze využít v případě volby práva realizované stranami. Jako normativní ustanovení se tato možnost objevila ve švýcarském právu v kodifikaci z roku 1987. Důvody jejího začlenění popisuje McCaffrey a odpovídají tomu, co jsme již uvedli výše – uvědomění si toho, že nelze předvídat všechny situace, které mohou nastat, a tudíž i nemožnost na ně reagovat prostřednictvím konkretizovaných kolizních norem. Možnost odchylky od uzákoněného pravidla navíc byla známa z dřívější judikatury švýcarského Bundesgericht, který umožnil soudům odchýlit se od běžného kolizního pravidla ve výjimečných situacích, kdy skutkový stav vykazuje úzké spojení s předpokládaným rozhodným právem.³⁹¹ Jednalo se

³⁸⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 40.

³⁸⁹ Viz např. FIORINI, Aude. The Codification of Private International Law: The Belgian Experience. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, no. 2, s. 513; SIEHR, Kurt. General Problems of Private International Law in Modern Codifications. In: VOLKEN, Paul; BONOMI, Andrea (eds.). *Yearbook of Private International Law*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2006, s. 28 nebo PAUKNEROVÁ, Monika; PFEIFFER, Magdalena. The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives Within the European Union. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 10, no. 2, s. 210.

³⁹⁰ NADELMANN, H. Kurt. Choice of Law Resolved by Rules or Presumption with an Escape Clause. *The American Journal of Comparative Law*. 1985, vol. 33, no. 2, s. 300.

³⁹¹ McCAFFREY, Stephen. The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1980, vol. 28, no. 2, s. 250.

o situaci, kdy nebylo pro smlouvu použito právo určené dle kritéria charakteristického plnění.³⁹² Svoji roli při přijímání tohoto pravidla navíc sehrál druhý odstavec paragrafu 1 švýcarského občanského zákoníku, který umožňuje v případě neexistence výslovného pravidla postupovat dle zvyklostí, a v případě jejich neexistence umožňuje soudu, aby vytvořil pravidlo jako by se nacházel v pozici zákonodárce.³⁹³ Švýcarské soudy proto byly na jistou míru flexibility zvyklé. Je však vhodné zdůraznit, že zároveň i na odpovědnost, kterou s sebou flexibilita přináší.³⁹⁴ Úniková doložka v paragrafu 15 má být užívána jen v extrémních případech, kdy primárně aplikovatelná kolizní norma vede ke zcela neuspokojivému výsledku. Jak ovšem McCaffrey upozorňuje, jedná se o neuspokojivost ve smyslu nesouladu s oprávněným očekáváním stran ohledně rozhodného práva. Nemá se podle něj jednat o řešení s otevřeným koncem, není to možnost pro diskreci soudu, ale otevření cesty pro formulaci pravidla pro výjimečné situace, byť stále standardizovatelné (tj. musí být naplněn normativní charakter daného pravidla). Domnívá se, že v tomto ohledu koresponduje paragraf 15 zákona o mezinárodním právu soukromém s článkem 1 občanského zákoníku. Úniková doložka má zabránit zakonzervování právní úpravy, neboť soudce má mít možnost upravit kolizní normu, která nevyhovuje specifické situaci.³⁹⁵

Možnost odchylky od zamýšlené kolizní normy je podmíněna dvěma momenty. Prvním je zjevně slabé spojení skutkového stavu se zamýšleným právním řádem, druhým je mnohem užší spojení s jiným právním řádem.³⁹⁶ Obě tyto podmínky navíc ze své povahy vedou k nutnosti restriktivní interpretace.³⁹⁷

Na švýcarskou úpravu v Evropě navázala první belgická kodifikace mezinárodního práva soukromého z roku 2004, která obsahuje únikovou doložku v paragrafu 19. Fiorini považuje zakotvení únikové doložky za jednu z největších inovací této kodifikace, jejímž smyslem je dle něj vnesení jisté míry flexibility, na kterou mohou soudci spoléhat ve výjimečných případech,

³⁹² NADELMANN, H. Kurt. Choice of Law Resolved by Rules or Presumption with an Escape Clause. *The American Journal of Comparative Law*. 1985, vol. 33, no. 2, s. 300.

³⁹³ *Ibid.*, s. 297.

³⁹⁴ McCAFFREY, Stephen. The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1980, vol. 28, no. 2, s. 251.

³⁹⁵ McCAFFREY, Stephen. The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1980, vol. 28, no. 2, s. 252.

³⁹⁶ BONOMI, Andrea. Conversion of the Rome Convention into an EC Instrument. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume V – 2003*. The Hague: Kluwer Law International, Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2004, s. 76.

³⁹⁷ VON OVERBECK, E. Alfred. The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume I – 1999*. The Hague: Kluwer Law International, Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 1999, s. 130.

kdy aplikace zamýšlené kolizní normy vede k nežádoucímu výsledku.³⁹⁸ Dikce ustanovení se v základu shoduje s úpravou švýcarskou, inspirace je zřejmá. Právo určené dle daného zákona se výjimečně nepoužije, jestliže je ze souhrnu okolností zřetelně patrné, že právní otázka má pouze velice slabé spojení s takto určeným rozhodným právem a zároveň je velice úzce spojena s právem jiného státu. V takovém případě se použije právo tohoto jiného státu. Fiorini zdůrazňuje textaci – zřetelně patrné, velice slabé spojení s prvním, naopak velice úzké spojení s druhým právem. Pečlivá formulace byla použita proto, aby pokud možno bylo limitováno nebezpečí vzniku právní nejistoty.³⁹⁹ Nicméně i v tom je stále patrná inspirace švýcarskou úpravou.

Aby byly vymýceny námitky, které se i přesto objevovaly během přípravných prací, je zakotvena navíc ještě další podmínka. Zvláštní zřetel musí být brán na požadavek předvídatelnosti rozhodného práva a na skutečnost, že právní vztah musí platně vzniknout podle norem mezinárodního práva soukromého, které jsou součástí právního řádu, s nímž je právní vztah spojen ve fázi svého vzniku.⁴⁰⁰

Ke švýcarské a belgické úpravě se přidala také nizozemská rekonfigurace z roku 2011, která v článku 10:8 umožňuje soudu, aby výjimečně odmítl aplikaci práva určeného kolizní normou, která je založena na předpokladu úzkého spojení právní otázky s rozhodným právem, jestliže ze všech okolností případu je zřejmé, že toto úzké spojení předpokládané předmětnou kolizní normou existuje pouze v malém rozsahu, a zároveň existuje mnohem užší spojení s jiným právem. I přesto, že určitá podobnost s oběma výše uvedenými úpravami existuje, nizozemská úprava je v některých aspektech omezenější. Nicméně, základní parametry jsou obdobné – zohledňování všech okolností případu, slabé spojení s jedním právem a naopak silné spojení s právem jiným. Nová limitace se týká možnosti odchýlit se pouze od kolizních norem postavených na principu proximity – tomuto tématu se budeme věnovat níže, neboť souvisí s dalším typem kategorizace únikových doložek.

Pouze rok po nizozemské úpravě byla přijata česká rekonfigurovaná úprava mezinárodního práva soukromého, která v paragrafu 24 také obsahuje obecnou únikovou doložku. Česká úprava se

³⁹⁸ FIORINI, Aude. The Codification of Private International Law: The Belgian Experience. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, no. 2, s. 513.

³⁹⁹ *Ibid*, s. 514.

⁴⁰⁰ *Ibid*, s. 514

také hlásí ke švýcarské inspiraci,⁴⁰¹ i když koncept a formulace se mohou jevit jako částečně posunuté. Použití doložky má být opět zcela výjimečné – koncept výjimečnosti se objevuje i v úpravách ostatních. Stejně tak i zvažování souhrnu všech okolností předmětné právní otázky. Nepostačuje jen „nějaké spojení“, například s *lex fori* či jiným právem.⁴⁰² Zohledněny musí být veškeré myslitelné okolnosti – což ostatně souvisí s prvním požadavkem, tj. výjimečností použití. Pauknerová v této souvislosti odkazuje na švýcarskou úpravu a komentář k ní s tím, že shodně lze postupovat i v případě české úpravy. Zmiňuje nahodilost určité právní skutečnosti z pohledu jejího časového uchopení (nové obvyklé bydliště, které ještě nemá relevanci pro řešenou otázku), nahodilost z pohledu místního uchopení, užší souvislost s jiným právním vztahem (například delikt spojený se smluvním závazkem) nebo snahu o dosažení kolizní harmonie v rozhodování.⁴⁰³

Dalším předpokladem je zohlednění rozumného očekávání stran s ohledem na použití určitého práva. V tomto aspektu lze spatřovat paralelu se švýcarským pojetím neuspokojivého výsledku ve smyslu stranami nepředvídaného výsledku.⁴⁰⁴ Pauknerová hovoří o situaci, kdy by navázání na rozhodné právo dle zamýšlené kolizní normy bylo pro strany překvapivé a tudíž nabourávalo legitimní očekávání stran a s tím související právní jistotu.⁴⁰⁵ Jinými slovy řečeno, strany oprávněně očekávají použití určitého právního řádu, zatímco zamýšlená kolizní norma odkazuje na jiný, pro strany kvůli okolnostem případu neočekávatelný právní řád.⁴⁰⁶ V takové situaci má soud použít ten právní řád, jehož aplikace je stranami očekávána a odpovídá rozumnému a spravedlivému uspořádání vztahů.⁴⁰⁷ Jak Pauknerová, tak Rozeňhalová v této souvislosti označují rozumné a spravedlivé uspořádání vztahů za klasický (tradiční) koncept českého mezinárodního práva soukromého.⁴⁰⁸ Poslední podmínkou je ochrana práv třetích

⁴⁰¹ PAUKNEROVÁ, Monika; PFEIFFER, Magdalena. The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives Within the European Union. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 10, no. 2, s. 210.

⁴⁰² PAUKNEROVÁ, Monika. § 24. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 178.

⁴⁰³ *Ibid.*, s. 177.

⁴⁰⁴ Shodně PAUKNEROVÁ, Monika. Escape Clauses and Legal Certainty in Private International Law. In: BONOMI, Andrea; ROMANO, Gian Paolo (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume XVIII – 2016/2017*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2017, s. 68.

⁴⁰⁵ PAUKNEROVÁ, Monika. § 24. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 178.

⁴⁰⁶ Bříza v této souvislosti uvádí hraniční určovateli státní příslušnosti, které může v případě dlouhodobého, trvalého pobytu v jiném státě vést k nevhodnému výsledku. Připouští proto využití únikové doložky například i v případě osvojení. Blíže viz BŘÍZA, Petr. § 24. In: BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš; FIŠEROVÁ, Zuzana; HORÁK, Pavel; PTÁČEK, Lubomír; SVOBODA, Jiří. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2014, s. 152-153.

⁴⁰⁷ Viz také ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 44.

⁴⁰⁸ PAUKNEROVÁ, Monika. § 24. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 178.

osob, jejichž práva nesmí být využitím únikové doložky dotčena. Zajímavé členění nabízí Rozehnalová. Podle ní je první rovinou posouzení, zda lze využít únikovou doložku, hodnocení výjimečnosti situace, okolností případu a důvodné očekávání stran. Až druhou rovinu představuje zhodnocení, zda budou či nebudou dotčena práva třetích osob. Tyto dvě roviny nestaví vedle sebe, ale předpokládá jejich postupné zkoumání.⁴⁰⁹

I když z textu české úpravy explicitně nevyplývá požadavek slabého spojení s jedním právem a silného spojení s právem jiným, Pauknerová z povahy věci toto zmiňuje jako požadavek proporcionality, který představuje limity použití únikové doložky. Včetně požadavku na komparaci intenzity vztahů k oběma právním řádům.⁴¹⁰ Důvod tohoto implicitního propojení je nutné spatřovat v pojetí českého konceptu rozumného a spravedlivého uspořádání vztahů. To odpovídá tradičnímu Savignyho⁴¹¹ koliznímu pohledu na propojení právní otázky a rozhodného práva ve smyslu umístění (usídlení) právní otázky do dosahu toho právního řádu, s nímž má právní otázka vztah nejvýznamnější, tedy nejužší či nejsilnější.⁴¹² Proto, byť jsme výše uvedli, že formulace paragrafu 24 se může jevit jako významově posunutá oproti úpravám švýcarské, belgické a nizozemské, ve své podstatě to tak není a i česká varianta stojí na principu nejužšího spojení.

Zajímavé ustanovení, o němž někteří autoři hovoří jako o obecné únikové doložce, obsahuje rakouské právo.⁴¹³ Vzhledem k systematickému zařazení – první, úvodní ustanovení celé kodifikace hraje bezesporu významnou roli. Zdůrazňuje roli principu nejužšího spojení, když uvádí, že soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem se řídí právním řádem, s nímž vykazují nejužší spojení. Konkrétní kolizní normy určující rozhodné právo mají být chápány jako vyjádření této zásady. Toto ustanovení je v odborné literatuře často zmiňováno právě v souvislosti s únikovými doložkami, byť na povaze tohoto ustanovení se jednotliví autoři

ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 44.

⁴⁰⁹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza; VALDHANS, Jiří. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 84.

⁴¹⁰ PAUKNEROVÁ, Monika. *Escape Clauses and Legal Certainty in Private International Law*. In: BONOMI, Andrea; ROMANO, Gian Paolo (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume XVIII – 2016/2017*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2017, s. 67-68.

⁴¹¹ Shodně PAUKNEROVÁ, Monika. § 24. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 178.

⁴¹² KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 104.

⁴¹³ § 1 rakouského IPRG

neshodují. Jsou vnímány dvě možné polohy, jak je zmiňuje mimo jiné Symeonides.⁴¹⁴ První polohou je vnímání daného ustanovení jako vyplnění mezery. Tj. všude tam a pouze tam, kde neexistuje konkrétní kolizní norma, lze využít toto pravidlo pro určení rozhodného práva. Druhou polohou je akceptace této normy jako únikové doložky, které opravňuje k odchylce od kterékoliv konkrétní kolizní normy obsažené v rakouské kodifikaci. Symeonides považuje za logičtější tuto druhou variantu, kdy o tomto ustanovení hovoří jako o rafinované únikové doložce. V jiných svých publikacích již ani nepřipouští první polohu a dává toto ustanovení na roveň výše uvedeným explicitně označeným únikovým doložkám.⁴¹⁵ O ne zcela jednoznačném postoji hovoří také Pauknerová, i když i ona se pod vlivem rakouské literatury kloní k závěru, že se jedná o únikovou doložku,⁴¹⁶ jejíž obecný princip nejužšího spojení připodobňuje ke koncepci, na které stojí i česká úprava v paragrafu 24 ZMPS.⁴¹⁷

Ustanovení blízké rakouské úpravě obsahuje v článku 2 kodifikace bulharská. Soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem se řídí právem státu, s nímž vykazují nejužší spojení, přičemž shodně s rakouskou úpravou je stanoveno, že jednotlivá ustanovení jsou vyjádřením tohoto principu. Navíc ve srovnání s rakouskou úpravou ovšem obsahuje výslovné ustanovení v odstavci druhém, že pokud nelze právo rozhodné určit podle kolizních norem v tomto zákoně, použije se právo státu, s nímž daný soukromoprávní vztah vykazuje nejužší spojení. Symeonides v tomto explicitním upřesnění vidí odůvodnění pro závěr, že zatímco druhý odstavec představuje nástroj pro vyplnění mezer, nemůže první odstavec být ničím jiným než obecnou únikovou doložkou.⁴¹⁸ Opět postavenou na konceptu proximity.

Na začátku statí věnované únikovým doložkám jsme uvedli, že jejich cílem – smyslem – je zajistit možnost odchylky od základního (primárně použitelného) kolizního pravidla. Úmyslně jsme opominuli odpovědět na otázku, proč by mělo být základní kolizní pravidlo upozaděno. Základní předpoklad použití únikových doložek je zároveň odpovědí na tuto otázku. Jestliže je řešená právní otázka úžeji spojena s jiným právním řádem, má být použit tento právní řád, s nímž právní otázka vykazuje užší či nejužší spojení. Je to ústřední princip mezinárodního

⁴¹⁴ SYMEONIDES, C. Symeon. Civilian Statutes and Judicial Discretion. *Louisiana Law Preview*. 2016, vol. 76, s. 1132.

⁴¹⁵ SYMEONIDES, C. Symeon. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Preview*. 2008, vol. 82, no. 5, s. 1174.

⁴¹⁶ PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 19.

⁴¹⁷ PAUKNEROVÁ, Monika; PFEIFFER, Magdalena. The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives Within the European Union. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 10, no. 2, s. 220.

⁴¹⁸ SYMEONIDES, C. Symeon. Civilian Statutes and Judicial Discretion. *Louisiana Law Preview*. 2016, vol. 76, s. 1132.

práva soukromého, který ovládá použití obecných únikových doložek. Remien uvádí, že Savignyho koncept sídla jednotlivých právních otázek nepředstavuje nic jiného než koncept nejužšího spojení, i když zároveň poeticky dodává, že se jedná spíše o vedoucí hvězdu než o precizní itinerář cesty.⁴¹⁹ Navíc je z analyzovaných obecných únikových doložek patrné, že shodně vnímají užší spojení jako hodnotu kolizní, mající geografický význam. Únikové doložky nelze využít při nespokojenosti s výsledkem, který poskytuje rozhodné právo v individuálním případě, tedy využít nejužší spojení ve smyslu materiálním.⁴²⁰ Zejména v holandském případě je to evidentní také z legislativního procesu, kdy byla odmítnuta formulace operující s pojmy nespravedlnost a nerozumnost. Důvodem byla obava z přílišného přiblížení rozhodování ve smyslu „*better law approach*“.⁴²¹ Striktně však něco takového odmítá i Overbeck v případě švýcarské úpravy.⁴²²

6.2.2 Speciální únikové doložky

Za speciální únikovou doložku je označován například článek 4 odst. 3 nařízení Řím II. Vnáší prvek flexibility do rozhodování, kdy se primární pravidla *lex loci damni infecti*, ani *lex communis* nepoužijí, jestliže je mimosmluvní závazek úžeji spjat s jinou zemí. Nepostačuje však pouhé užší spojení,⁴²³ ale musí se jednat o užší spojení „zjevně“ užší.⁴²⁴ Formulační zesílení pomocí pojmu „zjevně“ bylo reakcí na hlasy obávající se přílišné nejistoty a nepředvídatelnosti rozhodování podle této doložky. Naznačuje, že použití této únikové doložky má být, stejně jako ve všech výše uvedených případech obecných únikových doložek, výjimečné a musí být řádně odůvodněno.⁴²⁵ To souvisí také s typickým požadavkem restriktivní interpretace tohoto ustanovení.⁴²⁶ Zjevnost propojení na daný právní řád musí být jednoznačná, bezpochybná, patrná na první pohled, nemělo by k ní být dospíváno prostřednictvím složitého dokazování. V případě pochybností o existenci dostatečně silného a výrazného propojení to znamená, že úniková doložka nemůže být využita a je nutné

⁴¹⁹ REMIEN, Oliver. Closest Connection and Escape Clauses. In: LEIBLÉ, Stefan (eds.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 213.

⁴²⁰ SYMEONIDES, C. Symeon. Codification and Flexibility in Private International Law. In: BROWN, K. Karen; SNYDER, V. David (eds.) *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2011, s. 30.

⁴²¹ BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSÓN, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 10.

⁴²² VON OVERBECK, E. Alfred. The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume I – 1999*. The Hague: Kluwer Law International, Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 1999, s. 130.

⁴²³ Termín použitý např. v Úmluvě o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Římská úmluva)

⁴²⁴ Stejně spojení využívá také nařízení Řím I v článku 4 odst. 3

⁴²⁵ DICKINSON, Andrew. The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 340.

⁴²⁶ BACH, Ivo. Art. 4 Rome II. In: HUBER, Peter (ed.). *Rome II Regulation: pocket Commentary*. Munich: Sellier. European law publishers, 2011, s. 99.

postupovat dle čl. 4 odst. 1 nebo 2. Od soudce, který by využil toto ustanovení, se předpokládá podání pečlivého odůvodnění, jehož prostřednictvím vysvětlí zásah do zásady předvídatelnosti výsledku sporu.

Nařízení poskytuje určitou pomůcku, když uvádí, že za toto zjevně užší spojení může být považováno provázání mimosmluvního závazku s existujícím závazkem smluvním. Dickinson navrhuje zkoumání tří oblastí objektivního propojení na určité území. Je jím jednak spojení se smluvním vztahem, dále přidává kritérium faktického propojení a také propojení personálního. Zkoumána má být stálost, intenzita, předvídatelnost nebo nemožnost manipulace. Soud by měl celý mimosmluvní závazek a jeho spojení na určitý právní řád zkoumat komplexně, nikoliv vycházet z jednotlivostí – což ostatně odpovídá požadavkům obsaženým i ve výše uvedených obecných únikových doložkách. Proto také Dickinson zcela jednoznačně odmítá využití *depeçage*.⁴²⁷ Odkaz na existující smluvní závazek, s nímž by závazek mimosmluvní mohl být propojen, kritizuje Symeonides, podle něhož se tím výrazně snižuje možnost použití únikového pravidla.⁴²⁸ Naopak Pauknerová v tomto se Symeonidesem nesouhlasí, považuje odkaz na smluvní závazek pouze za demonstrativní poukázání na jednu z variant možných spojení s tím, že nic nevylučuje spojení jiná a další.⁴²⁹ To stejné koneckonců vyplývá i z Dickensonova a ani v další literatuře se komentář obdobného „problému“ neobjevuje.⁴³⁰ Použité pojmy „in particular“ nebo „insbesondere“ podle našeho mínění dostatečně zdůrazňují demonstrativnost příkladu spojení se smluvním závazkem, a proto považujeme Symeonidesovy obavy za zbytečné. Ostatně Symeonides je vůči unijní úpravě (nejenom nařízení Řím II) poměrně kritický, neboť míru flexibility považuje za příliš nízkou.⁴³¹

⁴²⁷ Používá v tomto ohledu spojení „all or nothing“. DICKINSON, Andrew. *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 340.

⁴²⁸ SYMEONIDES, C. Symeon. *Codyfying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 202-203; SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 203-204; SYMEONIDES, C. Symeon. Codification and Flexibility in Private International Law. In: BROWN, K. Karen; SNYDER, V. David (eds.) *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer. 2011, s. 36 a násl.

⁴²⁹ PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 21.

⁴³⁰ OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina; ARISHE, Gabriel Omoshemime. The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*. 2012, vol. 8, no. 3, s. 531 a násl.; BACH, Ivo. Art. 4 Rome II. In: HUBER, Peter (ed.). *Rome II Regulation: pocket Commentary*. Munich: Sellier. European law publishers, 2011, s. 101-103.

⁴³¹ Podrobnější vysvětlení viz SYMEONIDES, C. Symeon. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Preview*. 2008, vol. 82, no. 5, s. 1773 a násl.

Diskuze je vedena také s ohledem na aspekty, jako jsou oprávněné očekávání stran mimosmluvního závazku či dokonce zohlednění dopadu využití únikové doložky.⁴³² Zastánci hovoří o podobnosti těchto aspektů s konceptem již existujícího smluvního vztahu či společného obvyklého pobytu (obojí vyvolává určité oprávněné očekávání ve vztahu k aplikovanému rozhodnému právu). Naopak odpůrci argumentují tím, že zahrnout zohlednění těchto aspektů explicitně navrhoval Evropský parlament v rámci legislativního procesu,⁴³³ což nakonec nebylo přijato. Dovozejí proto, že zohledňovány mají být pouze vnější a objektivní faktory.⁴³⁴ Naopak zohlednění subjektivních faktorů je přičítáno nebezpečí vyššího stupně nejistoty a snížení požadované uniformity rozhodování.⁴³⁵

Během přijímacího procesu nařízení Řím II Rakousko a Estonsko navrhly, aby stávající odstavec druhý (pravidlo *lex domicilii communis*) byl vyžit pouze jako součást ustanovení o únikové doložce, kdy by ve výčtu možných skutečností představujících užší vztah s jiným státem než určeným podle odstavce jedna byl uveden i společný obvyklý pobyt stran. Podobnou úvahu, jak jsme uvedli výše, představil i Evropský parlament. Mezi skutečnosti poukazující na užší vztah navrhoval zařadit jak to, že osoba odpovědná i oprávněná mají obvyklé bydliště ve stejném státě, ale vedle toho také to, že právní řády států, ze kterých tyto subjekty pocházejí, jsou v zásadě shodné. Nehodlal však podřídít právnímu řádu *lex communis* celý právní vztah, ale pouze otázku rozdělení škod a právního postavení subjektů. Vedle toho také navrhoval využití spojení s již existujícím právním nebo věcným vztahem mezi stranami, jako například smlouva, která je úzce spjata s předmětným mimosmluvním závazkem. K dalším podmínkám využití únikové doložky dle Parlamentu měl patřit požadavek právní jistoty, předvídatelnosti a jednotnosti výsledku, což do jisté míry zajímavě kontrastuje se zohledňováním oprávněného očekávání stran. Zařazení faktorů jako je právní jistota a předvídatelnost řešení lze hodnotit dvojitým způsobem – již samotné využití únikové doložky do jisté míry narušuje představu právní jistoty a předvídatelnosti, neřkuli jednotnosti rozhodování. Navíc se dle našeho mínění jedná o

⁴³² Kladně se k této otázce staví např. WEINTRAUB, J. Russell. Rome II: Will it Prevent Forum Shopping and Take Account of the Consequences of Choice of Law? In: BINCHY, William; AHERN, John (eds.). *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 55.

⁴³³ European Parliament Legislative Resolutions on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) (COM(2003) 0427/C5-0338/203-2003/1068 (COD) (Co decision procedure first reading) Article 4 (3).

⁴³⁴ MILLS, Alex. The Application Of Multiple Laws Under The Rome II Regulation. In: BINCHY, William; AHERN, John (eds.). *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 133, 149-150.

⁴³⁵ OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina; ARISHE, Gabriel Omoshemime. The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*. 2012, vol. 8, no. 3, s. 537.

základní zásady, na nichž by mělo být postaveno každé rozhodování soudu. Nejsou to tedy právní skutečnosti, které by jakýmkoliv způsobem charakterizovaly právní vztah (na rozdíl od například oprávněného očekávání stran). Nemohou proto podle našeho názoru sloužit samostatně jako kritéria pro posouzení, zda předmětný právní vztah je úžeji spojen s tím či oním právním řádem. Tyto instituty představují zcela elementární kritéria, která by měla být využita v hodnocení jiných, reálných skutečností, přítomných u daného závazkového vztahu. To stejné lze uvést o posledním požadavku, a to o ochraně legitimního očekávání.

Zajímavý názor vyjádřil Borchers,⁴³⁶ podle jehož názoru povede spojení únikové doložky v nařízení Řím II a nařízení Brusel I(bis) k jevu forum shopping, neboť aplikace únikové doložky povede k upřednostňování právního řádu *lex fori*. Borchers vychází z takto fungující praxe soudů ve Spojených státech, kde platí obdobná úprava zakotvená v U.S. Second Conflict Restatement. Zastává sice názor, že pravidla stanovená nařízením Řím II nesmí být formulována tak, aby je soud slepě aplikoval bez ohledu na výsledek. Domnívá se však, že zvolená formulace neposkytuje dostatečné vodítko, a vytváří proto prvek nejistoty a možnost nekonzistentních rozhodnutí.⁴³⁷

Zajímavou otázku představuje vztah únikové doložky v nařízení Řím II k ostatním „obecným“ pravidlům, respektive v jakém rozsahu může vyloučit použití obecného hraničního určovatele *lex loci damni infecti* nebo společného obvyklého bydliště stran mimosmluvního závazku. V prvním případě je diskutována intenzita vztahu. Je nutné, aby měl mimosmluvní závazek nulové nebo slabé spojení s primárně aplikovatelným právem, nebo postačuje, aby měl jen „ještě“ silnější spojení k jinému právu, byť spojení s primárně aplikovatelným právem je dostatečně zřetelné či významné.⁴³⁸ Druhý přístup převažuje s tím, že vhodněji koresponduje s požadavkem balancování mezi právní jistotou a flexibilitou ve smyslu bodu 14 Preambule nařízení Řím II. Navíc je zdůrazňováno, že první přístup by z únikové doložky vytvořil přespříliš rigidní a v reálu stěžejí použitelné pravidlo.⁴³⁹

⁴³⁶ BORCHERS, J. Patrick. The Proposed „Rome II“ Regulation and the U.S. Experience in Tort Choice of Law. [online]. 9 s. [cit. 10. 10. 2011].

⁴³⁷ Navrhl proto vlastní znění článku 4 odst. 3: Jestliže odstavce jedna a dva povedou k použití práva, jenž by bylo v rozporu s rozumným očekáváním stran, soud místo tohoto práva aplikuje právo státu, jež je nejvíce spjato s rozumným očekáváním stran.

⁴³⁸ Viz např. SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 198; nebo DICKINSON, Andrew. *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 343.

⁴³⁹ OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina; ARISHE, Gabriel Omoshemime. The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*. 2012, vol. 8, no. 3, s. 541.

Vedle toho je řešena také otázka, zda lze za pomoci únikové doložky místo *lex loci damni infecti* využít jinak článkem 4 odst. 1 explicitně vyloučené *lex loci delicti commissi*.⁴⁴⁰ Argumenty proti jsou postavené na tom, že by v takovém případě byl nivelizován samotný článek 4 odst. 1. Opačné hlasy, podobně jako v předcházejícím případě, argumentují negativním dopadem na využívání únikové doložky. Zdůrazňují, že úniková doložka má být využita tehdy, kdy nějaké právo vykazuje s předmětným deliktem výrazně silnější spojení s jiným právem než určeným dle článku 4 odst. 1, a to bez ohledu, zda se jedná o právo místa deliktního jednání či právo jiné.⁴⁴¹ S tímto druhým přístupem se plně ztotožňujeme.

A v neposlední řadě je vnímán dopad únikové doložky na vztah mezi hraniční určovateli *lex loci damni infecti* a *lex communis*. Tedy zda je možné nepoužít právo společného bydliště stran mimosmluvního závazku ve prospěch místa účinků deliktního jednání. Jinými slovy se jedná o otázku, zda lze únikovou doložku využít ve prospěch pouze „třetího“ práva (včetně *lex loci delicti commissi*), nebo je možné ji využít i k přesunu mezi oběma explicitně vyjádřenými hraničními určovateli ve článku 4 odst. 1 a odst. 2. S obdobnými argumenty jako v předcházejících případech, tj. zejména samotné praktické použití únikové doložky a požadavek vyváženého přístupu k právní jistotě na straně jedné a flexibility rozhodování a individuální spravedlnosti na straně druhé, je preferován benevolentnější přístup.⁴⁴²

Z hlediska členění únikových doložek na obecné a speciální jsme se přidrželi v odborné literatuře zažitého přístupu, který únikovou doložku v nařízení Řím II označuje za doložku speciální. Pokud vnímáme obecné doložky jako ty, které poskytují únik z celého souboru kolizních norem ve smyslu kolizních norem pro všechny soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem (takto jsou vnímány únikové doložky například v právu českém nebo švýcarském), lze s tímto zařazením souhlasit. Oproti tomu úniková doložka v nařízení Řím II poskytuje únik pouze z kolizních pravidel, jejichž rozsah je omezen na oblast mimosmluvních závazkových vztahů. To je ještě zdůrazněno tím, že úniková doložka je uvedena pouze u obecného pravidla v článku 4, které se použije tehdy, kdy nejsou splněny podmínky pro aplikaci speciálních pravidel pro vybrané deliktní skutkové podstaty. Přičemž pouze u některých z nich, a to u odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku, bezdůvodného obohacení, jednatelství bez příkazu a předsmuvní odpovědnosti je využita další „speciální“

⁴⁴⁰ Toto vyloučení zdůrazňuje i bod 17 Preambule nařízení Řím II.

⁴⁴¹ OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina; ARISHE, Gabriel Omoshemime. The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*. 2012, vol. 8, no. 3, s 542.

⁴⁴² Ibid, s. 542-543.

úniková doložka (formulovaná stejně, jako u obecného pravidla). U ostatních speciálních skutkových podstat, tj. u nekalé soutěže a jednání omezujícího volnou hospodářskou soutěž, škody na životním prostředí, porušení práv duševního vlastnictví a protestní akce v kolektivním vyjednávání již únikové doložky využity nejsou. Je proto zřejmé, že vůči kolizním pravidlům pro tyto skutkové podstaty nelze únikovou doložku využít a zdůrazňuje to skutečnost, že úniková doložka je využitelná jen v těch situacích, které jsou určitým způsobem vymezeny a nelze je využít u celého souboru kolizních norem.

Na danou věc lze ale pohlédnout i jinou perspektivou. Nařízení Řím II nelze vnímat bez zohlednění širšího kontextu, zejména skutečnosti, že společně s nařízením Řím I tvoří téměř komplexní kolizní úpravu závazkových vztahů. Nařízení Řím I obsahuje stejnou únikovou doložku – oba předpisy používají shodná slovní spojení (zjevně užší spojení smlouvy resp. civilního deliktu s jinou zemí). Domníváme se proto, že není důvod neposuzovat obě tyto únikové doložky společně, respektive vnímat je jako jednu společnou únikovou doložku jak pro oblast smluvních, tak mimosmluvních závazkových vztahů. Tím ovšem pozbývá smysl vnímat únikové doložky v obou předpisech jako doložky speciální. Naopak lze spatřovat úmysl unijního zákonodárce ve vytvoření obecného únikového pravidla, které je využitelné jak pro účely smluvních, tak mimosmluvních závazkových vztahů. Pro tento závěr lze využít i další argument. Je jím formulace únikových pravidel v návrhu Úmluvy o právu rozhodném pro smluvní a mimosmluvní závazky z roku 1972,⁴⁴³ kdy u smluvních závazků byla využita formulace, která byla následně převzata i do finálního textu Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy z roku 1980, o zjevně užším spojení s jiným státem vyplývajícím ze všech okolností případu. Pro mimosmluvní závazky byla využita zcela opačná formulace, kdy použití jiného práva předpokládalo splnění dvou podmínek. První z nich spočívala v žádném významném spojení mezi deliktním závazkem a státem, kde k deliktnímu jednání došlo, a druhá představovala požadavek převažujícího spojení s jiným státem.⁴⁴⁴ Byť lze zvažovat, zda bychom při praktickém naplňování obou ustanovení dospěli k obsahovým odlišnostem, nicméně za relevantní považujeme fakt, že ve stávajících textech obou nařízení již není patrná potřeba formulačního odlišení. Dalším argumentem ve prospěch obecného vnímání únikové doložky v unijních předpisech je její zakotvení také do článku 21 tzv. dědického

⁴⁴³ Viz článek 4 odst. 3 návrhu, převzato z NADELMANN, H. Kurt. The EEC Draft of a Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual. *The American Journal of Comparative Law*. 1973, vol. 21, no. 3, s. 587.

⁴⁴⁴ Viz článek 10 odst. 2 návrhu, převzato z NADELMANN, H. Kurt. The EEC Draft of a Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual. *The American Journal of Comparative Law*. 1973, vol. 21, no. 3, s. 589.

nařízení.⁴⁴⁵ Opět je využita formulace o zjevně užším spojení. Skutečnost, že obecná úniková doložka není využitelná vůči úplně všem kolizním normám není neznámá ani u těch únikových doložek, které jsou standardně označovány jako obecné. Objevují se názory, že únikové doložky vzhledem ke svému konceptu založenému na nejužším spojení jsou využitelné pouze vůči těm kolizním normám, které jsou také založeny na zkoumání úzkého spojení mezi právní skutečností a určitým státním územím resp. příslušným právem. Případně omezení (nepoužitelnost únikové doložky) v situacích, kdy primární kolizní norma zohledňuje určitý zájem, například ochranu slabší strany. O těchto aspektech bude pojednáno níže. Tím chceme upozornit na fakt, že účelové posouzení únikových doložek v nařízeních Řím I, Řím II případně dědickém nařízení jako jedné obecné únikové doložky nemusí být vyloučeno tím, že existují speciální kolizní pravidla (ať již v Řím I – oblast spotřebitelských či pracovněprávních vztahů, nebo Řím II – výše uvedené speciální skutkové podstaty), u nichž je použití únikové doložky vyloučeno.

Příklad speciální únikové doložky, navíc opět pro oblast mimosmluvních závazků, obsahuje německý právní řád⁴⁴⁶, podle něhož má být použito to právo, s nímž vztah vykazuje podstatně užší spojení než s právem, k němuž vede primárně použitelná kolizní norma. Podobně jako úniková doložka v nařízení Řím II i německé právo podává demonstrativní výčet těchto situací, a to zvláštní právní nebo faktický vztah stran mimosmluvního závazku a bydliště účastníků v témže státě. Nicméně vzhledem k existenci nařízení Řím II se jedná o okrajovou úpravu. Stejně formulovanou doložku (bez demonstrativního výčtu) německé právo využívá také u kolizní úpravy věcných práv.⁴⁴⁷ Rozehnalová⁴⁴⁸ poukazuje na to, že úniková doložka bude stěží využitelná u nemovitostí, nicméně uplatnění může nalézt při uplatnění *lex causae* u smluvního převodu vlastnického práva k věcem movitým.⁴⁴⁹

Považujeme za vhodné na tomto místě znovu upozornit na závěry Pauknerové prezentované v části věnované hromadění hraničních určovateli, kdy některé varianty Pauknerové označuje jako speciální *sui generis* únikové doložky. Jako na zajímavost poukazujeme na názor Symeonidese, který za speciální únikovou doložku označuje § 10 již zrušeného českého ZMPS z roku 1963. Symeonides u speciálních únikových doložek rozlišuje, zda jsou postaveny na

⁴⁴⁵ Nařízení o dědictví

⁴⁴⁶ Článek 41 EGBGB

⁴⁴⁷ Článek 46 EGBGB

⁴⁴⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 41.

⁴⁴⁹ To by odpovídalo aktuálním trendům v této oblasti, jejichž doložením je mimo jiné i § 70 odst. 2 ZMPS.

principu proximity, tedy nejužšího spojení (jako např. speciální únikové doložky v nařízení Řím II) nebo zda zohledňují jiné faktory. A jako příklad uvádí právě již zrušenou českou vnitrostátní úpravu s kritériem rozumného uspořádání vztahů (Symeonides ve skutečnosti poukazuje na stále aktuální slovenskou úpravu, která zatím na rozdíl od české ještě nedoznala v tomto ohled změnu – samozřejmě s výhradou existence unijních norem s aplikační předností).⁴⁵⁰ Nedomníváme se však, že Symeonides vnímá paragraf 10 správně. Jedná se o ustanovení, které svým významem odpovídá článku 4 nařízení Řím I, tedy upravuje rozhodné právo v případě, kdy pro smluvní závazkový vztah není právo určeno stranami pomocí volby práva. Nejedná se tedy o únikovou doložku, ale o „náhradní“ hraniční určovatel, máme-li si vypůjčit unijní terminologii. Navíc interpretace použitého slovního spojení, tj. rozumné uspořádání vztahů, je vedena pouze v rovině kolizní. Jak uvádí Kučera, přičemž tento názor není českou doktrínou nijak zpochybňován, odpovídá požadavku rozumnosti a spravedlnosti v kolizním smyslu výběr práva, k němuž má právní poměr vztah nejvýznamnější, rozuměj také nejužší. Rozumné uspořádání vztahů je naplňováno pomocí práva poskytovatele charakteristického plnění,⁴⁵¹ což je spojení, které je výslovně využíváno v nařízení Řím I. Je proto patrné, jak jsme ostatně uvedli již výše, že byť minulá česká využívala slovní spojení odlišné od např. nařízení Řím I, obsahově obě normy spějí ke stejnému závěru. A v případě nařízení Řím I o koncepci nejužšího spojení nepanují pochybnosti.

Zajímavou koncepci speciální únikové doložky využívá v článku 3547 právo státu Louisiana v případě mimosmluvních závazkových vztahů. Jestliže ze všech okolností zcela zjevně vyplývá, že by nepoužitím jeho práva došlo k vážnějšímu narušení zájmů toho státu než státu, jehož právo má být primárně aplikováno.⁴⁵² Tato úniková doložka zcela opouští koncepci užšího či nejužšího spojení, není postavena na čistě kolizním – geografickém – uvažování, ale naopak zohledňuje zájem státu, resp. má zajistit důraz na smysl (cíl) právní úpravy.⁴⁵³ Jestliže standardně využitelná kolizní ustanovení vyjadřují určitý zájem (např. rozdělení rizik, odpovědnost za výrobek, bezpečnost, represivní škodu), nemělo rozhodné právo vést k důsledkům, které by byly s těmito cíli v rozporu.⁴⁵⁴ Navíc rezignuje na obecnou povahu

⁴⁵⁰ SYMEONIDES, C. Symeon. Civilian Statutes and Judicial Discretion. *Louisiana Law Preview*. 2016, vol. 76, s. 1137.

⁴⁵¹ KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 103-105.

⁴⁵² SYMEONIDES, C. Symeon. Civilian Statutes and Judicial Discretion. *Louisiana Law Preview*. 2016, vol. 76, s. 1138.

⁴⁵³ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 30.

⁴⁵⁴ SYMEONIDES, C. Symeon. Exception Clauses in American Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1994, vol. 42, no. 2, s. 842, 843.

právní normy a naopak předpokládá *ad hoc* posuzování jednotlivých případů.⁴⁵⁵ Lagarde v ní proto vidí obdobu doložky o výhradě veřejného pořádku, která ovšem na rozdíl od obvyklých ustanovení o výhradě veřejného pořádku neupřednostňuje pouze *lex fori*.⁴⁵⁶

Úniková doložka je využita také u kolizní úpravy smluvních závazkových vztahů. Nemáme na mysli pouze obecnou úpravu v článku 4, pro níž z pohledu obecnosti a speciality platí to stejné, co jsme uvedli v případě nařízení Řím II. Speciální (a nyní již bez jakýchkoliv pochybností) úniková doložka je využita pro oblast individuálních pracovních smluv. Výklad tohoto ustanovení byl navíc předmětem prejudiciálního řízení. V rozhodnutí C-64/12 *Schlecker*⁴⁵⁷ Soudní dvůr posuzoval skutkový stav, kdy místem obvyklého výkonu práce bylo Nizozemí, nicméně smlouva byla jinými svými aspekty (zaměstnavatel z Německa, odměna vyplácena v německých markách, penzijní připojištění bylo sjednáno v Německu, zaměstnanec si zachoval bydliště v Německu, sociální pojištění bylo placeno v Německu, pracovní smlouva odkazovala na německé kogentní normy, zaměstnavatel proplácel zaměstnanci cestovní náklady z Německa do Nizozemí). Nizozemské právo, které bylo právem místa obvyklého výkonu práce, bylo přitom z hlediska výsledku sporu pro zaměstnance výhodnější. Jak ale uvedl Generální advokát, je-li smyslem kolizní úpravy pro individuální pracovní smlouvy zajištění přiměřené ochrany zaměstnance, musí být použito právo země, s níž smlouva nejúžeji souvisí, a to i tehdy, kdy tento výklad vede k použití práva, které není pro zaměstnance nejvýhodnější hmotněprávně. Soud má právo rozhodné pro pracovní smlouvu určit za použití základních hraničních určovatелů, zejména hraničního určovatele místa obvyklého výkonu práce. Nicméně pokud smlouva úžeji souvisí s jiným státem, než je stát místa obvyklého výkonu práce, soud nemá použít právo státu místa výkonu práce a místo toho má uplatnit právo tohoto jiného státu. Soud je povinen zohlednit všechny skutečnosti, které charakterizují pracovní poměr a musí přezkoumat takovou skutečnost nebo skutečnosti, které jsou podle něj nevýznamnější. Nemá se však jednat o pouhé zohlednění počtu jednotlivých skutečností vedoucích k jinému státu, než je stát místa výkonu práce, ale také o jejich význam pro pracovněprávní vztah a vazby zaměstnance k určitému území – skutečnosti spojené se stanovením mzdy a náhrad a dalšími pracovními podmínkami, ale také odvody daní a poplatků, sociální, zdravotní nebo důchodové pojištění či pojištění pro případ invalidity

⁴⁵⁵ SYMEONIDES, C. Symeon. *Choice of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 683.

⁴⁵⁶ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 30.

⁴⁵⁷ Rozhodnutí SDEU ve věci C-64/12 *Anton Schlecker proti Melitta Josefa Boedeker*. Rozhodnutí bylo vydáno ještě v souvislosti s Římskou úmluvou

Soudní dvůr argumentaci Generálního advokáta převzal. Z toho je evidentní, že klade důraz na geografické pojetí únikové doložky. To bude platit jak pro speciální doložku v případě individuálních pracovních smluv, tak předpokládáme, že to bude platit i pro obecněji koncipovanou únikovou doložku v článku 4 nařízení Řím I a doložky použití v nařízení Řím II, případně dalších unijních předpisech.

6.3 Únikové doložky využitelné vůči všem kolizním normám a únikové doložky využitelné pouze vůči kolizním normám založeným na nejužším spojení.

Nejtypičtější členění únikových doložek je členění představené výše. Na doložky obecné a speciální. Představit si lze ale i další možnosti kategorizace. U doložek obecných lze zvažovat, zda jsou využitelné vůči kolizním normám všech typů, či naopak vůči těm kolizním normám, které jsou založeny na stejném konceptu, jako samotná úniková doložka, tedy na konceptu nejužšího spojení. Tento přístup odmítá např. Overbeck, kdy jediné omezení vidí ve volbě práva stranami. Opačný přístup využívá holandské právo, které dle znění článku 10:8 odst. 1 umožňuje využití únikové doložky operující na bázi úzkého spojení opět jen vůči kolizním normám založeným na principu úzkého spojení.⁴⁵⁸ Boele-Woelki a Interson k tomu doplňuje, že únikovou doložku nelze využít vůči kolizním normám s cílem poskytnout ochranu nebo výhodu určitému subjektu.⁴⁵⁹ Podobně také belgické právo v článku 19 odst. 2⁴⁶⁰ výslovně omezuje použití únikové doložky v případech, kdy je použití rozhodného práva podmíněno jeho obsahem, tedy u kolizních norem sledujících materiální spravedlnost.⁴⁶¹ V českém prostředí se úvahy tohoto typu ani neobjevují, nicméně například Bříza v komentáři k paragrafu 24 ZMPS operuje s únikovou doložkou v souvislosti s kolizní úpravou adopce. Lze tedy nepřímou usuzovat, že jeho závěry korespondují spíše s přístupem Overbecka. Vzhledem k výjimečnosti použití únikové doložky, což je atribut, který je zmiňován v souvislosti s každou z nich, máme za to, že její omezení pouze vůči určitému typu kolizních norem není nutné. Domníváme se, že řešení u kolizních norem, které v sobě zahrnují i hmotněprávní uvážení, je právě v jejich charakteru a v tom, zda jiné právo může vykazovat užší spojení při současném zohlednění cíle, k němuž tyto kolizní normy směřují.

⁴⁵⁸ Viz také SYMEONIDES, C. Symeon. Codification and Flexibility in Private International Law. In: BROWN, K. Karen; SNYDER, V. David (eds.) *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer. 2011, s. 30.

⁴⁵⁹ BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSON, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 10.

⁴⁶⁰ Článek 19 odst. 2 belgického ZMPS

⁴⁶¹ Blíže viz také FIORINI, Aude, The Codification of Private International Law: The Belgian Experience. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, no. 2, s. 514.

Jistou podporu našeho závěru lze spatřovat i ve výše citovaném rozhodnutí Soudního dvora EU ve věci Schlecker. Soudní dvůr zdůraznil teritoriální povahu únikové doložky u kolizního pravidla s hmotněprávním kontextem. Na druhou stranu je nutné vzít v potaz i skutečnost, že toto kolizní pravidlo přímo v sobě únikovou doložku obsahuje, na rozdíl například od kolizního pravidla pro spotřebitelské smlouvy nebo pojistné smlouvy jiné než kryjící velké riziko. Nicméně, i kdyby nebyl přístup Soudního dvora shodný ve všech případech, minimálně vůči některým kolizním pravidlům s cílem poskytnout ochranu nebo výhodu určitému subjektu je v prostředí unijního práva úniková doložka využitelná.

6.4 Únikové doložky namířené vůči všem právním řádům a únikové doložky namířené pouze vůči cizím právním řádům.

Je úniková doložka institutem, který je využitelný vůči všem právním řádům, nebo se jedná o institut „domácího“ práva, který umožňuje nepoužít právo cizí a nahradit jej právem jiným, ať již domácím či jiným cizím? Naprostá většina právních řádů tuto otázku neřeší explicitně a ani odborná literatura neobsahuje názory o tom, že by se mělo jednat o institut omezený pouze na cizí právní řády. V případě doložek v unijních právních předpisech je tato otázka navíc bezpředmětná. Odporovalo by to jak povaze unijního práva, které má unifikovat příslušný postup, v tomto případě postup při určení rozhodného práva, tak by to odporovalo univerzalitě unijního kolizního uvažování ve smyslu použití jakéhokoliv práva, bez ohledu na to, zda se jedná o právo členského státu či právo státu třetího.⁴⁶²

Jedinou explicitní výjimku představuje litevské právo. Litevská úniková doložka⁴⁶³ je součástí článku upravujícího omezení aplikace cizího práva společně s výhradou veřejného pořádku a imperativními normami. Úniková doložka umožňuje odmítnout použití cizího práva, jestliže vzhledem ke všem okolnostem případu je zřejmé, že toto právo zjevně nesouvisí s případem nebo stranami a jiné právo je s předmětným případem spojeno úžeji.

6.5 Další aspekty únikových doložek

Úniková doložka je využitelná v rozsahu normy, jejíž je součástí. Jestliže se jedná o únikovou doložku obsaženou v národní úpravě, jako je například ZMPS, je využitelná pouze v situacích, kdy je jako základní norma aplikována kolizní norma stejného původu, tedy opět norma národní. Nelze využít únikovou doložku z jedné úrovně norem mezinárodního práva

⁴⁶² Viz např. článek 2 nařízení Řím I nebo článek 3 nařízení Řím II

⁴⁶³ Článek 1.11. litevského OZ

soukromého (například rovina národní) vůči kolizním normám majícím původ v jiné z úrovní (například rovina norem mezinárodního či unijního původu).⁴⁶⁴

Rozehnalová v souvislosti s únikovými doložkami zdůrazňuje skutečnost, že se jedná o únik pouze v rámci procesu aplikace rozhodného práva na meritum věci, nelze tedy únikové doložky využít k úniku z norem procesních.⁴⁶⁵ Jedná se opět spíše o zdůraznění zřejmého, neboť v rovině procesní nelze ani o kolizi právních řádů hovořit. Podobné je to i v případě imperativních norem.⁴⁶⁶ Tyto normy, které česká doktrína označuje mimo jiné také jako normy nutně použitelné, si ponechávají svoji kogentní povahu i v okamžiku, kdy má být použito jiné právo.⁴⁶⁷ Bližší rozbor je předmětem jiné části této práce. Pochybnosti se neobjevují také o nemožnosti využití únikové doložky v případě, kdy strany právo rozhodné zvolí. Některé právní řády toto uvádí výslovně, jako třeba již zmíněné belgické, holandské, litevské nebo švýcarské právo. České právo sice výslovně toto omezení neuvádí, odborná literatura však tuto možnost ani nezmiňuje. Z formulací využitých v nařízení Řím I a systematického řazení je evidentní, že vůči volbě práva je úniková doložka nevyužitelná.

Samotná aplikace únikové doložky je na zvážení soudu, který ji může aplikovat *ex offio*.⁴⁶⁸ Návrh strany může být bezpochyby soudem zohledněn, nicméně užití únikové doložky je v diskreci soudu, který je také odpovědný za řádné odůvodnění jejího použití.

6.6 Je úniková doložka opravdu únikem?

V úvodním vstupu této části o únikových doložkách jsme podali několik vysvětlení smyslu či cíle únikových doložek. Všechny se, z povahy věci, shodují v tom, že představují možnost odchylky od základního (primárního) kolizního pravidla využitého zákonodárcem. Také odůvodnění toho, proč má být povolena taková odchylka, se shodují – náprava špatných kolizních norem, respektive pojistka u dobrých kolizních norem použitých na nepředvídanou okolnost, odstranění problémů kolizní normy, kdy výsledné právo vykazuje malé či žádné

⁴⁶⁴ O tomto závěru nejsou vedeny diskuze, jedná se spíše o zdůraznění zřejmého – shodně viz např. BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSÓN, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 10.

⁴⁶⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 40.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, s. 40.

⁴⁶⁷ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 229-233.

⁴⁶⁸ MOSCONI, Franco. Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. 1989. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, vol. 217, s. 189.

spojení se základním rozhodným právem, nebo výsledek je nevhodný (kolizně). Únik od základního kolizního pravidla v okamžiku, kdy rozhodné právo takto určené je pro strany nepředvídatelné, výsledek je kolizně nevhodný, rozhodné právo je s předmětnou právní otázkou s mezinárodním prvkem spojeno pouze málo či dokonce vůbec. A existuje země, se kterou je předmětná otázka spojena intenzivněji, a proto je vhodnější použít právo této druhé země.

Samotné označení úniková doložka naznačuje specifičnost, formulace nabádají ke zdrženlivosti při používání, odborné názory byly či stále jsou rozpačité. Jedná se však opravdu o únik? Respektive, pro účely této práce – jedná se o odchylku od základního – neutrálního – kolizního pravidla? Bezesporu ano, pokud se zaměříme pouze na ono pravidlo, od něhož úniková doložka umožňuje se odchýlit. Tento závěr ale opomíjí samotný smysl únikové doložky. Do jakého práva má úniková doložka vést, či lépe formulováno – jakým způsobem úniková doložka a z jakých podmínek provede výběr rozhodného práva? Právní řády, resp. interpretace příslušných únikových doložek je jednotná v tom, že nelze aktivovat únikové doložky z hmotněprávních důvodů, tedy v okamžiku, kdy by se snad rozhodné právo jevílo nevhodné ve smyslu nevýhodnosti. Nevhodností je míněno nedostatečné spojení mezi zemí, jejíž právo má být použito, a řešenou právní otázkou. Vedle nedostatečného spojení s jednou zemí musí navíc existovat silnější spojení se zemí jinou (a tedy i jejím právem). Únikové doložky, jak jsou formulovány ať již v národních právních řádech, tak unijní úpravě, akcentují zřetelně požadavek nalezení nejužšího možného spojení mezi řešenou právní otázkou a určitou zemí, respektive jejím právním řádem. Hledání nejužšího možného spojení je v těchto případech geografickou záležitostí, kdy prostřednictvím zkoumání jednotlivých aspektů je předmětná otázka napojována na určitou zemi. Takový postup ovšem nepředstavuje odchylku od neutrálního kolizního řešení. Naopak. Je to návrat k Savignyho neutrálnímu koliznímu řešení v té nejjobecnější a nejčistší podobě. Bez přihlížení ke státním zájmům, bez zohledňování hmotněprávních aspektů, bez využití většího počtu hraničních určovatелů. A přitom s cílem dosažení individuální spravedlnosti.

Únikové doložky jsou aplikovány tehdy, kdy základní kolizní pravidlo koncipované tak, aby vyhovovalo pro použití v co nejširším spektru situací, ale zároveň je formulováno konkrétněji (místo, kde vznikla škoda; bydliště poskytovatele charakteristického plnění), aby umožňovalo co nejsnadnější a nejpřesnější určení rozhodného práva, vede k řešení, které pro daný skutkový stav není z neutrálního kolizního hlediska vyhovující v tom smyslu, že určuje právo, které zjevně není právem vykazujícím nejužší spojení. Cílem únikové doložky je odstranit tuto

disproporcí, která, slovy Aristotela zmíněnými výše, je pro určité množství případů logickým vyústěním snahy o formulování obecného pravidla. Úniková doložka proto umožňuje v odůvodněných, úzce vymezených, případech odchýlit se od primárně namyšleného pravidla, vhodného pro většinu situací, které mohou v reálu nastat, a uniknout jinam. Kam, to je již zcela na vůli zákonodárce, který se rozhodne únikovou doložku využít a formulovat. Nicméně analyzované příklady únikových doložek neskrývají případ žádného excesivního úniku ve smyslu úniku podmíněného například obsahem právního řádu nebo hodnocením zájmů dotčených států, skupin či jednotlivců. Naopak. Všechny analyzované případy umožňují návrat (úmyslně není použit pojem „únik“) k Savignyho neutrálnímu nejužšímu spojení, které skutkový stav vykazuje s příslušným právním řádem.

Únikové doložky sice představují odchylku do primárně použitelného kolizního pravidla, ale jak bylo vysvětleno výše, důvodem nejsou a nemohou být hmotněprávní důvody, ale pouze důvody kolizně teritoriální, tj. důvodem pro využití únikové doložky nemá být nespokojenost s vybraným právem z hmotněprávních důvodů, ale z důvodu existence jiného, ještě užšího spojení s jiným právním řádem. Z tohoto důvodu jsme nuceni vyloučit únikové doložky ze skupiny mechanismů, na které cílí tato práce, neboť neumožňují realizovat odchylku od primárně použitelného kolizního pravidla vedenou materiálně či cílenou na dosažení (alespoň potenciální) chtěného materiálního cíle.

7 Mechanismy umožňující zohlednění materiálních zájmů

Neutralita (či dokonce slepota⁴⁶⁹) kolizního řešení – základní východisko této práce, které staví na předpokladu podrobněji analyzovaném výše, že během procesu výběru rozhodného práva dle kolizní normy nedochází k zohledňování zájmu státu, skupiny či jednotlivce a naopak je zdůrazňována vnější rozhodovací harmonie. Kolizní norma nicméně zůstává právní normou. Jako taková proto nutně zájem zákonodárce, který takovou právní normu vytvořil, představuje. Zájem stojící za neutrální kolizní normou je ovšem, vrátíme-li se opět k Savignymu, zhmotněním představy, že právní řády jednotlivých států si jsou rovny, a proto mezi nimi má být vybíráno nikoliv dle jejich obsahu,⁴⁷⁰ ale podle toho, ke kterému má řešená právní otázka nejužší vztah. Nejedná se tedy o přetavení zájmu na meritorním řešení určité právní otázky, ale o komplexní přístup k vzájemnému vztahu jak mezi jednotlivci z různých států, jestliže mezi nimi vznikne soukromoprávní vztah, tak, byť nepřímo, jak mezi státy samotnými.

Jakkoliv zní výše uvedené harmonicky, hmotněprávní zájmy mocenských suverénů – států nemohou být absolutně odsunuty v důsledku akceptování premisy, že právní řády jsou si rovny. Důvodů existuje celá řada a v nechceme aspirovat na podání jejich kompletního výčtu. To ani není možné.

Mezinárodní právo soukromé, jakkoliv může vycházet z představy rovnosti právních řádů, existuje právě proto, že právní řády přistupují k řešení týchž právních otázek odlišně. Právní úprava jednotlivých institutů se sice během času vyvíjí, často ovšem zrcadlí socio-ekonomické aspekty. Zatímco některé oblasti práva reflektují spíše liberální přístup, kdy stát do úpravy právních vztahů příliš nezasahuje, jiné naopak reflektují sociální vývoj společnosti včetně nezanedbatelných vlivů náboženských, což může vést ke značným rozdílům v jednotlivých hmotněprávních úpravách majících základ ve vnímání základních stavebních prvků vytvářejících rámeček fungování určité společnosti. Vývoj představ o prospěšnosti či naopak závadnosti určitých právních jednání nebo také aktuální hospodářský či politický vývoj se v jednotlivých státech odráží na právním uchopení přístupu k řešení velkého množství právních otázek, jako je např. přechod zboží či služeb přes hranice státu, hospodářská soutěž, měnová problematika nebo trestněprávní odpovědnost. I přesto, že jsme zmínili oblasti tradičně

⁴⁶⁹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 166.

⁴⁷⁰ Navíc, jak trefně poukazuje Rozehnalová, i kdyby kolizní norma v době svého vydání přihlížela k určitému obsahu právních řádů, nejedná se o neměnnou záležitost. Viz ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 166.

vnímané jako veřejnoprávní, nelze opomíjet skutečnost, že různé složky veřejného práva ovlivňují soukromoprávní vztahy. Již v 80. letech proto Pauknerová zdůrazňovala dopad veřejného práva na soukromoprávní vztahy, což charakterizovala jako „publicizaci“ soukromého práva, kdy zvláště důležité státní zájmy jsou prosazovány administrativněsprávní metodou regulace, která implicitně vynucuje určité řešení.⁴⁷¹ Obdobně Schäfer hovoří o odklonu od liberálního státu, který ponechával svým občanům kontrolu nad jejich právními vztahy, a pomalém přerodu do sociálního státu, který naopak aktivně intervenuje do soukromoprávních vztahů s odvoláváním se na ekonomické a sociální zájmy společnosti⁴⁷² jako celku nebo vybraných skupin jednotlivců. Opomíjet nelze ani ekonomickou globalizaci a s ní přicházející zvyšování ekonomické síly jak jednotlivců, tak obchodních korporací, stejně jako mohutnou informovanost a z toho vyplývající snahu vytěžit z informací, včetně informací o obsahu jednotlivých právních řádů, komparativní výhodu. Objem norem regulujících tyto otázky během minulého a tohoto století výrazně narostl.⁴⁷³ Tyto jevy posouvají právní vztahy do úrovně, které dříve byly stěží představitelné. Jedná se například o volní, subjektivní internacionalizaci prostřednictvím volby práva či sudiště pro vztahy objektivně bez mezinárodního prvku. Svoji roli také sehrává již analyzovaný akcent na dosahování individuální spravedlnosti jako určitý vliv amerických přístupů na pojetí mezinárodního práva soukromého i v Evropě,⁴⁷⁴ případně mohutnící lidskoprávní legislativa.

Výše uvedené jevy ovlivňují mezinárodní právo soukromé různým způsobem. Pro účely této práce je seřadíme tak, jak se mohou postupně projevit během procesu aplikace cizího práva. Během okamžiku výběru rozhodného práva se může jednat o posun z polohy čistě neutrálního, teritoriálního výběru do polohy umožňující zohlednění obsahu potenciálně aplikovatelného rozhodného práva a výběru práva vhodnějšího či výhodnějšího. Vedle toho si lze ve stejném okamžiku představit také omezení autonomie vůle stran a trvání na nemožnosti využití cizího práva nebo těch jeho částí, které zbavují určitou stranu soukromoprávního vztahu s mezinárodním prvkem ochranných mechanismů, s nimiž by tato strana jinak počítala. Případně nemožnost využití těch částí cizího práva, které jsou v rozporu s kogentní úpravou

⁴⁷¹ PAUKNEROVÁ, Monika. Přímou použitelné administrativně právní normy a Mezinárodní právo soukromé. *Právník*. 1983, vol. 122, s. 477.

⁴⁷² SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 23.

⁴⁷³ PHILIP, Allan. *General Course on Private International Law*. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 64.

⁴⁷⁴ Podrobněji viz VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American „Conflicts Revolution“. *The American Journal of Comparative Law*. 1982, vol. 30, no. 1, s. 1-18; SYMEONIDES, C. Symeon. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Preview*. 2008, vol. 82, no. 5, s. 1741-1799.

vlastního práva v situaci, kterou stát vnímá jako objektivně spojenou pouze s jeho územím a tedy i právním řádem. Představa svrchovanosti při takovémto omezení autonomie vůle stran v jistém smyslu dominuje nad koncepcí rovnosti právních řádů. Všechny tyto mechanismy umožňují během kolizního výběru rozhodného práva zároveň zohlednit obsah cizího práva a dochází tak k materializaci původně neutrálního kolizního řešení.⁴⁷⁵

Důraz na vlastní svrchovanost a její mocenské projevy mohou mít podobu prosazování zvlášť důležitých zájmů. Prosazení těchto zájmů je dosahováno trváním na aplikaci vlastních právních norem bez ohledu na právo rozhodné pro soukromoprávní otázku s mezinárodním prvkem. Možnost použití cizího práva tedy není popřena, tento mechanismus neovlivňuje způsob výběru rozhodného práva, jak tomu bylo v případech předcházejících. Souběžně s aplikací rozhodného práva však musí být aplikovány i normy prosazující vlastní důležité zájmy státu. Terminologie pro označení těchto norem je bohatá, pro tento okamžik využijeme pojem imperativní normy. V dalších částech této práce podáme charakteristiku těchto norem a provedeme hlubší analýzu způsobu jejich použití či zohlednění.

Na konci procesu aplikace cizího práva, tedy po jeho určení, nalezení jeho obsahu a zjištění účinků, jaké bude aplikace cizího práva mít, lze využít obranný mechanismus mezinárodního práva soukromého, který umožňuje odmítnutí aplikace cizího práva. Výhrada veřejného pořádku představuje na jednu stranu tradiční defenzivní nástroj – pojistku,⁴⁷⁶ bez kterého nemůže systém mezinárodního práva soukromého existovat.⁴⁷⁷ Zároveň ale jeho nadužívání představuje hrozbu, která je některými autory vnímána jako idea podkopávající celé mezinárodní právo soukromé.⁴⁷⁸

7.1 Materializace kolizního řešení

Materializace⁴⁷⁹ kolizního řešení je reakcí na výtky vůči sleposti kolizního řešení a snahou o zohlednění obsahu potenciálně aplikovatelného hmotného práva, či hodnot, na nich je právo

⁴⁷⁵ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 126-127; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 169.

⁴⁷⁶ WURMNEST, Wolfgang. *Ordre Public (Public Policy)* In: LEIBLÉ, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 305.

⁴⁷⁷ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 169.

⁴⁷⁸ PAULSEN, G. Monrad; SOVERN, I. Michael. „Public Policy“ in the Conflict of Laws. *Columbia Law Review*. 1956, vol. 56, no. 7, s. 971.

⁴⁷⁹ Tento pojem se objevuje například u Basedowa, který mu však přiznává jiný obsah, než jak je to činěno v této práci. Materializaci vnímá jednak jako kladení většího důrazu na hmotněprávní výstupy procesu aplikace cizího práva, jednak jako přijímání unifikujících hmotněprávních mezinárodních úmluv. Důraz na hmotněprávní výstupy

vystavěno. V tomto ohledu se materializace kolizního řešení odlišuje od institutů jako například hromadění hraničních určovatelů nebo únikových doložek, které sice mohou ovlivnit výběr rozhodného práva směrem ke chtěnému hmotněprávnímu řešení, nicméně stále se jedná o ovlivnění v rovině kolizní. Hraniční určovatel je stále kritériem pracujícím s teritoriálními parametry skutkového stavu. Různá podoba hromadění hraničních určovatelů může ovlivnit výsledné hmotněprávní řešení tím, že umožní aplikaci takového rozhodného práva, které lépe vyhovuje určité představě, například vede ke zvýšení pravděpodobnosti platnosti právního jednání. Nicméně ono hromadění hraničních určovatelů pouze zvýší pravděpodobnost dosažení daného výsledku tím, že umožní navázání na větší počet právních řádů, s nimiž ovšem stále musí existovat dostatečně úzké spojení. Nevede však k tomuto výsledku ani jej nezajistí tím, že by výběr práva byl podmíněn jeho hmotněprávním obsahem.

Materializace kolizního řešení umožňuje buď do výběru rozhodného práva zahrnout hmotněprávní stránku, tedy výběr rozhodného práva ovlivnit vhodností řešení předmětné právní otázky, nebo aplikaci norem cizího práva omezit či vyloučit určitou skupinou norem práva preferovaného. I přesto, že oba projevy materializace spojuje zohlednění hmotněprávní úpravy, jejich výsledné projevy se výrazně odlišují.

První model lze vnímat jako vnitřně konzistentní. Jedná se o kombinaci prostorového a hmotněprávního výběru v tom smyslu, že kolizní norma identifikuje určité právní řády, z nichž jeden je pravidelně právem fóra, a tyto právní řády jsou vzájemně srovnány perspektivou určitého zájmu (viz dále). Použit je poté ten právní řád, který dosažení daného zájmu vyhovuje lépe. Pojem materializace je tedy použit pro proces, v jehož rámci je do kolizního řešení zakomponován aspekt hmotněprávní. Výsledek procesu není na jeho začátku znám ani nijak předjímán. Vybraný právní řád, respektive jeho aplikace, již není dále během procesu aplikace práva omezen. Do úvahy by připadalo pouze specifické omezení prostřednictvím výhrady veřejného pořádku, navíc pouze za situace, že by bylo vybíráno mezi dvěma cizími právními řády. Tento model je využíván u několika typů skutkových stavů, které jsou uvedeny níže.

Druhý model, který vede k omezení či vyloučení aplikace určité skupiny norem cizího práva, již vnitřně konzistentní není a lze jej dále vnitřně členit. Materializace kolizního řešení u tohoto

potom podle něj představují instituty veřejného pořádku, a nebo používání alternativních hraničních určovatelů. Podrobněji viz BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*. Amersfoort: Brill/Nijhoff, 2015, s. 3-5.

modelu opět spočívá v tom, že do neutrálně nastaveného procesu aplikace cizího práva vstupuje hmotněprávní aspekt. Ono omezení může být podmíněno komparací dotčených právních řádů. V tom je tato varianta druhého modelu shodná s modelem prvním. Dotčené právní řády jsou porovnávány perspektivou chráněného zájmu. Výsledkem ovšem není výběr právního řádu, jehož použitím je dosaženo chráněného zájmu lépe, ale právní řád primárně aplikovatelný je pouze omezen těmi normami z práva druhého (to nemusí být nutně právem fóra), a to navíc pouze v případě, že prostřednictvím druhého práva lze dosáhnout chráněného zájmu lépe. Jestliže by byl chráněný zájem dosažen stejně dobře či lépe právem primárně aplikovatelným, bude toto použito bez jakéhokoliv omezení. Varianta tedy vyžaduje srovnání, pracuje s chráněným zájmem, definuje jej, a zároveň předjímá výsledek – ten je závislý na výsledku srovnání. Jedná se tedy o materializaci procesu výběru a určení pravidel regulujících soukromoprávní otázku s mezinárodním prvkem. Záměrně neužíváme formulaci „materializace procesu výběru rozhodného práva“, protože výsledkem může, ale nemusí být aplikace pouze jednoho právního řádu, ale může dojít ke kombinaci dvou právních řádů – práva primárně aplikovatelného, které je doplněno pravidly z jiného právního řádu, jejichž aplikace zajistí dosažení chráněného zájmu. Příkladem může být kolizní úprava vybraných spotřebitelských právních vztahů nebo vztahů pracovněprávních v unijní úpravě v nařízení Řím I.

Druhá varianta (druhého modelu) je procedurálně jednodušší. Výsledek není pouze předjímán, je striktně stanoven. Porovnání právních řádů není vyžadováno a pro vymezené skutkové situace je aplikace primárně aplikovatelného práva omezena vyspecifikovanou úpravou jiného právního řádu. Tato varianta je využívána unijní úpravou v nařízení Řím I pro situace subjektivně vytvořeného mezinárodního prvku nebo v situacích inter-unijních právních vztahů, pro něž je stranami zvoleno právo třetího státu. Materializované (ve smyslu zakotvení hmotněprávního prvku) u této varianty nejsou proces výběru rozhodného práva nebo proces zjištění, zda má být rozhodné právo nějakým způsobem omezeno, ale od samého počátku je materializován výsledek, a to bez možnosti uvážení, zda tento výsledek v rámci aplikačního procesu přijmout či nikoliv. Je proto vhodnější v těchto případech spíše než pojem materializace kolizního řešení využít pojem označující dokonavost, tj. označení materiální kolizní řešení.⁴⁸⁰ Důvodem pro využití materiální kolizní řešení je nechuť mocenského suveréna (bez ohledu na to, zda se jedná o stát nebo nadnárodní celek) zbavit se svrchovanosti ve smyslu kontroly nad určitou situací. Pokud by se tato nechuť projevovala u všech právních

⁴⁸⁰ Viz také ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 156.

vztahů s mezinárodním prvkem, zcela by to popřelo smysl existence mezinárodního práva soukromého. Proto je toto řešení využíváno ve specifických situacích, kdy se strany právního vztahu snaží uniknout ze sféry kontroly mocenského suveréna sice povoleným způsobem (volbou cizího práva), ale v situaci, kterou suverén považuje za natolik zasazenou do jeho sféry působnosti, aby nechal tento únik⁴⁸¹ zrealizovat kompletně a bez vlastního zásahu. Na rozdíl od první varianty, u níž primárně aplikovatelné právo nemusí být nutně porovnáváno a následně omezeno normami práva fóra, u druhé varianty je to kvůli nechuti zbavit se kontroly nad určitým spektrem skutkových stavů právo fóra (resp. právo nadnárodního celku), které tvoří rámec, který limituje či vylučuje aplikaci cizího práva.

Rozehnalová analyzovala situace, které řadíme k druhému modelu materializace také, a člení normy, které omezují výsledek aplikace, do tří skupin. Do první řadí normy vymezené jejich povahou ve smyslu jejich kogentnosti, přičemž do této skupiny řadí řešení subjektivizace mezinárodního prvku. Druhá skupina je představována normami vymezenými jejich povahou a určením. Jedná se o normy, které jsou jednak kogentní (povaha) a jednak sledují určitý účel, například ochranu spotřebitele či zaměstnance v situacích, kdy je stranami spotřebitelské či pracovní smlouvy zvoleno právo, z něhož spotřebitel či zaměstnanec benefituje méně. Ve třetí skupině se nachází normy vymezené jejich povahou (kogentnost) a původem. Sem řadí řešení pro intra-unijní vztahy, pro něž je stranami zvoleno právo třetího státu, což následně vyvolává nutnost aplikace kogentních norem unijního původu.⁴⁸² Zatímco Rozehnalová využila pro svoji kategorizaci charakter norem, které omezují použití práva cizího, naše členění reflektuje způsob hmotněprávního zásahu do výsledného řešení. Je však zřetelné, že se jedná pouze o jiný úhel pohledu na tutéž problematiku.

7.1.1 Výběr rozhodného práva posunutý do roviny hmotněprávní

Zejména u tohoto modelu materializace by se mohlo zdát, že se podobá americkým přístupům postaveným na zkoumání zájmů stojících za hmotněprávními normami a hledání lepšího

⁴⁸¹ Bělohávek v této souvislosti hovoří přímo o obcházení práva tím, že bez existence objektivní vazby na minimálně dva právní řády je účelem vyloučit čistě tuzemský právní řád volbou cizího práva – viz BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 624.

⁴⁸² ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 97-99. Zatímco v této publikaci ještě výrazněji odlišuje mezi procesem materializace a materiálním výsledkem, ve svém pozdějším díle sice toto členění také uvádí, nicméně již pouze jako vnitřní členění v rámci nadřazené skupiny označené jako materializované kolizní normy – viz ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 172-175.

práva.⁴⁸³ Tato podobnost je však pouze zdánlivá.⁴⁸⁴ Americké přístupy nevyužívají kolizní normy vůbec – výběr rozhodného práva se odehrává čistě v rovině hmotněprávní, zkoumáním zájmů stojících v pozadí hmotného práva, ovlivňujících jeho obsah a podmiňujících jeho aplikaci. Materializace kolizního řešení vychází z kolizního řešení, využívá hraniční určovatele. Kolizní – teritoriální – výběr materializuje tím, že kolizní řešení uchopuje směrem k hmotněprávnímu – materiálnímu – výsledku.⁴⁸⁵ Kolizní spravedlnost je tak provázena spravedlností materiální. První uchopení řešené otázky je tedy v rovině kolizní – dojde k určení rozhodného práva. Poté řešení přechází do roviny hmotněprávní. Potenciálně aplikovatelné rozhodné právo je srovnáno s úpravou, kterou lze označit jako vzorovou – tou je typicky právo fóra. Tertium comparationis představuje zájem, který má být perspektivou práva fóra chráněn. Výsledný výběr je proveden podle toho, jak srovnávané právní řády k tomuto zájmu přistupují a podle kterého u nich je možné jej lépe dosáhnout. V české právní úpravě je pro vyjádření požadavku porovnání právních řádů a výběru toho vhodnějšího užívána formulace „je-li v zájmu...(…chráněného subjektu...)“.

Příklady materializace kolizního výběru lze nalézt v řadě právních úprav včetně české. Zároveň se často jedná o úpravu obdobných otázek. České mezinárodní právo soukromé materializaci využívá u věci určení a popření rodičovství v § 54 ZMPS odst. 1 a 2. První odstavec kombinuje již analyzovaný jev alternativních hraničních určovatelů – státní příslušnost dítěte nabytá narozením a právo státu obvyklého pobytu matky dítěte v době jeho početí, přičemž použití práva dle druhého hraničního určovatele je podmíněno tím, že je to v zájmu dítěte. Grygar hovoří dokonce o nejlepším zájmu dítěte.⁴⁸⁶ Lze předpokládat, že je jím jednak právo dítěte poznat své rodiče,⁴⁸⁷ vedle toho ještě Grygar zmiňuje také například délku popěrných lhůt pro řízení o určení nebo popření rodičovství nebo majetkoprávní nároky.⁴⁸⁸ Druhý odstavec zasahuje do výsledného řešení obdobným způsobem. Jestliže má dítě obvyklý pobyt v České republice a je-li to v zájmu dítěte, použije se české právo. Jedná se o jednostrannou kolizní normu, jejíž použití je ovšem podmíněno splněním dvou požadavků, tj. že dítě má v České republice obvyklý pobyt a zároveň je použití českého práva v zájmu dítěte.

⁴⁸³ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 168.

⁴⁸⁴ Viz také WOO, Joshua. Consumer Protection and Mandatory Conflict of Laws Provisions. *Auckland University Law Review*. 2015, vol. 21, s. 165.

⁴⁸⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 167.

⁴⁸⁶ GRYGAR, Jiří. § 54. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 365.

⁴⁸⁷ Viz např. Úmluva o právech dítěte z 20. listopadu 1989, sdělení č. 104/1991 Sb., o Úmluvě o právech dítěte.

⁴⁸⁸ GRYGAR, Jiří. § 54. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 365.

Rozehnalová uvádí jako další možný příklad § 61 odst. 3 ZMPS, i když sama obratem vznáší pochybnosti, zda toto ustanovení za materializaci kolizního výběru považovat. Podle tohoto ustanovení upravujícího rozhodné právo pro adopci, se použije české právo tehdy, kdy právní řády dle předcházejících ustanovení adopci nedovolují nebo jej připouští jen za okolností mimořádně tíživých. Podmínkou je, aby alespoň jeden z osvojujících manželů či osvojenec měli v České republice obvyklý pobyt. Rozehnalová v tomto ustanovení vnímá dvě roviny. Jednak vyloučení aplikace cizího práva, což považuje za speciální ustanovení výhrady veřejného pořádku a jednak materializaci, kdy je zkoumán obsah cizího práva (podmínky pro adopci) a cizí právo je vyhodnoceno jako mimořádně tíživé.⁴⁸⁹ Je otázkou, zda první část považovat za speciální úpravu výhrady veřejného pořádku, neboť jejím smyslem je možnost odmítnutí aplikace cizího práva, jestliže jeho účinky jsou v rozporu s veřejným pořádkem státu fóra. V tomto případě ovšem nedochází k odmítnutí aplikace cizího práva v důsledku jeho neadekvátních účinků, ale v důsledku chybějící právní úpravy. Zájem státu fóra na vyřešení takové otázky se následně odrazí v potřebě nahrazení chybějícího ustanovení cizího práva právem vlastním. Ve fázi nahrazení cizí úpravy právem vlastním lze bezpochyby spatřovat paralelu s výhradou veřejného pořádku, nicméně počáteční východisko je odlišné – právní úprava, jejíž účinky jsou v určité situaci neadekvátní vs. neexistující právní úprava. Vzhledem k tomu, že se nejedná o obranný mechanismus, ale o doplnění chybějící hmotněprávní úpravy, na které má právo fóra zájem, vnímáme i tuto situaci jako materializaci ve smyslu posunu ryze kolizního řešení do roviny hmotněprávní.

Německé právo využívá materializaci v článku 16 EGBGB, podle něhož se na právní úkony učiněné manželi v Německu použijí analogicky vybraná ustanovení BGB, jestli jsou tyto předpisy pro třetí osoby jednající v dobré víře výhodnější než právo cizí. Roli sehrává jak snaha o zachování platnosti právního jednání na straně jedné, tak posun a posílení pozice dobré víry do úpravy přeshraničního styku. Další variantou je u adopce možnost použití německého práva místo *lex patrie* dítěte, je-li to v nejlepším zájmu dítěte, pro podmínky a udělení souhlasu dítěte a osoby, s níž je dítě ve vztahu dle rodinného práva, u prohlášení o původu, přidělení jména nebo adopce dítěte.⁴⁹⁰ Na rozdíl od českého práva není materializace využita pro adopci jako takovou.

⁴⁸⁹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 173.

⁴⁹⁰ Článek 23 EGBGB

Rozmanitější spektrum případů, u nichž je využita materializace, nabízí belgické právo. Mechanismus nikoliv nepodobný českému § 61 odst. 3 je využitý u práva rozhodného pro prozatímní správu majetku zmizelé osoby, kdy právo obvyklého bydliště v okamžiku zmizení lze nahradit belgickým právem. Opět je chybějící hmotněprávní úprava doplněna adekvátní úpravou *lex fori*. Stejně jako v českém právu je možné pro adopci nahradit primárně aplikovatelné rozhodné právo právem belgickým, jestliže soud zhodnotí cizí úpravu jako zřetelně narušující nejlepší zájmy dítěte a jestliže alespoň jedna ze zúčastněných osob (osvojenec či osvojitelé) mají zjevně úzké spojení s Belgií.⁴⁹¹ Belgické právo se také použije na souhlas osvojence, jestliže primárně použitelné právo buď souhlas osvojence nevyžaduje nebo neupravuje institut adopce.⁴⁹² Znovu se jedná o nahrazení chybějící cizí úpravy místo komparace a použití úpravy vhodnější, nicméně opět je patrný důraz na zohlednění zájmu vyjádřeného v hmotněprávní úpravě. Shodný mechanismus je využit i v případě výživného, jestliže rozhodné právo nárok na výživné neupravuje.⁴⁹³

Kaskádovité kolizní pravidlo, které má v sobě navíc zakomponovanou hmotněprávní rovinu, využívá pro uznání a určení rodičovství muže k dítěti nizozemské právo. Primárním rozhodným právem je *lex patrie* muže. Jestliže podle tohoto práva není uznání možné, použije se právo obvyklého pobytu dítěte. Jestliže ani podle tohoto práva není uznání možné, použije se *lex patrie* dítěte, případně lze takto pokračovat až k právu obvyklého pobytu muže.⁴⁹⁴ Přesto, že by bylo možné toto ustanovení vnímat čistě jako kaskádovité kolizní kritérium, je nutné zde vnímat onen hmotněprávní aspekt. Postup k dalšímu stupni kaskády není podmíněn naplněním či naopak nenaplněním určité skutkové okolnosti řešené právní otázky, ale naopak nemožností dosáhnout požadovaného právního důsledku, v tomto případě uznání a určení rodičovství. Tím se toto pravidlo odlišuje od jiných standardních kaskádovitých pravidel, jako např. úpravy odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku v nařízení Řím II, kdy posun do další úrovně kaskády je podmíněn uvedením výrobku na trh, tj. právní skutečností. Podobně je tomu u již zmíněné švýcarské úpravy vzniku rodičovského vztahu k dítěti, kdy primárním kritériem je místo obvyklého pobytu dítěte, ovšem pokud ani matka ani otec nemají obvyklý pobyt ve stejném státě jako dítě, a dítě i rodiče mají shodnou státní příslušnost, použije se *lex patrie*. Posun z prvního do druhého stupně kaskády je zapříčiněn neexistencí shodného obvyklého pobytu rodičů a dítěte, tedy právní skutečností či její neexistencí, nijak se neodvíjí od dotčených

⁴⁹¹ Článek 67 belgického ZMPS

⁴⁹² Článek 68 belgického ZMPS

⁴⁹³ Článek 74 odst. 2 belgického ZMPS

⁴⁹⁴ Článek 10:95 odst. 1 nizozemského OZ

právních úprav. Stejný mechanismus jako u uznání a určení rodičovství je využit v případě nemožnosti dosažení legitimity.⁴⁹⁵ Oproti tomu u souhlasu s adopcí holandské kolizní právo používá již analyzovaný mechanismus náhrady neexistující právní úpravy holandským hmotným právem,⁴⁹⁶ obdobně jako je tomu v případě úpravy belgické.

Zajímavé propojení materializace kolizního řešení mobilního konfliktu nabízí švýcarské právo. Navazuje na výše uvedenou kaskádovitou úpravu, v níž je hraniční určovatel *lex patrie* časově uchopen k okamžiku narození dítěte. Lze ovšem místo toho použít *lex patrie* v okamžiku vznesení žaloby, jestliže by se jednalo o soudní určení nebo popření vztahu k dítěti a zároveň to vyžadoval převažující zájem dítěte.⁴⁹⁷ Propojení hmotného a procesního práva a zároveň materializaci kolizního výběru kombinuje švýcarská úprava v případě adopce. Předpoklady pro adopci se mají primárně řídit švýcarským právem, tj. právem fóra. Jestli by se jevílo jako pravděpodobné, že v cizím státě taková adopce nebude uznána, je možné zároveň zohlednit předpoklady stanovení právem příslušného státu. Jestliže by se ani po zohlednění příslušného práva nejevilo uznání adopce v příslušném státě jako jisté, nesmí být o adopci rozhodnuto.⁴⁹⁸ Zohlednění cizí právní úpravy a zhodnocení důsledků, které by vyvolalo respektive nevyvolalo švýcarské rozhodnutí se může projevit jednak v požadavku zohlednění cizí právní úpravy. V tomto aspektu je patrná materializace kolizního řešení. Dalším projevem, který by nastoupil v situaci, kdy by švýcarské rozhodnutí nemohlo být uznáno v cizím státě, je promítnutí hmotněprávního výsledku do roviny procesní a zákazu procesního postupu ve věci.

Částečnou podobnost se švýcarským mechanismem vykazuje rakouská kolizní úprava určení otcovství nemanželského dítěte. Ta primárně odkazuje na osobní status dítěte v okamžiku narození. Jestliže však podle tohoto práva není určení nebo uznání otcovství přípustné, použije se osobní status v době zahájení řízení o určení otcovství.⁴⁹⁹ Podmínky zrovnoprávnění nemanželského dítěte v důsledku následného uzavření manželství se řídí osobním statutem rodičů. Jestliže mají rodiče různé osobní statusy, použije se ten, který je pro zrovnoprávnění dítěte výhodnější. Toto ustanovení představuje čistý příklad materializace kolizního výběru, kdy nejprve musí být oba dotčené právní řády porovnány s ohledem na možnost zrovnoprávnění dítěte a použije se ten, který je pro naplnění tohoto účelu výhodnější.⁵⁰⁰

⁴⁹⁵ Článek 10:98 odst. 2 nizozemského OZ

⁴⁹⁶ Článek 10:105 odst. 3 nizozemského OZ

⁴⁹⁷ Článek 69 švýcarského IPRG

⁴⁹⁸ Článek 77 odst. 2 švýcarského IPRG

⁴⁹⁹ § 25 odst. 1 rakouského IPRG

⁵⁰⁰ § 22 rakouského IPRG

Také italské kolizní právo u adopce využívá materializaci a umožňuje namísto *lex patrie* osvojení nebo osvojitele použít italské hmotné právo, jestliže jde o nezletilého a smyslem adopce je získání statusu legitimního dítěte.⁵⁰¹ Příkladnou ukázkou materializace je italská kolizní úprava určení rodičovství, kdy legalizace biologického vztahu k dítěti se řídí primárně *lex patrie* dítěte v době narození, nebo *lex patrie* osoby, která uznání biologického vztahu k dítěti činí, přičemž právo uvedené jako druhé v pořadí se použije tehdy, kdy stanoví mírnější podmínky.⁵⁰² Použití italského práva jako náhrady za absentující úpravu je možné tehdy, jestliže v právních řádech rozhodných pro rozvod a zánik manželství nejsou tyto úkony upraveny.⁵⁰³

Obecně pojatou materializaci využívalo při určení rozhodného práva pro právní vztahy mezi dítětem a rodiči i pro vyživovací povinnost maďarské právo do roku 2017. Místo primárně aplikovatelného *lex patrie* dítěte se v případě, kdy šlo o práva maďarského státního příslušníka nebo dítěte žijícího v Maďarsku a bylo to pro dítě výhodnější, použilo maďarské právo.⁵⁰⁴ Kolizní úprava poručnictví umožňuje místo práva státu, který určil poručníka, použít maďarské právo, jestliže má svěřená osoba bydliště v Maďarsku a je to pro svěřence výhodnější.⁵⁰⁵ Stávající úprava od roku 2017 jak pro vztah mezi rodiči a dětmi, tak pro poručnictví odkazuje na právo fóra, výjimečně lze použít právo, s nímž je otázka úzce spojena, jestliže je to v zájmu dítěte.⁵⁰⁶ Je v tomto ohledu výrazně striktněji pojata než úprava předcházející.

Materializaci a mobilní konflikt propojuje i polské právo. Nejde tak daleko a nepropojuje rovinu hmotněprávní a procesní jako právo švýcarské a v zásadě kopíruje úpravu rakouskou. Pro určení otcovství je jako právo rozhodné určeno *lex patrie* dítěte v okamžiku narození. Jestliže však podle tohoto práva nelze otcovství určit, má být použito *lex patrie* dítěte v okamžiku zahájení řízení o určení rodičovství.⁵⁰⁷

Z výše uvedeného výčtu je patrné, že první způsob, jak může materializace zasáhnout do výběru rozhodného práva, je využíván v oblasti rodinného práva u otázek, jako je určení rodičovství, adopce nebo rozvody. Výjimečně se tento mechanismus objevuje v jiných právních oblastech,

⁵⁰¹ § 38 odst. 1 zákona o reformě italského systému MPS

⁵⁰² § 35 odst. 1 zákona o reformě italského systému MPS

⁵⁰³ § 31 odst. zákona o reformě italského systému MPS

⁵⁰⁴ § 46 původního maďarského ZMPS

⁵⁰⁵ § 48 odst. 3 původního maďarského ZMPS

⁵⁰⁶ § 34 maďarského ZMPS

⁵⁰⁷ Článek 55 odst. 2 polského ZMPS

jako je problematika rozhodného práva pro správu majetku po zmizelé osobě v belgickém kolizním právu. Je evidentní, že chuť jednotlivých států k odklonu od neutrálního kolizního řešení je limitována na situace, které jsou napříč národy či jednotlivými společnostmi vnímány jako citlivé. Byť z různých důvodů, platí to jak pro přístup ke vztahu mezi rodiči a dětmi nebo k ochraně zájmů dítěte jako zranitelného člena společnosti, tak pro přístup k manželství, který může variovat od liberálního pojetí včetně benevolence k jeho ukončení k naopak konzervativnímu, protekcionistickému pojetí zahrnujícímu omezené možnosti ukončení. Tato problematika zároveň v řadě států vykazuje spojení s náboženskými směry a právní úprava může být náboženstvím ovlivněna. To se může projevit i tím, že ve státech s liberálnější smýšlejší společností kolizní úprava umožňuje nahrazení příliš svazující či dokonce neexistující hmotněprávní úpravy vlastním hmotným právem. Tento model materializace navíc často využívá jako jedno ze srovnávaných právních řádů právo vlastní a vede ve svém důsledku k zvýšení frekvence použití práva fóra, byť samozřejmě podmíněnému dosažením požadovaného zájmu.

7.1.2 Omezení či vyloučení aplikace určité skupiny norem cizího práva

- **Materializace kolizního výběru pravidel regulujících právní otázku**

V úvodní části této kapitoly jsme nastínili možné vnitřní členění tohoto modelu materializace kolizního výběru na materializaci procesu výběru a určení pravidel regulujících právní otázku s mezinárodním prvkem a materializaci výsledku (materiální kolizní řešení). Příkladem materializace procesu jsou články 6 a 8 nařízení Řím I, tj. kolizní úprava spotřebitelských a pracovněprávních vztahů. Zaměříme se pouze na úpravu vztahů spotřebitelských, protože úprava vztahů pracovněprávních využívá shodnou koncepci a závěry jsou proto použitelné i tuto úpravu.

Koncept ochrany spotřebitele v podobě, kterou známe dnes, je konceptem poměrně mladým, objevuje se až během 60.-70. let minulého století. Zároveň však byl velice rychle a obsáhle přenesen do legislativní praxe.⁵⁰⁸ Dříve se objevovaly pouze náznaky ochrany v podobě zásahů církve a státu do regulace cen či praktik na tržišti a například 19. století s sebou přineslo čistý liberalismus v podobě rovnosti stran bez jakékoliv ochrany.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ Úprava spotřebitelských právních vztahů se na konci 70. let a v letech osmdesátých objevila v rakouské úpravě mezinárodního práva soukromého, v úpravě švýcarské nebo unijní (Římská úmluva).

⁵⁰⁹ WOO, Joshua. Consumer Protection and Mandatory Conflict of Laws Provisions. *Auckland University Law Review*. 2015, vol. 21, s. 143.

Důvody zvláštní úpravy spotřebitelských vztahů jsou často zjednodušeně shrnuty pod povšechné konstatování, že spotřebitel představuje slabší subjekt⁵¹⁰ v právních vztazích a jako takový si zasluhuje speciální ochranu, která jeho fakticky slabší pozici vyrovná prostřednictvím právních nástrojů. Řada autorů ovšem vnímání spotřebitele jako slabší strany, které převládalo v 60. – 70. letech, považuje za překonané. Toto vnímání bylo postaveno na dvou premisách, a to, že spotřebitel, jednotlivec navazuje vztah s velkými korporacemi, které navíc umí využívat informace. Nepracovalo však s předpokladem soutěže mezi korporacemi o spotřebitele. Pokud je zapracován i tento předpoklad, není již spotřebitel považován za slabší subjekt, ale za subjekt, který má méně informací o produktu a o vzájemných právech a povinnostech, navíc se nerozhoduje vždy racionálně.⁵¹¹

Bez ohledu na důvody,⁵¹² je spotřebitel standardně chráněn hmotným právem i procesním právem. Řada právních řádů k této ochraně připojuje i ochranu na úrovni mezinárodního práva soukromého prostřednictvím speciálních kolizních norem. Příkladem jsou jak unijní úprava v nařízení Řím I, tak například úpravy ruská nebo švýcarská. Spotřebitelská ochrana se projevuje dvěma způsoby. Jednak hraničním určovatelem v situaci, kdy není ve spotřebitelské smlouvě zvoleno právo, jednak přístupem k volbě práva. Řešení při neexistenci volby práva bývá shodné – použití práva bydliště spotřebitele.⁵¹³ Tento základní hraniční určovatel nijak materializován není. Hraniční určovatel je však oproti typickému řešení obrácen,⁵¹⁴ v čemž nelze popřít důvod vedoucí k jeho využití, kterým je ochrana spotřebitele. V této souvislosti je však vhodné zdůraznit, že tato ochrana není určena pro všechny spotřebitelské smlouvy hodnoceno perspektivou subjektů, které smlouvu uzavírají (spotřebitel a obchodník), ale vedle aspektu personálního je využit i aspekt věcný ve smyslu aktivity na straně obchodníka, který musí vykonávat či alespoň zaměřovat svoji činnost na zemi spotřebitele. Spotřebitel v takových

⁵¹⁰ RÜHL, Giesela. Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Journal*. 2011, vol. 44, no. 3, s. 571; MORSE, Christopher George John. Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1992, vol. 41, no. 1, s. 1.; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. § 86. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 585; PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 267.

⁵¹¹ Podrobněji viz RÜHL, Giesela. Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Journal*. 2011, vol. 44, no. 3, s. 581-584.

⁵¹² Woo uvádí podporu soutěže, podporu informovanosti spotřebitele, zlepšení kvality a bezpečnosti zboží, vyrovnání nerovností ve vyjednávací síle, podporu a zajištění nápravy v případě porušení smluvních povinností – viz WOO, Joshua. Consumer Protection and Mandatory Conflict of Laws Provisions. *Auckland University Law Review*. 2015, vol. 21, s. 144.

⁵¹³ Viz článek 6 odst. 1 nařízení Řím I, článek 1212 odst. 1 ruského OZ, článek 120 odst. 1 švýcarského IPRG

⁵¹⁴ GIULIANO, Mario. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. *Official Journal C* 282, 31/10/1980. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15.1.2019], s. 23.

situacích důvodně spoléhá na použití norem z jeho domácího práva.⁵¹⁵ Rozbor tohoto aspektu však není předmětem této práce, a proto na tomto místě pouze odkazujeme na jinou literaturu.⁵¹⁶

Náhledy na přístup k volbě práva se již liší,⁵¹⁷ a to od jejího vyloučení⁵¹⁸ po její omezení⁵¹⁹ na možnost výběru pouze mezi právními řady, s nimiž předmětný právní vztah vykazuje nějaké spojení nebo omezení jejích účinků.⁵²⁰

Unijní přístup k volbě práva ve spotřebitelských vztazích využívá třetí variantu, tedy potenciální omezení účinků zvoleného práva. Zda k tomuto omezení dojde záleží na porovnání zvoleného práva a práva, které by bylo aplikováno bez existence volby práva, tj. práva bydliště spotřebitele. Materializace je součástí procesu určení výsledných hmotněprávních pravidel, neboť dochází k porovnání ochrany poskytované právem bydliště spotřebitele s úrovní ochrany poskytované zvoleným právem. Lze dospět ke dvěma řešením. Jestliže je zvolené právo z hlediska úrovně ochrany pro spotřebitele výhodnější nebo mu poskytuje alespoň stejnou úroveň ochrany jako právo bydliště spotřebitele, bude zvolené právo použito bez omezení. Jestliže však ochrana dle zvoleného práva je na nižší úrovni než ochrana práva bydliště spotřebitele, bude použito právo zvolené, a to bude navíc doplněno ochrannými mechanismy,⁵²¹ které vyplývají z těch ustanovení práva bydliště spotřebitele, od nichž se nelze smluvně odchýlit, tj. kogentních ustanovení. Obdobné řešení předpokládá také ruské právo. Toto řešení, jakkoliv respektuje princip autonomie vůle stran, považujeme za problematické minimálně z hlediska procesní ekonomie. Vyžaduje jednak nutné zjišťování obsahu cizího práva, komparaci s právem bydliště spotřebitele a potenciálně kombinaci norem z obou právních řádů.

⁵¹⁵ MORSE, Christopher George John. Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1992, vol. 41, no. 1, s. 8.

⁵¹⁶ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013; KYSELOVSKÁ, Tereza; ROZEHNALOVÁ Naděžda. *Rozhodování Soudního dvora EU ve věcech příslušnosti (analýza rozhodnutí dle Nařízení Brusel Ibis)*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2014. 514 s.; BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009; PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008.

⁵¹⁷ Viz podrobněji RÜHL, Giesela. Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Journal*. 2011, vol. 44, no. 3, s. 586.

⁵¹⁸ Článek 120 odst. 2 švýcarského IPRG

⁵¹⁹ Článek 5 nařízení Řím I – úprava přepravních smluv včetně smluv uzavřených spotřebitelem; článek 7 nařízení Řím I – úprava pojistných smluv včetně smluv uzavřených spotřebitelem. Stejný mechanismus využívá i švýcarské právo u pracovněprávních smluv, kdy je možné volit pouze mezi právem obvyklého pobytu zaměstnance, respektive právem místa podnikání, domicilu nebo místa obvyklého pobytu zaměstnavatele – viz článek 121 švýcarského IPRG

⁵²⁰ Článek 6 odst. 2 nařízení Řím I

⁵²¹ Viz také GIULIANO, Mario. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. *Official Journal C* 282, 31/10/1980. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15.1.2019], s. 25.

Z tohoto pohledu považujeme za rozumnější úpravu švýcarskou, která volbu práva ve spotřebitelských vztazích zakazuje.

Speciální úpravu spotřebitelských vztahů obsahuje i české právo. Nejedná se však o kolizní normu,⁵²² ale pouze o zdůraznění nemožnosti odklonu od českého práva, jestliže má spotřebitelský vztah úzkou souvislost s územím Evropské unie, sudiště sporu se nachází v České republice a právem rozhodným je právo třetího státu. Je ovšem diskutabilní, jaké situace budou naplňovat aplikační předpoklady tohoto pravidla, neboť přednostně musí být v rozsahu své působnosti aplikováno nařízení Řím I a toto ustanovení českého práva proto má pouze doplňkový charakter. Navíc je nutné brát v potaz podmínku mezinárodní příslušnosti českých soudů a úzkého spojení s teritoriem EU. Koncepce českého pravidla ovšem odpovídá naší definici materiálního kolizního řešení, nikoliv materializace procesu výběru aplikovatelných pravidel.

- Materiální kolizní řešení

Omezení cizího práva normami fóra představuje citelný zásah do koncepce mezinárodního práva soukromého a představy o rovnosti jednotlivých právních řádů. Vnímání existence určité skupiny norem, jejich aplikace nemůže být odsunuta, však provází současný model mezinárodního práva soukromého již od formování jeho podoby Savignym.⁵²³ Jedná se však o specifickou skupinu norem, jejichž prostřednictvím stát prosazuje mocenské zájmy, které považuje za obzvlášť zásadní. V úvodu této kapitoly jsme je zmínili a označili je jako normy imperativní. Ty však nejsou předmětem tohoto rozboru a vrátíme se k nim v další části této kapitoly.

Materiální kolizní řešení omezuje aplikaci norem cizího práva prostřednictvím běžných kogentních norem. To představuje snad ještě výraznější odchylku od standardního pojetí mezinárodního práva soukromého. Jestliže kolizní norma stanoví soudu povinnost aplikovat

⁵²² ROZEHNALOVÁ, Naděžda. § 87. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 603.

⁵²³ TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 636; KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 8; VAN BOCHOVE, Laura Maria. Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 148; PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 86; PAUKNEROVÁ, Monika. Přímá aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. *Studie z mezinárodního práva*. 1984, s. 152.

cizí právo, nahradí standardně právo určené kolizní normou právo fóra včetně jeho „běžných“ kogentních norem. To je řešení, které odpovídá konceptu rovnosti právních řádů. Popření této myšlenky by popřelo důvody existence mezinárodního práva soukromého.⁵²⁴ A je to řešení, které se uplatňuje v situacích, které jsou vnímány jako standardní situace s mezinárodním prvkem. Přítomnost mezinárodního prvku ve skutkovém stavu je nezbytným předpokladem aktivace mezinárodního práva soukromého jako právní disciplíny. A naopak – jeho nepřítomnost vylučuje použití této právní disciplíny.⁵²⁵ Jestliže skutkový stav obsahuje mezinárodní prvek, mění se způsob právního řešení takového vztahu – ať již z pohledu určování (mezinárodní) příslušnosti nebo pohledu určování rozhodného práva. Naopak v případě neexistence mezinárodního prvku spadá řešení dané soukromoprávní otázky do působnosti pouze jednoho státu a jeho právního řádu. Vnímání toho, jaké aspekty právního otázky považovat za přítomnost mezinárodního prvku, se jeví, alespoň české doktríně mezinárodního práva soukromého, po poměrně dlouhou dobu jako ustálené. Přítomnost mezinárodního prvku byla spatřována v aspektech, jako jsou subjekty právního vztahu, předmět právního vztahu, právní skutečnost jako předpoklad vzniku právního vztahu nebo propojení s jiným právním vztahem s mezinárodním prvkem. Případně jejich kombinace.⁵²⁶ Tyto aspekty navíc vykazují objektivní charakter⁵²⁷ – nejsou přímo závislé na vůli stran. Při řešení právních otázek s objektivním (nebo též kvalifikovaným⁵²⁸) mezinárodním prvkem nevzniká pochybnost o zaměnitelnosti právních řádů a aplikaci takového, který je identifikován kolizní normou.

Unijní úprava volby práva nejprve v Římské úmluvě a následně v nařízeních Řím I a také Řím II ovšem přinesla pro české prostředí posun ve vnímání mezinárodního prvku i do roviny subjektivní. Mezinárodní prvek může být dle článku 3 odst 3 (shodné ustanovení Římské úmluvě a nařízení Řím I), resp. dle článku 14 odst. 2 vytvořen vůli stran v situaci, která objektivně vykazuje spojení pouze s jedním právním řádem. De Boer v této souvislosti

⁵²⁴ PHILIP, Allan. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 55.

⁵²⁵ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 27; FARRELY, M. J. The Basis of Private International Law. Current Theories of the Nature of Private International Law. *Law Quarterly Review*. 1983, č. 3, s. 242-246; GRAVESON, H. Ronald. *Conflict of Laws. Private International Law*. London: Sweet&Maxwell, 1974, s. 3.

⁵²⁶ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 23-25, PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 3.

⁵²⁷ Toto označení se v české doktríně poprvé objevuje právě v souvislosti s potřebou reakce na unijní úpravu materiální volby práva v článku 3 odst. 3 nařízení Řím I – viz ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří. A Few Observations on Choice of Law. In: BĚLOHLÁVEK, Alexander; ROZEHNALOVÁ, Naděžda (eds.). *Czech Yearbook of International Law*. New York: Juris Publishing, 2010, s. 3-24.

⁵²⁸ Termín používaný v BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 624.

uvádí,⁵²⁹ že se jedná o omezení volby práva ve vnitrostátních případech – kdy strany si pro čistě vnitrostátní mimosmluvní závazek zvolí zahraniční právo. Obdobně Dickinson používá označení mimosmluvní závazky lokalizované v jednom určitém státě.⁵³⁰ Pauknerová v této souvislosti hovoří o smlouvách spojených s jednou zemí,⁵³¹ tj. *single-country contracts*.⁵³² Spojení s jiným právem představuje pouze volba tohoto práva.⁵³³ Tato úprava nebyla souhlasně vnímána ani během přijímacího procesu. Guliano-Lagardeho zpráva zmiňuje diskuze a kompromis spočívající na jedné straně v připuštění takto koncipovaného mezinárodního prvku, na straně druhé ale v jeho značném omezení. Pochybnosti o smyslu a možnosti formulování takového pravidla jsme podrobněji analyzovali s Rozehnalovou.⁵³⁴ Hlubokou analýzu včetně důvodu začlenění podává také Bělohlávek.⁵³⁵ Jakkoliv může být mlhavé vymezení situací, které jsou pokryty ustanovením článku 3 odst. 3 resp. 14 odst. 3, pro tuto práci má smysl zabývat se důsledky, které vnesení subjektivního mezinárodního prvku do kolizního řešení vneslo. Zvolené právo má být aplikováno, aniž by zároveň bylo dotčeno použití kogentních norem práva, s nímž je jinak skutková situace spojena. Jedná se o „běžné“ kogentní normy. Zvoleným právem lze proto nahradit pouze dispozitivní⁵³⁶ ustanovení práva, s nímž je právní vztah jinak výlučně spojen. Lze proto vnést otázku, zda se stále jedná o skutečnou volbu práva,⁵³⁷ neboť shodnou mírou autonomie jsou strany smluvních závazkových vztahů nadány standardně⁵³⁸ a je imanentní v samotném členění norem na normy kogentní a dispozitivní. Rozdíl by proto bylo možné spatřovat pouze v tom, že na rozdíl od mravenčího přebírání příslušných ustanovení právního řádu do smlouvy je toto převzetí realizováno obecně prostřednictvím volby práva. Nelze ovšem zapomínat na mechanismy procesu aplikace cizího práva, kdy je nutné brát do úvahy povinnost soudu zjistit obsah cizího práva a aplikovat jej shodně jako ve státě původu. S cizím právem nemůže být zacházeno stejně jako se smlouvou,

⁵²⁹ DE BOER, M. Ted. Party Autonomy And Its Limitations in the Rome II Regulation. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 23.

⁵³⁰ DICKINSON, Andrew. *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 556.

⁵³¹ PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 259.

⁵³² PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 223.

⁵³³ Guliano-Lagardeho zpráva hovoří o situaci, která neobsahuje jiný mezinárodní prvek než volbu práva. Viz GIULIANO, Mario. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. Official Journal C 282, 31/10/1980. In: *EUR-Lex* [právní informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15.1.2019], s. 18.

⁵³⁴ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jirí. A Few Observations on Choice of Law. In: BĚLOHLÁVEK, Alexander; ROZEHNALOVÁ, Naděžda (eds.). *Czech Yearbook of International Law*. New York: Juris Publishing, 2010, s. 3-24.

⁵³⁵ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 622-626.

⁵³⁶ PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 260.

⁵³⁷ Kučera, MPS, s. 122

⁵³⁸ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 624.

kteřá je „pouhou“ právní skutečností. Samozřejmě s výhradou pojetí cizího práva pouze jako právní skutečnosti, ev. s ním tak zacházet v případě volby práva (viz kapitola věnovaná aplikaci cizího práva).

Důraz na aplikaci vlastního práva a neochota připustit, aby strany závazku, ať již smluvního či mimosmluvního, z jeho dosahu unikly, se promítá i do ustanovení článků 3 odst. 4 nařízení Řím I,⁵³⁹ respektive článku 14 odst. 3 nařízení Řím II. Nastavení výchozí situace je ovšem posunutě oproti předcházející variantě. Zahrnuje i vztahy, které vykazují objektivní spojení s různými právními řádů, nicméně se jedná o právní řády pouze členských států a zároveň je stranami zvoleno právo státu třetího. Nelze v takovém případě obejít použití kogentních norem unijního práva, ať již v podobě přímo aplikovatelné nebo v podobě, v jaké bylo provedeno v členském státě, v němž se nachází fórum. I přes existenci objektivního mezinárodního prvku brání tato ustanovení dle Bělohlávka internacionalizaci ve smyslu unijním, tedy exportovat čistě unijní vztah do prostředí právní úpravy mimo Evropskou unii.⁵⁴⁰

7.2 Imperativní normy

Imperativní norma je pouze jedno z řady označení, které je používáno pro označení této skupiny norem. Mezi další patří *overriding mandatory provisions (rules), rules of immediate application, directly binding rules, strictly positive laws, spatially conditioned internal rules, functionally localised rules, Eingriffsnormen, selbstgerechte Sachnormen, lois de police, lois d'application immédiate, norme d'applicazione neccesaria, normas rigidas expresas, normes fixant leur propre domaine d'aplication*,⁵⁴¹ *nutně použitelné předpisy*⁵⁴² nebo *aktivní veřejný pořádek*.⁵⁴³ Většina autorů spojuje tento institut opět se jménem Savignyho,⁵⁴⁴ i když

⁵³⁹ Z evidentních důvodů analogické ustanovení neobsahovala Římská úmluva – blíže viz BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 628.

⁵⁴⁰ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 627-628.

⁵⁴¹ SONNENBERGER, Hans, Jürgen. *Overriding Mandatory Provisions*. In: LEIBL, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 118; EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 257.

⁵⁴² ROZEHNALOVÁ, Naděžda; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza; VALDHANS, Jiří. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 132.

⁵⁴³ TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy*. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 637. KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 232.

⁵⁴⁴ KEGEL, Gerhard. *Fundamental Approaches*. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, s. 8; VAN BOCHOVE, Laura Maria. *Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law*. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 148; PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. *General Course of Private International Law: selected problems*. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 86; PAUKNEROVÁ, Monika. *Přímá*

Rozehnalová upozorňuje zejména na rozvoj diskuzí o tomto tématu až v období po druhé světové válce a v souvislosti s ekonomickými zájmy.⁵⁴⁵ Jak zaměřenými na liberalizaci mezinárodního obchodu ovšem s dovolenou mírou ochranných prvků z pozice dohody GATT 1947 respektive WTO, tak centralistické tendence lidově-demokratických socialistických států. Ani u současných států není patrná snaha o snížení celkového objemu právní regulace. Zmínili jsme ekonomické zájmy, kdy se u některých významných ekonomik v posledních několika letech objevují spíše protekcionistické tendence a s tím související právní omezení.

Analyzovat vývoj přístupu k imperativním normám a jejich doktrinní uchopení by dalece překračovalo rámec této práce. Následující text proto představuje pouze stručný náčrt vybraných úvah. Wächter, který byl v přístupu k cizímu právu rezervovaný, stavěl svoji koncepci na primárním použití práva fóra, přičemž pro každou situaci mělo být zkoumáno, zda má být norma aplikována i na vztah s mezinárodním prvkem. Vzhledem k tomu, že většina norem odpověď na tuto otázku nepodává explicitně, má to být soudem dovozeno z významu a účelu normy. A z tohoto pohledu rozděloval normy na mandatorní a nemandatorní. K mandatorním normám řadil normy regulující politické vztahy a normy mající morální a náboženský charakter. Takové normy musí být aplikovány vždy bez ohledu na jejich soukromo- nebo veřejnoprávní povahu.⁵⁴⁶

Savigny připouštěl za určitých okolností možnost aplikovat vybrané normy *lex fori*, i když kolizní norma jinak přikazovala použít právo cizí. Skupinu norem *ius cogens* rozděloval na skupinu norem, které slouží k ochraně slabšího subjektu, ale jsou stále nahraditelné cizím právem, a skupinu norem chránících veřejný zájem, které již cizím právem nahradit nelze.⁵⁴⁷ Jinými slovy řečeno, silou, která vylučuje jejich nahrazení, jsou nadány normy pozitivního charakteru chránící zájmy obecné, nikoliv zájmy jednotlivce (zákaz polygamie ale také například zákaz vlastnit nemovitost Židy).⁵⁴⁸ Považoval je za zákony veřejného pořádku, které nemohou být nahrazeny využitím kolizních norem, protože stojí mimo běžné zákony, a tedy i mimo operování kolizních norem.⁵⁴⁹

aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. *Studie z mezinárodního práva*. 1984, s. 152.

⁵⁴⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 185.

⁵⁴⁶ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 249-250.

⁵⁴⁷ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 189.

⁵⁴⁸ LAGARDE, Paul. *Public Policy*. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3. s. 4.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, s. 5

Savigny dovozoval, že při aplikaci takových pravidel je každý stát izolován, necítí se být členem mezinárodního společenství. Normy dopadají na jakoukoliv osobu vyskytující se na teritoriu daného státu, ovšem nemohou být aplikovány mimo jeho teritorium. Považoval tyto normy za výjimku v mezinárodním systému,⁵⁵⁰ která vymizí právě s ohledem na rovnost právních řádů. Opak je však pravdou a v důsledku důvodů, které byly popsány výše, počet těchto norem naopak narůstá.⁵⁵¹ Savigny zároveň také vnímal potřebu reakce na instituty cizího práva, které by byly neznámé právu fóra a v rozporu se zájmy zachovávanými ve státě fóra, jako třeba otroctví. Takové instituty neměly být použity – to ovšem dnešním pohledem odpovídá spíše uplatnění výhrady veřejného pořádku.

Kahn se domníval, že každé hmotné právo má vymezenou oblast působnosti, která se může měnit podle funkce, kterou norma má. Odmítal koncept pozitivního druhu norem, které se musí aplikovat vždy, protože jsou přísně závazné. Tvrdil, že žádná norma nemůže být aplikována absolutně vždy, tedy i v situaci, kdy neexistuje spojení s fórem a řešený skutkový stav je celý umístěn v zahraničí. Jeho koncept *Inlandsbeziehung*, tj. spojení s fórem hraje v německé právní oblasti výraznou roli. Vztah k fóru je aspekt, který může odůvodnit jak přímou aplikaci norem fóra, tak zároveň vyloučit aplikaci cizího práva.⁵⁵²

Výrazně širší pojetí veřejného zájmu zastával Mancini, podle něhož všechny zákony ve výsledku řeší veřejné otázky. Krom otázek spojených s osobní sférou jednotlivce považoval vše ostatní za věc veřejnou, a tedy i otázku veřejného zájmu. Veřejný pořádek nepovažoval pouze za výjimku, ale přiznával mu i pozitivní obsah. Tento přístup inspiroval doktríny v Itálii, Francii či Belgii a odrazil se v širokém vnímání veřejného pořádku.⁵⁵³ V poválečné Francii byla proto zdůrazňována pozitivní funkce veřejného pořádku v podobě nutnosti aplikovat určité normy bez ohledu na rozhodné právo. S tím souvisí pojmy *lois de police interne* a *lois de police internationale*, kdy první pojem lze vnímat jako běžné kogentní normy (vykazující vnitrostátní kogentost, ale mezinárodně nahraditelné), které nahrazeny být mohou, zatímco druhý je

⁵⁵⁰ SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 23.

⁵⁵¹ SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 23. SONNENBERGER, Hans, Jürgen. *Overriding Mandatory Provisions*. In: LEIBL, Stefan (eds.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 118.

⁵⁵² LAGARDE, Paul. *Public Policy*. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 4-5 a podrobněji s. 22-37.

⁵⁵³ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 252-253.

označením pro imperativní normy, které svoji kogentnost drží bez ohledu na rozhodné právo.⁵⁵⁴ Navenek může být matoucí skutečnost, že i tyto normy jsou zahrnovány pod *ordre public*, tedy veřejný pořádek, což je označení, které je v právních řádech inspirovaných německým prostředím používáno pro výhradu veřejného pořádku. Francescakis připouštěl existenci norem, které vykazují při aplikaci francouzskými soudy speciální pozici, protože jsou vyňaty z působnosti dvoustranných kolizních norem. Domníval se, že nejsou institutem, který by ovlivňoval působení kolizních norem, ale vnímal je jako normy, kterým zákonodárce přiřkl jednostranný směr aplikace a které fungují buď na teritoriálním nebo personálním aspektu.⁵⁵⁵ Stát takové normy používá tehdy, kdy chrání své fundamentální zájmy – z toho zároveň dovozoval jejich výjimečnost při regulaci vztahů mezi soukromými osobami. Řadil mezi ně jak normy, které vylučují aplikaci problematických institutů z cizích právních řádů, jako např. polygamie nebo otroctví, ale i normy vyjadřující základní politické a sociální ideje francouzské civilizace.⁵⁵⁶

Co z výše uvedeného vyplývá? Imperativní normy lze vnímat jako samostatně stojící institut, který představuje specifickou skupinu norem. Ty si vynucují svoji aplikaci bez ohledu na rozhodné právo. Zároveň mohou být vnímány jako součást široce pojímaného konceptu veřejného pořádku, u něhož je rozlišována jeho negativní složka ve smyslu výhrady veřejného pořádku a pozitivní složka, kterou jsou právě imperativní normy. Toto spojení znesnadňuje v některých ohledech uchopení imperativních norem. Nikoliv bezdůvodně jsou imperativní normy označovány za polymorfní fenomén.⁵⁵⁷ Jak výhrada veřejného pořádku, tak imperativní normy jsou instituty mezinárodního práva soukromého, které se používají k uchopení veřejného zájmu. To představuje jejich společný prvek. Odlíší se způsobem, jak s veřejným zájmem pracují (jakým způsobem ovlivňují neutrální kolizní řešení), s jakými zájmy z hlediska povahy pracují a v jaké fázi procesu aplikace cizího práva nachází své uplatnění. Domníváme se, že slučování aktivní a pasivní složky veřejného pořádku pod jedno označení veřejný pořádek je překonané. Značný nárůst množství imperativních norem během minulého století a také jejich charakter a způsob, jak tyto normy dopadají na přeshraniční vztahy, si vyžádal nejen novou

⁵⁵⁴ Viz také PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 123-127.

⁵⁵⁵ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 129.

⁵⁵⁶ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations. London: Athena Press, 2005, s. 254-256.

⁵⁵⁷ SONNENBERGER, Hans, Jürgen. Overriding Mandatory Provisions. In: LEIBLE, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 118.

terminologii, ale také přesnější doktrinální a legislativní uchopení. Stejná terminologie totiž pochybnosti a může být matoucí, což je neudržitelné i z pohledu právní praxe. Naopak oddělení vnímání obou složek vede k jejich lepšímu porozumění.⁵⁵⁸

Obtížnost uchopení tohoto institutu lze demonstrovat i na judikatuře SD EU. Rozhodnutí *Eco Swiss*⁵⁵⁹ kvalifikuje nesoulad rozhodčího nálezu s unijní úpravou zákazu kartelových dohod v článku 81 Smlouvy o ES (nyní článek 101 Smlouvy o fungování EU) jako rozpor s veřejným pořádkem. Z přístupu SEDU je patrné francouzské pojetí veřejného pořádku v podobě *lois de police international*, i když dnešní perspektivou se jedná o typické imperativní normy.

Současná literatura již mezi oběma instituty rozlišuje. Buď tak činí explicitně, jako například Rozehnalová,⁵⁶⁰ jak v jejich samostatných pracích, tak ve společné publikaci s Týčem.⁵⁶¹ Stejně explicitní rozdělení vyplývá i z komplexní analýzy Bělohávková, který uvádí, že výhrada veřejného pořádku a imperativní normy sice do značné míry vykazují řadu společných jmenovatelů, ale jedná se o dvě odlišné kategorie, což doprovází celou řadou argumentů.⁵⁶² Stejný přístup lze dovodit u Kučery⁵⁶³ i Pauknerové,⁵⁶⁴ kteří při svých rozbořích příslušných témat nijak nenaznačují možná spojení. Oddělené pojmání lze nalézt také u Ebrahima.⁵⁶⁵ A další literatura, která se zabývá buď imperativními normami nebo veřejným pořádkem, tak analyzuje jeden či druhý institut, aniž by je zaměňovala.

⁵⁵⁸ PHILIP, Allan. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 64-69.

⁵⁵⁹ Rozhodnutí SDEU ve věci C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd proti Benetton International NV*

⁵⁶⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 166-197; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza; VALDHANS, Jiří. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 126-139.

⁵⁶¹ TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 634-661.

⁵⁶² BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 1339-1342.

⁵⁶³ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 232.

⁵⁶⁴ PAUKNEROVÁ, Monika. Přímou použitelné administrativně právní normy a Mezinárodní právo soukromé. *Právník*, 1983, vol. 122, s. 477-489; PAUKNEROVÁ, Monika. Přímá aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. *Studie z mezinárodního práva*. 1984, s. 145-179. Ani v jedné z těchto publikací v souvislosti s administrativněprávními normami nezmiňuje veřejný pořádek.

⁵⁶⁵ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 168.

- Kvalifikační znaky

Jaké normy je možné považovat za imperativní? Savigny je označoval jako striktně pozitivní kogentní normy fóra⁵⁶⁶ – normy, které si vynucují svoji aplikaci bez ohledu na rozhodné právo⁵⁶⁷ a mají tedy absolutně imperativní povahu.⁵⁶⁸ Lando o nich hovoří jako o přímo aplikovatelných normách fóra, které jsou tak významné, že mají být aplikovány bez ohledu na právo rozhodné určené kolizní normou.⁵⁶⁹ Řadí k nim jak normy soukromoprávní, tak veřejnoprávní. Pauknerová naopak za jeden z kvalifikačních znaků považuje administrativněsprávní metodu regulace, tudíž vylučuje normy soukromoprávní. Ani Kučerova definice nevybočuje z výše nastíněného směru. Hovoří o normách, které nemohou být v mezích svého předmětu úpravy zaměněny nebo nahrazeny cizím právem, musí být použity vždy, bez ohledu na rozhodné právo. Podobě jako Lando k nim řadí jak normy veřejnoprávní, tak soukromoprávní.⁵⁷⁰ Rozehnalová při podání definice odkazuje na článek 9 nařízení Řím I.⁵⁷¹ Za imperativní normy považuje ustanovení, jejichž dodržování je pro stát při ochraně jeho veřejných zájmů, jako např. jeho politického, společenského a hospodářského uspořádání natolik zásadní, že vyžaduje jejich použití bez ohledu na právo rozhodné určené kolizní normou.

Pojítkem všech definic je veřejný zájem. V některých z nich jeho ochrana, v jiných prosazování.⁵⁷² Zejména kvůli způsobu, jakým imperativní normy přistupují k veřejnému zájmu, a částečně také snaze o co nejdůraznější vymezení vůči výhradě veřejného pořádku, preferujeme pojem prosazování. Rozehnalová spojuje imperativní normy s oblastí zejména ekonomické regulace v rámci práva mezinárodního obchodu, dále k nim řadí antikorupční legislativu, úpravu hospodářské soutěže, oblast veřejných zakázek, měnová a devizová

⁵⁶⁶ VAN BOCHOVE, Laura Maria. Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 148.

⁵⁶⁷ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations. London: Athena Press, 2005, s. 250.

⁵⁶⁸ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 86.

⁵⁶⁹ LANDO, Ole. The Conflict of Laws of Contracts. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1984*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, vol. 189, s. 394.

⁵⁷⁰ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 230-231.

⁵⁷¹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza; VALDHANS, Jiří. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 133.

⁵⁷² Pojem prosazení veřejného zájmu se objevuje u BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 1340; a PAUKNEROVÁ, Monika. Přímou použitelné administrativně právní normy a Mezinárodní právo soukromé. *Právník*, 1983, vol. 122, s. 477.

opatření, ochranu životního prostředí i sociální zabezpečení.⁵⁷³ Pauknerová hovoří o normách devizových, měnových, celních, o regulaci vývozu a dovozu, hospodářské soutěži, o předpisech na ochranu životního prostředí nebo bezpečnostních předpisech.⁵⁷⁴ Bělohlávkův komentář zmiňuje „tradiční“ regulaci obchodu se zbraněmi, nebezpečnými látkami, energetickou bezpečnost nebo úpravu peněžního systému a doplňuje antimonopolní a daňové předpisy.⁵⁷⁵ Ebrahimi k imperativním normám řadí normy soutěžního práva, fiskální regulace, normy upravující měnovou politiku. Lando píše o měnovém právu, úpravě hotovostních a bezhotovostních plateb, o právu na ochranu hospodářské soutěže.⁵⁷⁶ Schäffer o úpravě importu a exportu, směně, placení, hospodářské soutěži, navíc připojuje ochranu životního prostředí, obchodování s předměty kulturní hodnoty nebo chráněnými živočichy.⁵⁷⁷ Podobně Bonomi o soutěžním právu a zahraničním obchodě.⁵⁷⁸ Vyjmenované oblasti jsou regulovány veřejným právem, jakkoliv jsme si vědomi, že toto tvrzení podáváme perspektivou českého právního prostředí a zejména anglo-saská právní oblast tolik striktní při oddělování veřejného a soukromého práva není. Za imperativní normy proto považujeme pouze normy veřejnoprávního charakteru, které slouží k prosazení veřejného zájmu. Normy veřejnoprávní neregulují právní vztahy mezi soukromými subjekty, ale vztah mezi jednotlivcem a mocenským suverénem (státem) za využití administrativněsprávní metody právní regulace. Nedodržení veřejného práva je stíháno státem. V tomto aspektu spatřujeme zásadní charakteristický znak imperativní normy. Zásadní význam a specifičnost těmto normám pro účely mezinárodního práva soukromého dává ono jedinečné spojení veřejného zájmu a jeho dopadu na soukromoprávní vztah. Bez tohoto propojení se jedná o běžné veřejnoprávní normy aplikované v mezích jejich působnosti. Navíc toto propojení typicky vyniká v propojení do roviny procesní, tj. při nalézání práva v civilním řízení.

⁵⁷³ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 192.

⁵⁷⁴ PAUKNEROVÁ, Monika. § 3. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 34.

⁵⁷⁵ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 1336.

⁵⁷⁶ LANDO, Ole. The Conflict of Laws of Contracts. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1984*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, vol. 189, s. 395.

⁵⁷⁷ SCHÄFFER, Kerstin Ann-Susann. Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 23.

⁵⁷⁸ BONOMI, Andrea. Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulations on the Law Applicable to Contracts. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume X – 2008*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2009, s. 291.

Mezinárodní právo soukromé řeší soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem, zatímco imperativní norma dopadá na vztah mezi subjektem soukromého práva a státem.⁵⁷⁹ Pauknerová proto imperativní normy neřadí mezi normy mezinárodního práva soukromého, i když nepopírá jejich vliv na soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem.⁵⁸⁰ Imperativní normy neslouží k úpravě vzájemných práv a povinností, zároveň nelze popřít jejich vliv, respektive fakt, že jejich případné nezohlednění při řešení soukromoprávního vztahu (s mezinárodním prvkem) by nabeurálo princip spravedlnosti – povinnost plnit ze smlouvy vs. vyhlášení embarga, sjednaná povinnost hotovostní platby vs. zákaz realizace hotovostních plateb nad určitou částku. Vliv imperativní normy se odrazí nejčastěji na neplatnosti právního jednání nebo nemožnosti plnění.⁵⁸¹

Nelze opomíjet fakt, že u řady autorů se v souvislosti s rozbořem imperativních norem objevují zmínky také o ochraně slabších subjektů, jmenovitě spotřebitelů a zaměstnanců.⁵⁸² Přístup k ochraně těchto subjektů z pohledu mezinárodního práva soukromého je komplikován tím, že ochrana jim je poskytována jak soukromoprávními prostředky (úprava smluvního vztahu), tak prostředky veřejnoprávními (úprava způsobu prodeje, bezpečnosti výrobku, bezpečnosti práce aj.). Není proto možné ochranné mechanismy pro spotřebitelské či pracovněprávní vztahy zařadit komplexně pod problematiku imperativních norem a je nutné vnímat rozdíly mezi různými způsoby ochrany ať již ve smyslu výchozího právního nástroje, tak jeho cílů a způsobu použití. Význam právní regulace nastavené ve prospěch těchto subjektů byl zdůrazněn v předcházející části kapitoly věnované materializaci kolizního výběru. Způsob uchopení ochrany slabšího subjektu prostřednictvím materializace kolizního řešení v mezinárodním právu soukromém je odlišný od pojetí imperativních norem a jejich funkce z pohledu prosazování veřejného zájmu. Ochrana příslušníků určitých skupin subjektů, jakkoliv má tato ochrana ekonomický či sociální smysl, je ochranou jednotlivce. Veřejná povaha chráněného zájmu je zde zprostředkována množstvím chráněných jednotlivců – spotřebitelů, respektive

⁵⁷⁹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 191.

⁵⁸⁰ PAUKNEROVÁ, Monika. Přímou použitelné administrativně právní normy a Mezinárodní právo soukromé. *Právník*, 1983, vol. 122, s. 483; PAUKNEROVÁ, Monika. § 3. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 35.

⁵⁸¹ PAUKNEROVÁ, Monika. § 3. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 35.

⁵⁸² Viz zmíněná díla Schäfer, Lando. Navíc také Sonnenberg nebo van Bochove, viz SONNENBERGER, Hans, Jürgen. Overriding Mandatory Provisions. In: LEIBLE, Stefan (eds.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 121; VAN BOCHOVE, Laura Maria. Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 148 a násl.

zaměstnanců, kdy ekonomické ohrožení takové skupiny může být vnímáno jako hrozba pro celou společnost.⁵⁸³ Veřejný zájem zde proto identifikován být může, byť nepřímou.⁵⁸⁴ Zároveň stát intervenuje do této oblasti soukromoprávních vztahů proto, že společnost to vnímá jako nutné a vhodné.⁵⁸⁵ Obě oblasti – soukromoprávní regulace a regulace veřejnoprávní jsou kombinovány při úpravě jednoho souboru právních vztahů. Uvědomujeme si, že toto konstatování činíme z pozice právního řádu, který stále poměrně striktně odděluje soukromé a veřejné právo. Vnímáme ovšem také pozice, které takto striktní členění nectí, a proto u spotřebitelského či pracovního práva nebo obchodního zastoupení toto prolínání označují za šedou zónu na pomezí soukromého a veřejného práva.⁵⁸⁶

Materializace kolizního výběru je v těchto případech představována nutností dodržení určité úrovně ochrany vyplývající z pravidel, které upravují vzájemná práva a povinnosti subjektů spotřebitelských, respektive pracovněprávních vztahů. Nejedná se o absolutní a přímou povinnost aplikace určitých norem, ale o nemožnost odebrání ochrany, kterou takové normy poskytují, a to pouze za předpokladu, že právo určené volbou práva vede k nižší úrovni ochrany. Nedochází k přímé aplikaci či zohlednění veřejnoprávní normy. Předpokladem aplikace určité normy z práva jiného než zvoleného stranami, je skutečnost, že v souhrnu zvolené právo poskytuje chráněnému subjektu nižší úroveň ochrany než právo, jehož aplikaci chráněný subjekt důvodně očekává. Proto soukromoprávní složku ochrany těchto subjektů nevnímáme jako ochranu prostřednictvím imperativních norem. Zároveň nelze popřít existenci úpravy veřejnoprávní. Jak regulace způsobu prodeje, bezpečnosti výrobků či bezpečnosti práce naplňuje znaky, které jsme předestřeli výše – nedopadá přímo na vztah mezi soukromými subjekty, upravuje povinnosti jednoho ze subjektů soukromoprávního vztahu vůči státu. Adresát normy je povinen chovat se vhodným způsobem při prodeji výrobků či služeb (což se může promítat až do stanovení povinnosti určitého jednání vůči protějšku v soukromoprávním smluvním vztahu), zajistit jejich bezpečnost, zajistit bezpečnost práce. Nedodržení povinností je sankcionováno veřejnoprávně. Ochranný charakter ve vztahu ke spotřebitelům či zaměstnancům je však zjevný. Obě tyto oblasti právních norem vytváří komplexní ochranná

⁵⁸³ VAN BOCHOVE, Laura Maria. Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 150; SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 23.

⁵⁸⁴ BONOMI, Andrea. Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulations on the Law Applicable to Contracts. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume X – 2008*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2009, s. 293.

⁵⁸⁵ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 275.

⁵⁸⁶ PHILIP, Allan. *General Course on Private International Law*. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 64-68.

prostředí. Z právně-technického hlediska však nelze oba mechanismy slučovat a vnímat ochranu spotřebitelů či zaměstnanců jako homogenní. Proto také nelze zcela souhlasit s van Bochove, která považuje úpravu imperativních norem ve vztahu k materializaci kolizního výběru za zbytkovou úpravu.⁵⁸⁷ Oddělené vnímání obou mechanismů by však mohlo vést k zajímavým kombinacím, kdy by materializovaný kolizní výběr rozhodného práva nebyl doprovázen pojetím veřejnoprávních ochranných prvků jako nástrojů imperativních.⁵⁸⁸

Dalším znakem je zásadní význam veřejného zájmu a tím pádem i norem, jejichž prostřednictvím je prosazován. Musí se jednat o zájem natolik významný, že stát jej hodlá prosazovat ve všech případech včetně vztahů přesahujících jeho teritorium. Významu prosazovaného zájmu odpovídá i fakt, že toto prosazení je může být realizováno v rozporu s jiným zájmem téhož státu, který dává najevo formulací kolizní normy, výběrem hraničního určovatele a připuštěním aplikace cizího práva určeného kolizní normou.

Tyto znaky lze dohledat v jednotlivých variantách normativního uchopení imperativních norem. Případně je v nich dohledat, nejsou-li vyzdvíženy výslovně. V současnosti nejčastěji zmiňovanou definicí je článek 9 odst. 1 nařízení Řím I – ochrana veřejných zájmu jako například politické, společenské a hospodářské uspořádání, zásadní význam při ochraně těchto zájmů, použití na jakoukoliv situaci, která spadá do jejich působnosti, a to bez ohledu na rozhodné právo.⁵⁸⁹ Bod 37 Preambule zdůrazňuje výjimečnost použití těchto ustanovení. Z národních úprav lze zmínit belgickou, holandskou, švýcarskou a v neposlední řadě i polskou, maďarskou nebo českou. Belgická úprava s patrným vlivem širokého pojetí veřejného pořádku stanoví, že právo určené kolizní normou se nedotýká aplikace belgických kogentních norem a norem veřejného pořádku, které jsou svojí povahou určeny k aplikaci na vztahy s mezinárodním prvkem bez ohledu na rozhodné právo určené kolizní normou.⁵⁹⁰ Švýcarské právo se omezuje na konstatování o nemožnosti vyloučení aplikace těch norem švýcarského práva, které s ohledem na jejich účel mají být aplikovány bez ohledu na kolizní normy.⁵⁹¹ Holandské právo vedle příkazu ignorovat cizí právo určené kolizní normou v rozsahu, v němž

⁵⁸⁷ VAN BOCHOVE, Laura Maria. Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 151.

⁵⁸⁸ Důvodová zpráva k ZMPS výslovně uvádí ustanovení na ochranu spotřebitele jako příklad imperativní normy. Jako příklad uvádí zákon o spotřebitelském úvěru, což ovšem rozporuje Pauknerová s tím, že se jedná úpravu na ochranu jednotlivce. Odkazuje přitom na německou judikaturu – viz PAUKNEROVÁ, Monika. § 3. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 34.

⁵⁸⁹ Definice je převzata z rozhodnutí SDEU v trestním řízení proti Jean-Claude Arblade a Arblade & Fils SARL (C-369/96) a Bernard Leloup, Serge Leloup a Sofrage SARL (C-376/96).

⁵⁹⁰ Článek 20 belgického ZMPS

⁵⁹¹ Článek 18 švýcarského IPRG

musí být aplikovány speciální kogentní normy holandského práva, přičemž za základní znaky těchto norem považuje ochranu veřejného zájmu, jako je politické, sociální a ekonomické uspořádání a takový důraz na tento zájem, že z něj vyplývá povinnost danou normu aplikovat bez ohledu na rozhodné právo (inspirace nařízením Řím I je více než zřejmá).⁵⁹² Podle polské úpravy nemá odkaz v kolizní normě vliv na aplikaci těch ustanovení polského práva, z jejichž obsahu či účelu jednoznačně vyplývá, že dopadají na předmětný právní vztah bez ohledu na rozhodné právo.⁵⁹³ Rekodifikace maďarské úpravy s sebou přinesla výslovnou úpravu imperativních norem. Bez ohledu na právo rozhodné určené kolizní normou musí být použita ustanovení maďarského práva, z jejichž obsahu a účelu jasně vyplývá jejich bezpodmínečné použití na právní otázku spadající do jejich působnosti. Imperativní normy z jiného práva než fóra lze zohlednit, jestliže vykazují úzké spojení s řešenou otázkou a mají rozhodující význam pro její posouzení.⁵⁹⁴ Po rekodifikaci českého mezinárodního práva soukromého nalezneme výslovnou úpravu i v něm. Mají být použita ta ustanovení českého práva, která je nutné v mezích jejich předmětu použít vždy bez ohledu na to, kterým právem se řídí právní poměry, v nich se projeví účinky použití takových ustanovení. V tomto případě je patrná inspirace úpravou švýcarskou. Důvodová zpráva nicméně odkazuje na nařízení Řím I, z čehož lze dovodit nutnost zásadního významu prosazovaného zájmu.

- Použití imperativních norem při regulaci soukromoprávního vztahu s mezinárodním prvkem

Přesto, že v současné době jak národní úpravy, tak úpravy unifikované s imperativními normami počítají, nebyl přístup k nim vždy tak otevřený⁵⁹⁵ a lze dohledat přístupy zásadně odmítající aplikaci těchto norem.⁵⁹⁶ Jak však uvádí Rozehnalová, tyto přístupy nemají praktické ani teoretické odůvodnění, navíc vytvářejí problematické momenty v aplikační praxi.⁵⁹⁷ Připuštění aplikace těchto norem ovšem vede k další otázce, a to na základě čeho mají být aplikovány.⁵⁹⁸ Přehledný výčet přístupů podává Pauknerová. Od Wenglerova⁵⁹⁹ a Zweigertova

⁵⁹² Článek 10:7 odst. 1 a 2 nizozemského OZ

⁵⁹³ Článek 8 polského ZMPS

⁵⁹⁴ § 13 maďarského ZMPS

⁵⁹⁵ KALENSKÝ, Pavel. Právo mezinárodního obchodu a dosah „ius cogens“. *Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu*. 1975, roč. 20, č. 3-4, s. 14-18.

⁵⁹⁶ PAUKNEROVÁ, Monika. Přímá aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. *Studie z mezinárodního práva*. 1984, s. 152.

⁵⁹⁷ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, s. 176.

⁵⁹⁸ Ibid, s. 190.

⁵⁹⁹ Viz také SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, s. 25.

zvláštního navázání, přes protipól v podobě Francescakisovy bezprostřední aplikace,⁶⁰⁰ unilateralistickou teorii, bilaterální pojetí, požadavek na kombinaci práva fóra a práva cizího až po představu o vytvoření zvláštní unifikované materiální úpravy.⁶⁰¹ Následně se sama vrací k Francescakisovi, což je mimo jiné patrné i z toho, že za nejvýstižnější pojmenování imperativních norem považovala označení „přímo použitelné normy“.⁶⁰²

Vedle důvodů či argumentů ve prospěch či neprospěch použití těchto norem, lze zároveň vznést otázku na způsob jejich použití. K odpovědi lze navíc přistoupit ze dvou úhlů pohled, které spolu vzájemně souvisí. První z nich vychází z charakteru těchto norem jako norem veřejnoprávních, upravujících práva a povinnosti jednotlivce vůči státu, zatímco mezinárodní právo soukromé řeší vztahy mezi jednotlivci. Imperativní norma proto nereguluje vzájemná práva a povinnosti jednotlivců, nicméně, jak již bylo uvedeno, je způsobilá existenci či plnění těchto povinností zásadním způsobem ovlivnit. Do soukromoprávního vztahu s mezinárodním prvkem proto imperativní norma vstupuje jako vnější faktor, který má ovšem na soukromoprávní vztah zásadní vliv.

Spíše než o imperativních normách bychom mohli hovořit o imperativní situaci, tj. stavu, kdy existence soukromoprávního vztahu či plnění povinností tvořících obsah tohoto vztahu je ovlivněna vnější okolností, nezávislou na vůli subjektů předmětného soukromoprávního vztahu a mající normativní charakter. Imperativní – veřejnoprávní – norma nevytváří obsah právního vztahu, ale typicky buď vylučuje existenci právního vztahu, případně pokračování jeho existence nebo vytváří nátlak na jednu ze stran, která v důsledku toho nemůže pokračovat v plnění vůbec či v podobě, která byla původně předpokládána. Pro úpravu vzájemných práv a povinností v rámci soukromoprávního vztahu nelze tuto normu použít v její veřejnoprávní podobě, ale je nutné ji kvalifikovat do podoby soukromoprávního institutu, ať již například pro účel posouzení možnosti další existence právního vztahu nebo třeba pro posouzení nároku na náhradu škody. Vyhlášení embarga samo o sobě nemá za následek zánik do té doby existujících smluvních vztahů – lze si však představit kvalifikaci embarga pro účely soukromoprávního

⁶⁰⁰ Podle Francescakis není intervence imperativní normy důsledkem fungování kolizních norem, ale rozsah jejich aplikace je formulován unilaterálně zákonodárcem a tyto normy je nutné přímo aplikovat – viz také PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 129.

⁶⁰¹ PAUKNEROVÁ, Monika. Přímá aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. *Studie z mezinárodního práva*. 1984, s. 152-162.

⁶⁰² PAUKNEROVÁ, Monika. Přímá použitelné administrativně právní normy a Mezinárodní právo soukromé. *Právník*, 1983, vol. 122, s. 485 – je nutné brát v potaz dobu publikování tohoto názoru. V jejích novějších pracích již využívá pojmy používané v unijní a národní legislativě.

vztahu jako následné nemožnosti plnění pro účely posouzení další existence právního vztahu, případně jako okolnosti *vis major* pro účely vznesených nároků na náhradu škody. Rozpor s právní úpravou kartelových dohod lze pro účely soukromoprávního vztahu kvalifikovat jako počáteční nemožnost plnění s příslušnými důsledky pro existenci předmětného vztahu. Diskuze týkající se imperativních norem proto úzce souvisí s procesním vymáháním občanskoprávních nároků, na které tyto normy dopadají, případně tyto nároky vyvolávají.

Z výše uvedeného rozboru vyplývá zásadní informace pro účely této práce, tj. v jakém okamžiku procesu aplikace cizího práva dochází k použití kolizních norem. Zatímco materializace kolizního řešení jako mechanismus, který ovlivňuje výběr rozhodného práva, je přítomen při používání kolizní normy, tj. v okamžiku, kdy dochází k určení rozhodného práva, respektive výsledných pravidel pro regulaci vzájemných práv a povinností stran právního vztahu, imperativní norma nehraje roli při výběru rozhodného práva. V imperativní situaci je nutné veřejnoprávní normu uchopit perspektivou soukromého práva ve smyslu práva rozhodného pro soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem. Musí proto být prostřednictvím kolizní normy již rozhodné právo identifikováno a během hledání řešení pro nastavení vzájemných práv a povinností z důvodu adekvátního nastavení dochází zároveň k použití imperativních norem. Bez jejich použití by vzhledem k jejich zásadnímu významu a intenzitě dopadu na soukromoprávní vztah nebylo možné danou otázku posoudit adekvátně a výsledné řešení by s největší pravděpodobností nebylo spravedlivé.

Druhý úhel pohledu vychází z kategorizace imperativních norem dle teritoriálního hlediska na normy náležející k právu fóra, *lex causae* a právo třetího státu. U imperativních norem fóra, které vyjadřují veřejnoprávní příkaz státu, se směrem k použití těchto norem neobjevují nyní pochybnosti. Použití těchto norem vychází z představy, že soud je povinen aplikovat normy práva fóra vždy v mezích jejich předmětu úpravy. Aplikuje tyto normy stejně jako ve vztahu bez mezinárodního prvku. Je irelevantní, zda se soukromoprávní vztah řídí právem fóra či právem jiným.⁶⁰³ Soudní dvůr však v rozhodnutí C-184/12 Unamar⁶⁰⁴ vymezil určité mantinely pro aplikaci imperativních norem fóra. Členský stát musí zohlednit nejen přesné znění tohoto ustanovení, ale i obecnou systematiku a všechny okolnosti, za kterých bylo přijato, tak aby z nich bylo možno dovodit, že toto ustanovení má imperativní povahu, protože je vnitrostátní

⁶⁰³ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 193.

⁶⁰⁴ Rozhodnutí SDEU ve věci C-184/12 *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV proti Navigation Maritime Bulgare*

zákonodárce přijal patrně s cílem chránit zájem, který je dotčeným členským státem považován za zásadní. Lze proto například aplikovat právo fóra, které stanoví úroveň ochrany pro určitou skupinu právních vztahů vyšší nad rámec stanovený směrnicí EU, a vyloučit tak ustanovení práva jiného členského státu i přesto, že právo tohoto jiného členského státu je v souladu s předmětnou směrnicí. Zároveň však nesmí dojít k omezení jednotného vnitřního trhu.⁶⁰⁵

Náhled na použití imperativních norem jiného státu, ať již *lex causae* nebo státu třetího, doznal značného posunu od již zmíněného odmítání kvůli jejich veřejnoprávní povaze k současnému přijímání těchto norem. Použití imperativních norem náležejících k *lex causae* odůvodňováno zejména s ohledem na předpoklad použití práva *lex causae* stejně, jako by bylo aplikováno ve státě původu.⁶⁰⁶ Z tohoto předpokladu vychází české právo, podle něhož se použijí všechna ta ustanovení *lex causae*, která by byla použita v daném státě při řešení předmětné otázky, a to bez ohledu na jejich systematické zařazení nebo jejich veřejnoprávní povahu. Korektivem jsou imperativní normy českého práva.⁶⁰⁷ České právo tak rozlišuje mezi imperativními normami *lex causae* a třetího státu (viz dále). Podobné lze dovodit i z polského práva, podle něhož aplikace cizího práva určeného kolizní normou zahrnuje i použití norem veřejnoprávních v rozsahu jejich působnosti.⁶⁰⁸

Národní úpravy belgická, nizozemská, švýcarská nerozlišují mezi cizími imperativními normami výslovně, nicméně i zde se toto dá dovodit. Právní úpravy jsou podobné všech třech státech a umožňují použití cizích imperativních norem, které nejsou součástí *lex causae*, jestliže cizí právo vykazuje s řešenou otázkou úzké spojení a dané normy vyžadují svoji aplikaci bez ohledu na rozhodné právo vzhledem k jejich povaze a účelu. Soud musí zvážit, jaké by byly účinky použití a nepoužití těchto norem (belgická a nizozemská úprava).⁶⁰⁹ Stejné ustanovení ve prospěch použití cizích imperativních norem obsahuje i polská úprava⁶¹⁰ – obsahově tedy koresponduje s předcházejícími, pouze je preciznější díky výslovné zmínce imperativních norem *lex causae*. Podobně činí úprava maďarská,⁶¹¹ která sice formuluje požadavek

⁶⁰⁵ Bod 49 Rozhodnutí SDEU ve věci C-184/12 *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV proti Navigation Maritime Bulgare Maritime Bulgare*; dále viz VAN BOCHOVE, Laura Maria. Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 155.

⁶⁰⁶ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 234-238; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 194.

⁶⁰⁷ § 23 odst. 1 ZMPS

⁶⁰⁸ Článek 6 polského ZMPS

⁶⁰⁹ Článek 20 belgického ZMPS, článek 10:7 odst. 3 nizozemského OZ a článek 19 švýcarského IPRG

⁶¹⁰ Článek 8 odst. 2 polského ZMPS

⁶¹¹ § 13 odst. 2 maďarského ZMPS

rozhodujícího významu pro posouzení, což ale koresponduje s požadavkem dopadu použití či nepoužití, jak byl uveden u úprav předcházejících. Nejpodrobnější úpravou je česká. Stejně jako ostatní národní úpravy podmiňuje použití imperativních norem jiného (než rozhodného – pozn. autora) zahraničního práva úzkým spojením s řešenou právní otázkou, charakterem těchto norem ve smyslu jejich účelu a spravedlnosti jejich použití a zvážením důsledků jejich použití nebo nepoužití. Navíc výslovně podmiňuje jejich použití návrhem účastníka, který se jich dovolává. Ten musí také prokázat platnost a obsah těchto norem – to ostatně odpovídá představě, že soud je povinen zjišťovat pouze právo, jehož použití mu přikazuje kolizní norma.⁶¹² S tímto druhem imperativních norem proto české právo zachází nikoliv jako s právními normami, ale jako s právní skutečností, navrhovanou a dokazovanou v civilním řízení.

Záměrně jsme v souvislosti s imperativními normami jiného práva než fóra nezmnili unijní úpravu v nařízení Řím I. Imperativní normy fóra jsou nařízením uchopeny stejně, jako v národních úpravách – směrem k jejich neoddiskutovatelnému použití. Naopak vůči cizím imperativním normám je nařízení výrazně rezervovanější. Nařízení v článku 9 odst. 3 umožňuje použití imperativních norem výlučně z práva země, v níž mají být nebo byly splněny povinnosti vyplývající ze smlouvy, a to pouze za předpokladu, že činí plnění smlouvy protiprávním. Opět má být brán do úvahy jejich účel, povaha a důsledky plynoucí z jejich použití nebo nepoužití – v tomto doplňku se nařízení shoduje s národními úpravami.⁶¹³ Dohady směrem k použití imperativních norem *lex causae*⁶¹⁴ byly ukončeny judikátem SDEU C-135/15 *Nikiforidis*.⁶¹⁵ Soudní dvůr konstatoval, že článek 9 odst. 3 nařízení Řím I vylučuje použití jiných imperativních ustanovení než těch náležejících k právu fóra nebo právu státu, v němž mají být nebo byly splněny povinnosti ze smlouvy. Zároveň ale dovolil zohlednění těchto jiných imperativních ustanovení jako skutkových okolností, jestliže to umožňuje rozhodné právo. Tento závěr nás vrací k národním úpravám a možnostem v nich obsažených.

⁶¹² ROZEHNALOVÁ, Naděžda; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza; VALDHANS, Jiří. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, s. 122-125; PAUKNEROVÁ, Monika. § 25. PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADÍLOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 185-186.

⁶¹³ Pro rozbor legislativního procesu včetně důvodů pro toto omezení viz ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 192-198.

⁶¹⁴ Viz např. ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří. Overriding Mandatory Rules, Rules of Safety, Protective Mandatory Rules and Other Limits on Application of Law Determined by Conflict-of-law Rules under the Rome I and Rome II Regulations. In: MIKOŁAJCZYK, Barbara (ed.). *Free Movement of Goods and Persons Across the Polish – Czech – Slovak Borders*. Katowice: Oficyna Wydawnicza, 2012, s. 49-63.

⁶¹⁵ Rozhodnutí SDEU ve věci C-135/15 *Republik Griechenland proti Grigorios Nikiforidis*

Přístup nařízení Řím I k imperativním normám jsme označili jako rezervovaný. Toto konstatování platí v ještě větší míře i nařízení Řím II. To v článku 16 obsahuje pouze strohé konstatování o použití imperativních ustanovení práva fóra. Na rozdíl od nařízení Řím I neuvádí definici, ani možnost použití cizích imperativních norem. Neexistence definice není problematická. Vzhledem k požadavku interpretace jednotlivých unijních předpisů ve vzájemné shodě bude využita definice v nařízení Řím I. Absence úpravy použití cizích imperativních norem je důsledkem negativního přístupu k nim během legislativního procesu a bylo proto diskutováno, zda tyto normy mohou či nemohou být použity. Argumenty se objevují pro oba závěry. Z názorů ve prospěch aplikace lze zmínit Weintrauba, který v souvislosti s těmito normami uvádí, že rozdíly mezi právy členských států EU mohou vést k neuniformním výsledkům a *forum shopping*. Soud členského státu je podle Weintrauba oprávněn odmítnout použití práva rozhodného podle nařízení Řím II a místo ustanovení tohoto práva použít právě imperativní normy. Neexistenci definice navrhuje překlenout prostřednictvím návodů, co za ně považovat.⁶¹⁶ Domníváme se však, že tento přístup se staví k imperativním normám jinak, než odpovídá jejich výše popsanému charakteru a do jisté míry představuje ono také již zmíněné směšování imperativních norem a výhrady veřejného pořádku. Podle Symeonidese lze obecně tyto normy charakterizovat jako normy umožňující zvážit obsah hmotného práva zúčastněných stran bez ohledu na právo rozhodné. Umožňují soudu použít vlastní normy veřejného zájmu – na tomto místě však (na rozdíl od Weintrauba) používá pojem „přimíchání“ těchto norem do rozhodování.⁶¹⁷ Celkově však převažují patrně názory v neprospěch.⁶¹⁸ Je však otázkou, zda to u mimosmluvních závazků představuje problém, zejména s ohledem na institut tzv. „*safety rules*“ (viz dále). Navíc závěry obsažené v judikátu Nikiforidis lze dle našeho názoru vztáhnout i na nařízení Řím II.

Krom výše uvedeného lze říci, že odborná literatura k nařízení Řím II se otázkou nutně použitelných norem často nezabývá. Řada autorů se k nim nevyjadřuje buď vůbec,⁶¹⁹ nebo se

⁶¹⁶ WEINTRAUB, J. Russell. The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither? *Texas International Law Journal*. 2008, vol. 43, s. 406

⁶¹⁷ SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 173-219.

⁶¹⁸ BONOMI, Andrea. Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulations on the Law Applicable to Contracts. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume X – 2008*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2009, s. 296; FUCHS, Angelina. Art. 16 Rome II. In: HUBER, Peter (ed.). *Rome II Regulation: pocket Commentary*. Munich: Sellier. European law publishers, 2011, s. 352-365; DICKINSON, Andrew. *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 638.

⁶¹⁹ Ani v souvislosti s pojednáním o dopravních nehodách se o nutně použitelných normách nezmiňuje GRAZIANO, Thomas Kadner. The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability – Interaction, Conflicts and Future Perspectives. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*. 2008,

omezuje na pouhé konstatování existence čl. 16.⁶²⁰ Případně k tomuto konstatování připojí krátkou zmínku o využití těchto norem k ochraně lokálních veřejných zájmů⁶²¹ nebo o tom, že tyto normy tvoří jednu z výjimek aplikace obecného pravidla (či všech kolizních pravidel) na určení práva rozhodného.⁶²²

7.3 *Safety rules*

Veřejné zájmy nejsou v nařízení Řím II reflektovány pouze prostřednictvím úpravy imperativních norem, ale specifickým institutem označeným jako pravidla bezpečnosti a chování (*safety rules*).⁶²³ Při posuzování chování osoby, vůči které je vznášen nárok na náhradu škody, má být v náležitém rozsahu přihlédnuto k pravidlům bezpečnosti a chování⁶²⁴ platným v místě a okamžiku, kdy došlo ke skutečnosti, která vedla ke vzniku odpovědnosti. Zásadní rozdíl v uchopení obou typů norem spočívá ve výslovném požadavku přihlížet k „*safety rules*“ jako ke skutkové otázce. Strana, v jejíž prospěch lze tyto normy využít, se jich proto musí dovolat a jejich obsah prokázat, bez ohledu na to, jaké principy aplikace cizího práva jsou ve státu sudiště zastávány. Inspiraci čerpá nařízení Řím II z čl. 7 Haagské úmluvy o právu použitelném pro dopravní nehody,⁶²⁵ čl. 9 Haagské úmluvy o právu použitelném pro odpovědnost za výrobek,⁶²⁶ z návrhu Úmluvy o právu rozhodném pro smluvní a mimosmluvní

vol. 26, č. 4, s. 425 – 429. Stejně tyto normy opomíjí NISHITAMI, Yuko. The Rome II Regulation from a Japanese Point of View. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008, s. 176-192, a to i přesto, že jinak věnuje dostatek prostoru příbuznému ustanovení čl. 17 nařízení Řím II. Srovnej také BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Nařízení „Řím II“ vstoupilo v platnost. *Právní zpravodaj*. 2007, roč. 7, č. 10, s. 6-8.

⁶²⁰ Srovnej CARRUTHERS, M. Janeen; CRAWFORD, B. Elizabeth. Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of law Rules for Non-Contractual Obligations: Part I. *Edinburg Law Review*. 2004-2005, č. 1, s. 91-92.; Editorial Comments. Sometimes it takes 30 years. *Common Market Law Review*. 2007, s. 1567-1575; SCHWARTZE, Andreas. A European regime on international product liability. Article 5 Rome II Regulation. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*. 2008, vol. 26, č. 4, s. 433.

⁶²¹ KRAMER, E. Xandra. The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2008, vol. 26, no. 4, s. 418-422.

⁶²² DE BOER, M. Ted. Party Autonomy And Its Limitations in the Rome II Regulation. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008, s. 23.

⁶²³ Článek 17 nařízení Řím II

⁶²⁴ Někdy označovány také jako „*local data*“ – viz NISHITAMI, Yuko. The Rome II Regulation from a Japanese Point of View. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 182.

⁶²⁵ Bez ohledu na právo rozhodné pro stanovení odpovědnosti, přihlíží se vždy k předpisům o řízení a bezpečnosti dopravy platným v místě a v době nehody.

⁶²⁶ The application of Articles 4, 5 and 6 shall not preclude consideration being given to the rules of conduct and safety prevailing in the State where the product was introduced into the market.

závazky z roku 1972, ale i z belgické, holandské a švýcarské úpravy mezinárodního práva soukromého.⁶²⁷

Úprava „*safety rules*“ vychází z koncepce, že pachatel deliktu se musí chovat v souladu se „*safety rules*“ státu, v němž jednal,⁶²⁸ a to bez ohledu na právo rozhodné pro následné soukromoprávní důsledky jeho chování.⁶²⁹ Bylo by proto vůči pachateli nespravedlivé, pokud by tyto normy nebyly brány v potaz. Jako typický příklad jsou uváděna pravidla silničního provozu, technické standardy výrobků, pravidla bezpečnosti práce nebo technické požadavky ve stavebnictví.⁶³⁰ Stát, který takové normy vydal, je vynucuje bez ohledu na státní příslušnost nebo obvyklé bydliště jednajících osoby.⁶³¹ Co se formy týče, představit si lze jak prameny vydávané státní správou, tak předpisy samosprávy.⁶³² Vzhledem ke své povaze budou tyto normy typicky zohledněny pro potřeby zhodnocení stupně odpovědnosti pachatele.

Kvalifikačními znaky deliktního (protiprávního) jednání je protiprávnost, zásah tohoto jednání do právem chráněného zájmu a kauzální nexus mezi prvními dvěma znaky.⁶³³ „*Safety rules*“ jsou významné z pohledu protiprávnosti. Za pomoci těchto norem může pachatel namítat, že jeho jednání nevykazuje známky protiprávnosti, neboť bylo v souladu se „*safety rules*“ místa jednání. Takový způsob využití „*safety rules*“ bude patrně nejčastější. Představit si lze

⁶²⁷ SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 212.

⁶²⁸ Stejně tak i ESSÉN, W. Eric. Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents. Explanatory Report. [online]. 46 s. [cit. 10. 10. 2011], s. 26.

⁶²⁹ COM(2003) 427 final, s. 25

⁶³⁰ Srovnej PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 298; NISHITAMI, Yuko. The Rome II Regulation from a Japanese Point of View. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 183.

⁶³¹ Skutečnost, že osoba má obvyklé bydliště např. v Česku, kde se jezdí vpravo, neznamena, že vpravo může tato osoba jezdit např. ve Velké Británii. Stejně si lze představit v souvislosti s maximálními rychlostmi. Naopak jestliže osoba s obvyklým bydlištěm v Česku bude zraněna při dopravní nehodě ve Velké Británii, kde jiná osoba nedodrží pravidla silničního provozu, je oprávněna očekávat, že Velká Británie poskytne ochranu z porušení svých norem. Více viz SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II: A Centrist Critique. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 162-165.

Další úhel pohledu uvádí Explanatory Report k Haagské úmluvě o právu použitelném pro dopravní nehody. Týká se situace, kdy pravidla loci delicti jsou benevolentnější (mlhovky nejsou povinnou výbavou vozidla), než stejná pravidla práva rozhodného (mlhovky jsou povinnou výbavou vozidla). Soudce může zvážit, že i když právo místa nehody nevyžaduje mlhovky, zatímco právo rozhodné ano, že jízda bez mlhovek byla nedbalostní, protože podle názoru soudu měl řidič přizpůsobit rychlost vozidla tomu, že nebylo vybaveno mlhovkami. Podobný příklad je uveden v souvislosti s povinnými přestávkami řidiče autobusu, které jsou stanoveny právem rozhodným, ale nejsou stanoveny právem místa, kde došlo k nehodě. Soudce může vzít v potaz právo registrace autobusu při určení odpovědnosti řidiče.

⁶³² ESSÉN, W. Eric. Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents. Explanatory Report. [online]. 46 s. [cit. 10. 10. 2011], s. 26.

⁶³³ VALDHANS, Jiří. Právní úprava mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem. Praha: C.H. Beck, 2012, s. 37-41.

i varianty, kdy tato pravidla budou použita nikoliv ke konstatování neexistence protiprávnosti a tím neexistence mimosmluvního závazku (odpovědnosti), ale pouze snížení úrovně odpovědnosti pachatele (viz dále). Je poté na uvážení soudu, zda a v jakém rozsahu tato pravidla použije. Zájem o pachatele deliktu Symeonides na čl. 17 kritizuje, neboť jej považuje za přehnaný a jednostranný. Odvolává se na důvodovou zprávu, která v souvislosti se „*safety rules*“ hovoří pouze o pachateli. Považujeme Symeonidesův závěr za příliš radikální. Obecné kolizní pravidlo v nařízení Řím II *lex loci delicti* je formulováno jednoznačně ve prospěch poškozeného.⁶³⁴ Jestliže bod 34 Prembule hovoří v souvislosti se „*safety rules*“ o dosažení rovnováhy mezi stranami, vyplývá z toho jejich použití právě ve prospěch pachatele. Vzhledem k dalším aspektům zohlednění „*safety rules*“, které uvedeme dále, však tyto normy nejsou sto samy o sobě zvrátit výsledek sporu z mimosmluvního závazku ve prospěch pachatele. Symeonides kritizuje toto ustanovení i z dalších důvodů.⁶³⁵ Označuje je za záhadné ustanovení, které příliš nezapadá do konceptu nařízení.⁶³⁶ Podle Symeonidese nařízení Řím II prostřednictvím této úpravy uznává rozdíl mezi tzv. „*loss-distribution*“⁶³⁷ a „*conduct-regulation*“⁶³⁸ normami, což kolizní pravidla v nařízení, zejména *lex domicilia communis* nečiní. Za „*conduct-regulation*“ normy nepovažuje pouze pravidla silničního provozu a ostatní výše zmíněné, ale i normy, které zakládají soukromoprávní nároky při porušení výše uvedených pravidel.⁶³⁹

Podle Dickinsona, který sice v základu s názorem Symeonidese souhlasí, se však „*safety rules*“ může dovolat i poškozený, nikoliv pouze pachatel, případně se jich může pachatel dovolat nikoliv jako důvodu oprávněnosti svého jednání, ale vadnosti jednání poškozeného. Jako příklad lze uvést situaci, kdy poškozený v dopravní nehodě nebyl připoutaný bezpečnostním pásem.⁶⁴⁰

⁶³⁴ VALDHANS, Jiří. Právní úprava mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem. Praha: C.H.Beck, 2012, s. 162-168.

⁶³⁵ SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II: A Centrist Critique. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 162-165.

⁶³⁶ V článku 17 vidí výraznou výjimku z obecného pravidla, která, pokud bude vykládána extenzivně, výrazně omezí význam obecného pravidla. Umožňuje totiž, aby se pachatel zbavil, či alespoň omezil svoji odpovědnost s odvoláním na skutečnost, že dodržel pravidla loci delicti. Nejvýrazněji je to patrné u poškozování životního prostředí, kdy by podle jeho názoru došlo k naprostému podkopání čl. 7 a vyloučení odpovědnosti podle *damni infecti*.

⁶³⁷ Normy regulující nároky z deliktu, přidělující náhradu poškozenému.

⁶³⁸ Normy komplexně regulující jednání, které bylo příčinou vzniku škody.

⁶³⁹ Odhlédneme-li pouze od „*safety rules*“, Symeonides kritizuje i výběr obecného pravidla *damni infecti*. Viz SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II: A Centrist Critique. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008, s. 151 a násl.

⁶⁴⁰ DICKINSON, Andrew. The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations. Oxford: Oxford University Press, 2008, s. 641.

Teritoriální aspekt je u „*safety rules*“ řešen podobně jednoznačně, jako u imperativních norem v nařízení Řím I. Přihlédnout lze k normám státu místa protiprávního jednání. Je irelevantní, zda se jedná o fórum, legis cauase nebo právo třetího státu. Výrazný smysl má i uvedení pojmu „přihlédnout“ namísto „použít“. Jak již bylo zmíněno, s těmito normami je zacházeno jako s právní skutečností, proto přihlédnutí k nim bezpochyby musí strana, která se jich bude dovolávat (tvrzený škůdce), navrhnout a následně i prokázat obsah těchto norem. Na tuto povahu výslovně upozorňuje i důvodová zpráva Komise.

Nelze se nezamyslet nad vztahem imperativních norem a „*safety rules*“. Vzájemné odlišení může být problematické. Kučera při definování imperativních norem uvádí, že za ně lze typicky považovat mimo jiné normy správního práva. Z výše podané definice „*safety rules*“ vyplývá, že se zejména bude jednat právě o normy správního práva. Pauknerová mezi imperativní normy řadí předpisy k ochraně životního prostředí a bezpečnostní předpisy.⁶⁴¹ To samé uvádí i Rozehnalová, když k imperativním normám řadí předpisy na ochranu životního prostředí, normy hygienické a technické.⁶⁴² V řadě případů proto budou „*safety rules*“ zároveň považovány za normy imperativní a z určitého pohledu a v určitém rozsahu budou pouze podmnožinu imperativních norem a lze je označit za *lex specialis*. Nicméně zejména v právních oblastech, kde není tak výrazně odlišováno mezi soukromým a veřejným právem ponese kategorie „*safety rules*“ jako norem vždy nutně aplikovaných svůj význam.

V důsledku tohoto konstatování se objevuje další otázka – může soudce použít normy regulující silniční provoz či normy stanovící technické parametry výrobků ex offio z pozice imperativních norem, pokud by se jich pachatel nedovolal jako „*safety rules*“?

Jestliže soud kvalifikuje konkrétní normu jako imperativní a zároveň se bude jednat o normu fóra, je povinen ji aplikovat v režimu imperativních norem, bez ohledu na to, zda by zároveň mohla být kvalifikována jako „*safety rule*“. Význam by toto odlišení nabývá v okamžiku, kdy „*safety rule*“ je součástí práva třetího státu, kdy se použití dané normy jako normy imperativní jeví perspektivou úpravy v nařízení Řím II minimálně problematické. V takovém případě je na

⁶⁴¹ PAUKNEROVÁ, Monika. § 3. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 34.

⁶⁴² ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 192.

pachateli, aby se dané normy dovolal v režimu „*safety rules*“, případně zda by bylo možné ji zohlednit jako normu imperativní v režimu podmínek nastavených rozhodnutím *Nikiforidis*.

Tím, že „*safety rules*“ (některým) přiznáme povahu imperativních norem, vzniká prostor pro další úvahy. Jako zajímavá otázka se jeví „přenositelnost“ a konkurence obou typů pravidel. V případě dopravní nehody, k níž dojde na území jednoho státu, a účastníky této nehody jsou subjekty z jiných států, tito účastníci opustí stát v němž došlo k nehodě pouze s nárokem na náhradu škody. Zohlednění jiných „*safety rules*“ než státu dopravní nehody je nemyslitelné. Jiná je ale situace např. u odpovědnosti za škodu způsobenou vadou výrobku, kdy výrobek je vyroben v souladu se „*safety rules*“ státu výroby, a následně je přemístěn a prodán ve státě jiném. Druhý stát má také svoje pravidla týkající se např. bezpečnosti daného výrobku a dochází tak k jejich kolizi. Obdobná situace platí i v případě porušení životního prostředí, kdy jsou dodrženy „*safety rules*“ ve státě jednání (nebezpečný provoz), ovšem výsledný stav ve druhém sousedícím státě je již contra jeho „*safety rules*“ (povolené vypouštění chemikálií do vodního toku ve státě, kde se nachází výrobní závod, které jsou ovšem zakázané v sousedícím státě, kam vodní tok pokračuje).

Dovolání se „*safety rules*“ státu jednání však není pro pachatele samospásné. Jak bylo uvedeno, je na soudu, jakou roli těmto pravidlům přiřkne. Zatímco v případě dopravních nehod je pozice „*safety rules*“ místa dopravní nehody patrně неотředitelná, v dalších dvou případech tomu tak již není a je nutné pracovat s předvídatelností a profesionalitou pachatele. Jestliže pachatel je schopen předvídat únik chemikálií na území jiného státu nebo prodává výrobek v jiném státě), měl by být srovnán s následky případného porušení místních „*safety rules*“.⁶⁴³ I pokud by je soud v těchto případech nezohlednil jako lokální „*safety rules*“, nemohl by je patrně opomenout aplikovat z pozice imperativních norem fóra. Navíc nelze na tyto otázky nahlížet bez souvislostí a je nutné brát v potaz také rozměr procesní, v tomto případě zejména poměrně extenzivní výklad pojmu místo škodné události v režimu nařízení Brusel I bis.⁶⁴⁴

⁶⁴³ Srovnej SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 214.

⁶⁴⁴ Viz například KYSELOVSKÁ, Tereza; ROZEHNALOVÁ, Naděžda a kol. *Rozhodování Soudního dvora EU ve věcech příslušnosti (analýza rozhodnutí dle nařízení Brusel I bis)*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, s. 152 a násl.

7.4 Výhrada veřejného pořádku

Výhrada veřejného pořádku patří neoddelitelně k mezinárodnímu právu soukromému i procesnímu.⁶⁴⁵ Klauzule umožňující odmítnout v určitých situacích aplikaci cizího práva při meritorním postupu vlastních orgánů, případně odmítnout vpustit na svoje území akt jiného suveréna, který v sobě zahrnuje jak cizí hmotné, tak procesní právo, se běžně vyskytuje v národních úpravách,⁶⁴⁶ mezinárodních úmluvách i unijním právu. Je to institut, který je vnímán jako tradiční.⁶⁴⁷ Zároveň institut, který je některými autory označován jako neukotvený,⁶⁴⁸ nebo dokonce za „*enfant terrible*“ mezinárodního práva soukromého,⁶⁴⁹ eventuálně za ideologii podkopávající celou koncepci mezinárodního práva soukromého.⁶⁵⁰ Jedná se o institut, jehož prostřednictvím lze chránit zájmy státu, které jsou vnímány jako zásadní natolik, že od jejich ochrany nelze ustoupit. Podobně jako imperativní normy také výhrada veřejného pořádku nabourává koncept rovnosti právních řádů a možnosti jejich záměny, jestliže to přikáže kolizní norma.

- Charakteristické znaky

Základní prvky tohoto institutu jsou spojovány s učením Bartola a Balda o nenáviděných či ohavných zákonech (*statuta odiosa*).⁶⁵¹ Podle Dumoulina není vhodné aplikovat právo cizího státu, v němž je domácí stát ve válečném stavu.⁶⁵² Novodobý vývoj přístupů k výhradě veřejného pořádku je členěn do tří směrů – německý, románský a anglo-saský. Savigny

⁶⁴⁵ FUMAGALLI, Luigi. EU Private International Law and The Public Policy Exception. Law. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul; BONOMI, Andrea (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume VI – 2004*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2005, s. 171; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 175; BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš. § 4. In: BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš; FIŠEROVÁ, Zuzana; HORÁK, Pavel; PTÁČEK, Lubomír; SVOBODA, Jiří. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2014, s. 23.; MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. 2008, vol. 4, no. 2, s. 201.

⁶⁴⁶ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations. London: Athena Press, 2005, s. 153.

⁶⁴⁷ FRANZINA, Pietro, Art. 21. In: MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (eds.). *European Commentaries on Private International Law (ECPII): commentary. Volume II. Rome I Regulation*. Köln: Otto Schmidt, 2017, s. 822; TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 635-636; BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš. § 4. In: BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš; FIŠEROVÁ, Zuzana; HORÁK, Pavel; PTÁČEK, Lubomír; SVOBODA, Jiří. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2014, s. 24.

⁶⁴⁸ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations. London: Athena Press, 2005, s. 146.

⁶⁴⁹ WURMNEST, Wolfgang. Ordre Public (Public Policy) In: LEIBLE, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 306.

⁶⁵⁰ PAULSEN, G. Monrad; SOVERN, I. Michael. „Public Policy“ in the Conflict of Laws. *Columbia Law Review*. 1956, vol. 56, no. 7, s. 971.

⁶⁵¹ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations. London: Athena Press, 2005, s. 147; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 177.

⁶⁵² LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 4.

dovozoval, že aplikace cizího práva není možná ve dvou případech. První představuje situaci, kdy cizí právo odporuje normám místního práva, které mají přísně imperativní charakter a chrání zájmy obecné, nikoliv zájmy jednotlivců. Sem řadil například zákaz polygamie nebo zákaz vlastnění nemovitostí Židy. Považoval takové vyloučení za výjimku s limitovanými účinky a její použití připouštěl až po pečlivé analýze účinků, které by aplikace cizího práva vyvolala.⁶⁵³ Tento směr se však odrazil v dnešním vnímání imperativních norem. Druhý případ představuje instituty cizího práva, které jsou neznámé právu fóra, jako například otroctví.⁶⁵⁴ Tyto instituty soud neaplikuje, respektive výjimečně nepoužije cizí právo. V tomto přístupu lze spatřovat předobraz dnešního pojetí výhrady veřejného pořádku. Wächterovo pojetí je bližší pojetí současnému. Počítal se situacemi, kdy cizí právo schvaluje práva, která jsou v rozporu s morálními a náboženskými principy, spravedlností, požadavkům veřejného pořádku a ekonomickým zájmům, na nichž je postaveno domácí právo (otroctví, lichva, uznání dluhů ze sázek).⁶⁵⁵

Manciniho náhled na výhradu veřejného pořádku byl ovlivněn důrazem na personální status, kterému byl prisuzován v jeho učení extrateritoriální ráz. Jednotlivec proto má mít na území jakéhokoliv (i cizího) státu stejná práva, jako ve státě domácím. Veřejné právo oproti tomu nastavuje limity takové svobodě u všech osob zdržujících se na určitém teritoriu. Má teritoriální povahu a slouží k omezení individuální svobody.⁶⁵⁶ Nutnost použití norem veřejného pořádku proto není podle Manciniho anomálie, výjimka, ale logický dopad jejich existence. Takové normy musí být aplikovány *a priori*, ne až po zjištění obsahu cizího práva a jeho účinků.⁶⁵⁷ Také v Manciniho učení je však zřetelně patrné nedostatečné odlišení od institutu imperativních norem, obdobně jako u Savignyho.⁶⁵⁸ Není to totiž veřejný pořádek, který je stavěn proti cizímu právu, ale naopak cizí právo nemůže nahradit nebo vyloučit závazná pravidla fóra.⁶⁵⁹

⁶⁵³ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 89.

⁶⁵⁴ Do této skupiny by bylo možné zařadit i již zmíněnou polygamii, takže samotné členění není zcela zřetelné – viz LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 5.

⁶⁵⁵ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 4.

⁶⁵⁶ ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, s. 87.

⁶⁵⁷ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations. London: Athena Press, 2005, s. 151.

⁶⁵⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 178.

⁶⁵⁹ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 4.

Blízký současnému pojetí výhrady veřejného pořádku je také přístup Storyho, podle něhož má každý národ právo bránit se před negativními zásahy způsobenými nespravedlivým vlivem cizího práva, a to tak, že odmítne aplikovat cizí pravidla neslučitelná s vlastními zájmy.⁶⁶⁰ Zatímco Savigny a Story považují výhradu veřejného pořádku za výjimku ze standardního fungování kolizních norem, Mancini ve výhradě spatřuje standardní alternativu k aplikaci kolizních norem, nikoliv výjimku.⁶⁶¹

Veřejné zájmy lze materiálně pro účely mezinárodního práva soukromého uchopit různým způsobem. Představy o tom, jak to učinit, se vyvíjely a byly ovlivňovány vnějším prostředím, v němž vznikaly. Zohlednění veřejných zájmů pomocí institutu veřejného pořádku bylo od počátku využívání tohoto institutu různé. Zřetelně lze rozlišit dvě linky, kdy je k veřejným zájmům přistupováno jednak proaktivně. Veřejné zájmy jsou prosazovány, a to pomocí imperativních norem, které tyto zájmy zhmotňují a umožňují státu tyto zájmy aktivně prosazovat vůči jednotlivcům jak na území daného státu, tak do jisté míry i vůči subjektům mimo dané území. Zároveň si však stát chrání základy svého státního zřízení – základní hodnoty, na nich stojí jeden ze základních výstavbových prvků každého státu – společnost.⁶⁶² Spravedlnost, morálku, vlastní mezinárodní integritu,⁶⁶³ přístup k základním lidským právům a svobodám, svobodě slova, vyznání. Rovnost bez ohledu na rasu nebo sexuální orientaci. Rodina a její pojetí jako základní výstavbový prvek společnosti. Přístup k řadě těchto otázek, zejména těch, které jsou spojeny s rodinným právem, je v každé společnosti formován po generace. Většina těchto otázek je navíc propojena na náboženství, což je může činit o to výraznější, neboť náboženství může k řadě otázek přistupovat značně dogmaticky.

⁶⁶⁰ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 151.

⁶⁶¹ *Ibid.*, s. 156.

⁶⁶² PHILIP, Allan. *General Course on Private International Law*. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 56.

⁶⁶³ EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 171.

Štítem nebo bezpečnostní pojistkou⁶⁶⁴ chráním tyto hodnoty je institut výhrady veřejného pořádku.⁶⁶⁵ Ten představuje negativní⁶⁶⁶ či pasivní⁶⁶⁷ podobu veřejného pořádku s defenzivním účelem, který spočívá v možnosti odmítnout extrémní dopady⁶⁶⁸ aplikace cizího práva.⁶⁶⁹ Výhrada veřejného pořádku tedy limituje účinky kolizních norem, jestliže cizí právo po provedení testu na soulad s představami fóra vykazuje vážné nedostatky, případně je jich příliš mnoho.⁶⁷⁰ Philip považuje výhradu za přirozený doplněk kolizních norem, který navíc vnáší do procesu aplikace cizího práva prvek flexibility v tom smyslu, že umožňuje reagovat na fakt, že při tvorbě kolizní normy nelze počítat s obsahem všech právních řádů, které navíc podléhají změnám.⁶⁷¹ Podobně Lagarde uvádí, že použití výhrady veřejného pořádku je ospravedlněno slepotou kolizních norem, která nebere ohled na obsah právních řádů.⁶⁷²

- Podmínky použití

Výše uvedené platí za současného pojmání právních řádů jako rovných a vzájemně zaměnitelných. Smyslem tedy není odmítat aplikaci cizího práva vždy tehdy, kdy se odlišuje od práva domácího⁶⁷³ – i když i tomto jevu hovoří např. Wurmnest, podle něhož nadužívání výhrady veřejného pořádku podkopává jednotu při určování rozhodného práva a celkově

⁶⁶⁴ WURMNEST, Wolfgang. Ordre Public (Public Policy) In: LEIBLE, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 305.

⁶⁶⁵ Veřejný zájem a veřejný pořádek nelze zaměňovat. Komplexní rozbor podává BĚLOHLÁVEK, Alexander. Public Policy and Public Interest in International Law and EU Law. In: BĚLOHLÁVEK, Alexander; ROZEHNALOVÁ, Naděžda (eds.). *Czech Yearbook of International Law. Volume III – 2012*. New York: Juris Publishing, s. 117-145; dále také TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 638.

⁶⁶⁶ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 1741; PAUKNEROVÁ, Monika. § 4. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 39; TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 636; EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, s. 168; FRANZINA, Pietro, Art. 21. In: MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (eds.). *European Commentaries on Private International Law (ECPIL): commentary. Volume II. Rome I Regulation*. Köln: Otto Schmidt, 2017, s. 834-836.

⁶⁶⁷ KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 191-192.

⁶⁶⁸ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 87.

⁶⁶⁹ Wächter místo odmítnutí cizího práva navrhol upravit kolizní normu do podoby, která by vedla k použití jiného práva. Viz LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 4.

⁶⁷⁰ PAULSEN, G. Monrad; SOVERN, I. Michael. „Public Policy“ in the Conflict of Laws. *Columbia Law Review*. 1956, vol. 56, no. 7, s. 969.

⁶⁷¹ PHILIP, Allan. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 56.

⁶⁷² LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 9.

⁶⁷³ PHILIP, Allan. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 56.

princip nejužšího spojení jako jednoho ze základních prvků novodobého mezinárodního práva soukromého.⁶⁷⁴ Výhrada veřejného pořádku je podmíněna potenciálním narušením základních výstavbových prvků státu. Při procesu aplikace cizího práva máme na mysli hmotněprávní prvky, nicméně v rámci procesu uznání a výkonu cizího soudního rozhodnutí to mohou být i prvky procesní.⁶⁷⁵ To ovšem není předmětem této práce. Přesto, že část těchto výstavbových prvků může být obsažena ve fundamentálních právních předpisech, nelze mezi ně stavět rovnítko.⁶⁷⁶

Aby bylo možné výhradu veřejného pořádku využít, musí mít posuzovaná otázka dostatečně intenzivní vztah k fóru.⁶⁷⁷ Veřejný pořádek má v tomto smyslu relativní charakter – bez intenzivního vztahu nebude výhrada použita.⁶⁷⁸ Intenzita může být prostorová či časová, respektive oba aspekty mohou být ve vzájemné kombinaci.⁶⁷⁹ Koncept blízkosti je v německé doktríně označován pojmem *Inlandsbeziehung* a je spojen s Kahnem. Přestavuje pozitivní spojení se zemí fóra, které může odůvodnit jak vyloučení aplikace cizího práva, tak přímou aplikaci imperativních norem fóra.⁶⁸⁰ Opět je patrné, stejně jako u Savignyho, počáteční neoddělování výhrady veřejného pořádku od imperativních norem a jejich společné pojmání v rámci široce vnímaného veřejného pořádku. Francouzská teorie využívá koncept omezených účinků veřejného pořádku (*effet atténué*), který byl formulován francouzskými soudy a který lze prezentovat na jednoduchém příkladu z období, kdy francouzské právo neumožňovalo rozvod manželství. Angličanka, rozvedená v Anglii, chtěla uzavřít manželství ve Francii. Francouzské soudy dospěly k závěru, že byt' by ve Francii nebylo možné manželství rozvést, musí být ve Francii respektovány účinky rozvodu v Anglii. Podobně bylo o století později postupováno v případě uznání účinků rozvodu manželství Francouzsky a Rusa dohodou v Ekvádoru. Doktrína byla vystihnuta Pilletem, podle něhož jednání, které by bylo v rozporu s veřejným pořádkem, může mít účinky, které samy o sobě jsou v souladu s veřejným pořádkem

⁶⁷⁴ WURMNEST, Wolfgang. Ordre Public (Public Policy) In: LEIBLE, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 306.

⁶⁷⁵ Viz podrobně BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 11, s. 1283-1300.

⁶⁷⁶ *Ibis*, s. 1268; Podrobněji také viz BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář*. I. díl a II. díl, Praha: C.H.Beck, 2008, s. 348 a násl.

⁶⁷⁷ PAUKNEROVÁ, Monika. § 4. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 40; KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 194.

⁶⁷⁸ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 22.

⁶⁷⁹ TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 643.

⁶⁸⁰ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 6.

(neexistence stavu manželství, což umožňuje uzavření sňatku).⁶⁸¹ Výsledkem zůstává, že oba přístupy, německý i francouzský, do značné míry korespondují. Důsledkem vzdálenosti v prostoru i čase může být omezení síly veřejného pořádku, a tedy i potřeby využití výhrady veřejného pořádku.⁶⁸² A obráceně – čím intenzivnější vztah, tím větší nebezpečí nežádoucích důsledků vůči veřejným zájmům, a tedy silnější potřeba využití výhrady.⁶⁸³ Navíc to také vypovídá o tom, že veřejný pořádek je národní – teritoriální fenomén, navíc podléhající změnám v čase. To je patrné na přístupu k některým již zmíněným otázkám, jako jsou rozvody, potraty nebo sňatky stejnopohlavních párů.

- Způsob použití

Na rozdíl od imperativních norem, které působí souběžně s aplikací rozhodného práva, jsou v souladu s rozhodným právem kvalifikovány do podoby soukromoprávních institutů a jako takové zohledněny, výhrada veřejného pořádku nalézá své uplatnění až po určení rozhodného práva, po zjištění jeho obsahu a pokusu o jeho aplikaci na soukromoprávní otázku s mezinárodním prvkem. Spočívá obecně v možnosti odmítnout aplikaci cizího práva. Toto konstatování je však příliš obecné a je potřeba jej analyzovat pečlivěji. Jednak je nutné odpovědět na otázku, vůči čemu výhrada veřejného pořádku míří, a jednak v jakém rozsahu může být výhrada použita. Odpověď na první otázku předurčuje odpověď na druhou.

Výhrada veřejného pořádku není namířena vůči cizímu právu jako takovému. Nesměruje vůči obecným pravidlům chování v podobě cizích právních norem. Výhrada nemá abstraktní použití, ale je aplikována v konkrétních případech,⁶⁸⁴ kdy vzniká rozpor s veřejným pořádkem fóra. Nelze proto hodnotit cizí právo v obecné normativní podobě,⁶⁸⁵ ale pouze v jednotlivém případě hodnotit účinky, které aplikace cizího práva vyvolává pro předmětnou otázku.⁶⁸⁶

⁶⁸¹ LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (eds.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, s. 38-40.

⁶⁸² Ibid, s. 40

⁶⁸³ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 1757; KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, s. 194.

⁶⁸⁴ PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 87.

⁶⁸⁵ To by představovalo zásah do státní suverenity – viz BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš. § 4. BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš; FIŠEROVÁ, Zuzana; HORÁK, Pavel; PTÁČEK, Lubomír; SVOBODA, Jiří. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2014, s. 27.

⁶⁸⁶ PAUKNEROVÁ, Monika. § 4. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 39.

Jestliže lze výhradu využít pouze v situaci, kdy účinky cizího práva při aplikaci před orgánem státu fóra vyvolávají rozpor s veřejným pořádkem, lze výhradu využít pouze vůči té části cizího práva, která vyvolává příslušné účinky. Tedy nikoliv vůči právu jako celku, ale jednotlivé normě, jejíž účinky jsou v rozporu s veřejným pořádkem. Následný postup se bude lišit podle toho, zda postačuje pouhé nepoužití dané cizí normy, nebo je nutné tuto normu nahradit. Vzniká potom otázka jak. Myslitelné je využití analogie v právu rozhodném, použití práva jiného státu, k němuž řešená otázka vykazuje úzký vztah, případně použití práva fóra. Bělohávek uvádí první dvě varianty, kdy první odůvodňuje tím, že prostřednictvím výhrady jsou odmítnuty pouze určité normy daného práva, nikoliv normy jiné. A první variantu preferuje s tím, že odpovídá rozumnému uspořádání vztahů. Druhou variantu považuje za náhradní.⁶⁸⁷ Naopak Pauknerová se vyslovuje spíše ve prospěch *lex fori*.⁶⁸⁸ Philip uvádí všechny varianty, aniž by se klonil k některé z nich.⁶⁸⁹ Vůči použití *lex fori* se vymezuje Wurmnest, podle něhož je docílit co nejmenší interference s původním právem. Řešení by proto mělo být co nejvíce hledáno v původním rozhodném právu a teprve v okamžiku, kdy to není možné, lze se uchýlit k právu fóra. Opět má ale být hledáno řešení co nejbližší původnímu, a to i za cenu „lehké“ adaptace pravidel fóra.⁶⁹⁰ Je evidentní, že stejně jako využití výhrady je záležitostí ryze individuálního zkoumání, stejně tak tomu bude i v případě hledání náhradního řešení za odmítnuté normy cizího práva.

- **Legislativní uchopení výhrady veřejného pořádku**

Legislativní úpravy výhrady veřejného pořádku jsou spíše minimalistické. Omezují se na konstatování, že použití ustanovení práva země určené prostřednictvím kolizních norem může být odmítnuto v případě zjevné neslučitelnosti s veřejným pořádkem místa soudu,⁶⁹¹ případně že nemůže být určité ustanovení cizího práva použito ze stejných důvodů.⁶⁹² Rozdíl to je však pouze formulační, nikoliv obsahový. Neobjevuje se definice veřejného pořádku.⁶⁹³ Německé právo doplňuje, že tak má být učiněno zejména při porušení občanských práv.⁶⁹⁴ Italské právo

⁶⁸⁷ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 11, s. 1277.

⁶⁸⁸ PAUKNEROVÁ, Monika. § 4. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 41.

⁶⁸⁹ PHILIP, Allan. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 70.

⁶⁹⁰ WURMNEST, Wolfgang. Ordre Public (Public Policy) In: LEIBLÉ, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 327.

⁶⁹¹ Článek 21 nařízení Řím I, článek 26 Nařízení Řím II

⁶⁹² § 4 ZMPS; článek 7 polského ZMPS; článek 10:6 nizozemského OZ.; článek 17 švýcarského IPRG

⁶⁹³ V tomto ohledu byla výjimečná československá úprava z roku 1963, která alespoň obecně definovala, co považuje za veřejný pořádek - takové zásady společenského a státního zřízení Československé socialistické republiky a jejího právního řádu, na nichž je nutno bez výhrady trvat.

⁶⁹⁴ Článek 6 EGBGB

specifikuje způsob výběru náhradního pravidla – primárně má být hledáno dle jiných kolizních norem, případně má být použito právo italské.⁶⁹⁵ Belgická úprava předpokládá využití analogie v rozhodném právu a jako náhradní řešení využívá belgické právo.⁶⁹⁶ Použití pouze maďarského práva jako náhradního řešení přikazuje maďarská úprava.⁶⁹⁷

- Veřejný pořádek v unijním prostředí

Na veřejný pořádek v unijním pojetí lze nahlížet ze dvou perspektiv. První z nich představuje otázka, zda existuje zvláštní unijní veřejný pořádek, respektive zda má smysl odlišovat mezi národními veřejnými pořádky členských států a veřejným pořádkem unijním. Domníváme se, že nikoliv. A to ze dvou důvodů. Jestliže stát vstoupí do Evropské unie, dává najevo, že zastává stejné hodnoty, jako státy, které již toto společenství tvoří. Krom toho přistupuje k unijnímu právu, byť samozřejmě nechceme slučovat institut veřejného pořádku a unijního práva (nicméně nelze opomíjet například Listinu základních práv Evropské unie). Navíc stát by neměl být přizván do tohoto nadstátního společenství, jestliže by ostatní státy nebyly přesvědčeny o tom, že zastává stejné hodnoty. I pokud bychom byli ochotni oddělovat hodnoty národní od hodnot unijních, v okamžiku, kdy stát vstoupí do Unie, přebírá za své i hodnoty unijní. Případný unijní veřejný pořádek (jakkoliv odmítáme jeho samostatnou existenci) se tak v okamžiku přistoupení stává veřejným pořádkem přistupujícího státu a jakékoliv další odlišování pozbývá smysl. Skutečnost, že toto odlišení lze dovodit z judikatury Soudního dvora⁶⁹⁸ je důsledkem výše vysvětlené nepřesnosti ve vnímání výhrady veřejného pořádku a imperativních norem. Radikálně se vůči koncepci unijního veřejného pořádku vymezuje i Bělohlávek.⁶⁹⁹

O poznání zajímavější je otázka, zda má uplatňování kolizního veřejného pořádku mezi členskými státy EU, respektive v situaci, kdy jako rozhodné právo je určeno právo jiného členského státu EU, stále smysl.⁷⁰⁰ Tato otázka dává smysl, což lze dovodit z judikatury Soudního dvora, byť zejména k problematice důvodu pro odmítnutí uznání cizích soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Tato judikatura je poměrně obsáhlá, nicméně pokud je analyzována perspektivou odmítacích důvodů, které byly Soudním dvorem akceptovány, jsou to důvody ryze procesního charakteru. Předběžné otázky týkající se

⁶⁹⁵ § 16 odst. 2 It.

⁶⁹⁶ Článek 21 belgického ZMPS

⁶⁹⁷ § 12 odst. 2 maďarského ZMPS (shodné řešení obsahoval i § 7 odst. 3 původního maďarského ZMPS)

⁶⁹⁸ Rozhodnutí SDEU ve věci C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd proti Benetton International NV*

⁶⁹⁹ BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 1762.

⁷⁰⁰ Viz také WURMNEST, Wolfgang. *Ordre Public (Public Policy)* In: LEIBLÉ, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 307-308; případně Franzina, *Komentář Rome I*, s. 831-832

odmítacích důvodu hmotněprávního charakteru jsou jednak ojedinělé⁷⁰¹ a navíc byly zodpovězeny odmítavě. Nutno však konstatovat, že se jednalo o oblasti standardní civilistické, respektive obchodněprávní. Dále je potřeba vnímat argument, který byl již podán výše – společné sdílené hodnoty jednotlivými členskými státy EU. Oblasti, které jsou skloňovány v souvislosti s možností využití výhrady jsou do značné míry spojovány s rodinněprávní problematikou. Důvody případných rozdílů jsou v tomto více než primárně právní spíše sociálně-kulturní. Právo pouze reflektuje sociálně-kulturní vývoj společnosti, který je navíc výrazně ovlivněn náboženstvím. A i přes odlišný náboženský vývoj v jednotlivých členských státech ve smyslu katolicismu, protestanství či posunu k ateistickým společnostem, křesťanský základ představuje pro oblast rodinného práva stejné výchozí hodnoty ve smyslu monogamie či přístupu k dětem. Jiné soukromoprávní oblasti občanskoprávní, obchodněprávní či pracovněprávní již ani ve vztahu vůči státům třetím nepředstavují patrně výrazný prostor pro využití výhrady veřejného pořádku.⁷⁰² Ovšem právě v aspektu náboženství je patrně schována odpověď na otázku, zda kolizní výhrada veřejného pořádku má stále mezi členskými státy EU smysl. V náhledu na rodinu, co je základem tohoto institutu, zda se jedná o soužití muže a ženy, nebo zda rodinu může založit i stejnopohlavní pár, panují stále mezi jednotlivými státy EU rozdíly. Nechceme se na tomto místě pouštět do diskuze, zda se jedná o názory politických reprezentací, nebo političtí zástupci reflektují i široce zastávané názory ve společnosti. Diskuze vyvolává i názor na možnost adopce dítěte stejnopohlavním párem, respektive adopce dítěte jednoho z partnerů (manželů) partnerem (manželem) druhým.⁷⁰³ Koneckonců tato problematika úzce souvisí právě s výše nastíněným pojetím rodiny. Nedomníváme se proto, že

⁷⁰¹ Rozhodnutí SDEU ve věci C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA proti Maxicar SpA a Orazio Formento*

⁷⁰² Zmínit lze například problematiku „punitive damages“ a přístup, který zaujal český Nejvyšší soud v rozsudku 30 Cdo 3157/2013, které je cenné nejenom pro svůj závěr, ale pro pečlivou analýzu přístupů k „punitive damages“ zaujatých soudy v jiných evropských státech, ale i v jednotlivých státech USA. Český Nejvyšší soud na základě své analýzy odmítl použití výhrady veřejného pořádku vůči sankční náhradě škody obecně. Naopak připustil použití tohoto institutu, když vyšší (intenzivnější) újma ospravedlňuje vyšší náhradu, a dále to, když nejsou kompenzační a sankční složka náhrady ve zjevném nepoměru ve prospěch sankční složky (tj. zda není kompenzační složka náhrady újmy zjevně nižší než složka sankční) a když výše náhrady nepřipustným způsobem nezasahuje do majetkových práv povinné osoby (tj. není likvidační, nemá rdousící efekt).

⁷⁰³ V této souvislosti lze zmínit rozhodnutí českého Ústavního soudu I. ÚS 3226/16. Zajímavé je i odůvodnění, které do jisté míry koresponduje s francouzským konceptem omezených účinků veřejného pořádku: „*Povinnost státu respektovat právo na rodinný život nespočívá jen v tom, že nesmí bránit osobám majícím mezi sebou rodinné vazby, aby spolu žily a tyto vztahy realizovaly. V případě, že mezi osobami rodinný život, vzniklý na legální bázi, již existuje, je povinností všech orgánů veřejné moci jednat tak, aby se tento vztah mohl rozvíjet, a musí být respektovány právní záruky, které chrání vztahy dítěte a jeho rodiče.*“ Dva homosexuální muži jsou dle kalifornského práva rodiči dítěte odnošeného náhradní matkou. Jeden z mužů má české občanství, tento byl také u dítěte v české matrice zapsán jako otec dítěte. To samé nárokoval druhý otec, ale jeho nárok byl standardní soudní soustavou zamítnut. Ústavní soud rozsudek Nejvyššího soudu zrušil. Zdůraznil ale, že se jedná o specifickou situaci, kdy manželství vzniklo a rodičovství bylo konstituováno podle cizího práva. A tyto účinky vzniklé dle cizího práva Ústavní soud akceptoval i pro území České republiky. Nelze z toho proto dovozovat stejný postoj i vůči adopcím stejnopohlavními páry, které by měly být realizovány v České republice.

uzrál čas na vypuštění výhrady veřejného pořádku z prostředí vnitrouijních soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Nicméně je možné, snad i pravděpodobné, že i u těchto rodinně-právních otázek dojde ke sblížení představ v jednotlivých členských státech, a poté bude možné se k otázce potřeby výhrady veřejného pořádku mezi členskými státy EU vrátit.

8 Závěr

Co je to neutrální kolizní řešení a je možné v současné době o takovém řešení stále hovořit? V současných diskuzích týkajících se mezinárodního práva soukromého se často v souvislosti s kolizními normami objevuje volání po právní jistotě a předvídatelnosti na straně jedné a zároveň flexibilitě, dosahování individuálně spravedlivého řešení na straně druhé. A to včetně otázek, zda jsou tyto hodnoty ve vzájemném protikladu, nebo je možné nějakým způsobem spojit a využít v kolizním řešení souběžně.

Neutrální kolizní řešení je založeno na propojení skutkového stavu a státního území, přičemž toto propojení má teritoriální charakter. Skutkový stav je napojen na území státu, s nímž vykazuje nejužší spojení. A právo tohoto státu se následně považuje za právo vhodné pro právní regulaci dané skutkové otázky. Bez ohledu na obsah tohoto právního řádu. Nezbytným předpokladem takového řešení je východisko v podobě rovnosti jednotlivých právních řádů, a tudíž i jejich vzájemné zaměnitelnosti. Aby byla zajištěna právní jistota v podobě předvídatelnosti výběru, existují kolizní normy. Tento koncept, který je připisován Savignymu, byl a stále je funkční. Faktem nicméně zůstává, že s rozvojem mezinárodních právních vztahů, s postupující globalizací, nárůstem objemu spotřebitelských právních vztahů realizovaných přeshraničně, vznikem nadnárodních korporací schopných využívat rozdíly v právních rádech pro svůj benefit se zvyšoval tlak na mezinárodní právo soukromé a objevovaly se, případně se zintenzivňovaly požadavky, aby tato právní disciplína byla schopna na tyto změny reagovat.

Určité mechanismy byly vnímány již v době formování teorií stojících u zrodu stávající koncepce mezinárodního práva soukromého. Jsou to mechanismy, které se snaží reflektovat veřejné zájmy, ať již formou jejich prosazování, tak v podobě jejich ochrany. Výhrada veřejného pořádku jako nástroj ochrany těch nejdůležitějších veřejných zájmů či imperativní normy jako nástroj k prosazení široké skupiny politických, ekonomických či sociálních zájmů. Proto od samotného počátku soudobého mezinárodního práva soukromého byla vnímána potřeba uchopit imperativní normy, případně umožnit výhradu vůči použití cizího práva, jestliže by účinky jeho aplikace narušily představy o fungování společnosti aplikujícího státu. Tyto nástroje však nepostačovaly. Nebyly sto reagovat na všechny objevující se požadavky – ochrana spotřebitele či zaměstnance, reflexe slabšího postavení dítěte v rodinně-právních vztazích, snaha internacionalizovat právní vztah bez mezinárodního prvku, odlišné vnímání různých aspektů právní vztahů, kdy některé jsou vnímány liberálněji, jako třeba náležitost formy právního jednání u smluvních závazkových vztahů, a naopak některé přísněji, jako třeba

náležitosti subjektu. Nebo jen v důsledku změn socio-ekonomické reality vznikla potřeba kolizně řešit otázky, u nichž to nebylo nutné, navíc způsobem, který právě s ohledem na výše zmíněné požadavky individuální spravedlnosti vyžadoval určitou variabilitu kolizního řešení, která by „jen“ respektovala možnou variabilitu skutkové reality.

Neutrální, tradiční, jednoduché kolizní řešení proto začalo být doplňováno způsoby, které více či méně umožňují se od oné jednoduchosti odchýlit. Způsobů je celá řada a některé z nich sice umožňují odchylku od oné jednoduchosti, aniž by ovšem nutně v sobě zahrnovali zohlednění výsledku. Tedy umožňují například zapojit subjektivní prvek, který ovšem v základní rovině nenarušuje onu neutralitu kolizního řešení ve smyslu současného zahrnutí výsledného dopadu rozhodného práva. Volba práva může být pojímána jako odchylka, nicméně zároveň je to projev autonomie vůle stran, kterou standardně právní řády respektují, navíc v moderních úpravách je to stěžejní pravidlo u smluvních závazkových vztahů a stále častěji se dostává i do dalších oblastí – například mimosmluvní závazky, dědické právo. Stejně tak by bylo možné jako odchylku od jednoduchého kolizního řešení zajišťujícího větší míru flexibility vnímat hraniční určovatel postavený na nejužším spojení. Ale i toto řešení je nyní vnímáno spíše jako standard, navíc opět představuje řešení neutrální, protože toto nejužší spojení má teritoriální charakter bez zohlednění materiálního výsledku.

Hromadění hraničních určovatelů, což je příklad další odchylky, již v sobě materiální aspekt zahrnout může. V případě alternativních hraničních určovatelů, kdy se rozšiřuje okruh potenciálně použitelných právních řádů, se zároveň v důsledku toho zvyšuje pravděpodobnost dosažení určitého výsledku hmotněprávního – adopce dítěte, platnost právního jednání z hlediska formy. Kaskáda hraničních určovatelů není formulována s cílem *in favorem* nějakého výsledku, ale umožňuje reflektovat variabilitu faktické reality, kterou chce kolizní norma regulovat. A zároveň zakomponovat aspekt individuální spravedlnosti – například u odpovědnosti za výrobek umožňuje reflektovat spotřebitelskou mobilitu jak při pořizování výrobků, tak jejich užívání, stejně jako prvek vědomosti na straně výrobce, což umožňuje vyrovnání pozic a zajištění dostatečné spravedlnosti. Naopak kumulace hraničních určovatelů umožňuje typicky zahrnout vlastní právo do celkového řešení vztahu s mezinárodním prvkem a díky tomu zajistit minimální standard v případě, kdy je nárok s mezinárodním prvkem uplatňován po vlastním občanovi, jako tomu bylo u „double-actionability“ deliktčního pravidla.

Další variantou, která má za cíl zajištění větší flexibility, je použití únikové doložky. Zde ovšem docházíme k obdobnému závěru, jako v případě flexibilních hraničních určovatelů. Smyslem

únikových doložek je umožnit reagovat na taková kolizní pravidla, které jsou sice vyhovující pro většinu skutkových stavů, nicméně mohou v některých případech vést k použití práva, které nevykazuje s řešenou právní otázkou to nejužší spojení. Únikové doložky, byť by to samozřejmě byly schopny zajistit, nejsou v současném mezinárodním právu soukromém využívány za účelem zohlednění materiálního výsledku, tj. v situaci, kdy se účinky aplikace cizího práva jeví jako nevyhovující. Jedná se vlastně o obecný, pojistný flexibilní hraniční určovatel, postavený na teritoriálním základu. A představují tak návrat k tomu nejryzejšímu neutrálnímu koliznímu řešení. Proto jsme je byli nuceni ve výsledku odmítnout jako zástupce odchylek s materiálním nádechem.

Naopak zřetelným odchýlením se od neutrálního kolizního řešení materializovaným směrem jsou různé podoby materializace kolizního řešení, ať se jedná o materializaci procesu výběru, nebo (a priori) materiální kolizní řešení. Materializace procesu může spočívat v požadavku na porovnání právních řádů, přičemž jeden z nich je typicky právem fóra, a výběru toho, podle něhož je požadovaný výsledek dosažen lépe, eventuálně jej lze vůbec dosáhnout. Tento mechanismus je využíván zejména v oblasti rodinného práva u otázek jako je například určení rodičovství, u adopce či rozvodů. Další podobou materializace procesu výběru může být porovnávání právních řádů a použití nikoliv toho vhodnějšího, ale porovnání a případné doplnění jednoho právního řádu ochrannými mechanismy práva jiného (nikoliv nutně práva fóra). Tato varianta je využívána například v unijní kolizní úpravě spotřebitelských či pracovněprávních vztahů. O materiálním kolizním řešení hovoříme v situacích, kdy je materializace daná a priori, tj. není výsledkem porovnání během procesu výběru, ale daný výsledek je předem stanoven. To je využíváno při snaze o internacionalizaci jinak vnitrostátního vztahu, nebo snaze o vnější internacionalizaci vztahu sice s mezinárodním prvkem, ale pouze intraunijního charakteru. V takových případech je zvolené právo omezeno kogentními normami buď státu, s nímž je jinak právní vztah pouze spojen, či unijního práva. Úprava je využívána v nařízeních Řím I a Řím II.

Již zmíněnými, evidentními odchylkami jsou imperativní normy a výhrada veřejného pořádku. Oba nástroje sice pracují s veřejným zájmem, každý ovšem odlišným způsobem. Imperativní normy jsou jednotlivá pravidla chování, veřejnoprávní povahy, jejichž prostřednictvím stát zabezpečuje řadu svých zájmů – ve prospěch společnosti, proto je možné tyto zájmy označit za veřejné. Použití těchto norem stát vynucuje vůči jednomu ze subjektů právního vztahu bez ohledu na rozhodné právo. Navíc je typicky schopen nedodržení těchto norem veřejnoprávně sankcionovat. Jejich aplikace z pozice fóra není zpochybňována. Jejich aplikace či alespoň jiná

forma zohlednění z pozice norem náležejících k jinému právu než fóru odpovídá snaze o spravedlivé řešení soukromoprávní otázky s mezinárodním prvkem, respektive jejich nezohlednění by s největší pravděpodobností vedlo k nespravedlivému výsledku.

Lze tedy i v současnosti hovořit o neutrálním kolizním řešení? Máme zato, že ano. Výše popsané odchylky existují. Nejedná se ovšem o situace standardní. Výhrada veřejného pořádku má být používána zcela výjimečně. Imperativní normy, respektive imperativní situace představují specifické situace, kdy je soukromoprávní otázka ovlivňována veřejnoprávní normou. Tuto veřejnoprávní normu je potřeba soukromoprávně uchopit a dovodit příslušné soukromoprávní důsledky. Navíc typicky v situaci procesního vymáhání civilního nároku. Ochrana spotřebitelů, zaměstnanců nebo dětí není jen doménou mezinárodního práva soukromého, ale je vnímána jako „běžná“ i v rovině standardní civilistické – proto se nedomníváme, že tyto případy narušují celkový pohled na kolizní neutralitu. Hromadění hraničních určovatелů s cílem dosažení určitého hmotněprávního výsledku je opět doménou buď rodinného práva, případně několika vybraných aspektů, u nichž vedou spíše k vyšší míře právního liberalismu. Neutrální kolizní řešení ve smyslu onoho horizontálního, teritoriálního uchopení se proto i nadále uplatňuje u většiny soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Je patrně možné konstatovat, že neutralita je omezenější, než byla v době Savignyho. V některých aspektech je to ovšem možné vnímat spíše jako výhodu (rodinně-právní otázky), v jiných aspektech je to logický důsledek socio-ekonomických a politických změn společnosti, které sice možná o něco méně než hmotné právo, ale i přesto dopadají na mezinárodní právo soukromé.

9 Abstract

Private international law is based on the assumption that the laws are equal and can be replaced for the purpose of regulating a private-law issue with an international element. In order to ensure legal certainty in terms of the foreseeability of the solution, private international law formulates conflict-of-law rules, the task of which is to select the law. Historically, the choice-of-law mechanism is perceived as a neutral mechanism. Neutral in the sense that it links the legal issue to the territory of the state with which the legal issue has the closest connection. At the same time, it is assumed that the legal order of such a state is suitable to regulate a private-law issue with an international element. This concept, which is attributed to Savigny, was and still is working. However, it is true that the development of international legal relations, the increasing globalization, the increase in the volume of cross-border consumer legal relations, the existence of multinational corporations capable of exploiting the differences in the legal systems for their benefit increased the pressure on private international law so that this legal discipline is able to respond to these changes.

Certain mechanisms have been perceived already at the time of the formation of theories standing at the birth of the current concept of private international law. These are mechanisms that seek to reflect public interests, whether in the form of their enforcement or in the form of their protection. *Ordre public* as a tool to protect the most important public interests or overriding mandatory rules as a tool to promote a wide range of political, economic or social interests. Therefore, since the very beginning of contemporary international private law, the need to take into account imperative norms or to allow a reservation on the use of foreign law if the effects of its application disrupted the notions of the functioning of the society of the applying state. However, these tools did not suffice. They did not respond to all emerging situations - consumer or employee protection, the reflection of the weaker position of the child in family-law relations, the attempt to internationalize the legal relationship without an international element, the different perceptions of the various aspects of legal relationships. Or, just as a result of changes in socio-economic reality, there was a need to solve conflicting issues that were not previously necessary.

There are many types of deviation from a neutral choice-of-law concept. This work has only focused on those which may have a substantive aspect, i.e. they can target neutral choice-of-law concept towards the desired material outcome. To categorize these mechanisms, we have chosen to link them to the time line of the foreign law application process. Firstly, however, the

work defines what was and is perceived as a neutral choice-of-law concept and presents contemporary discussions, which result in analysed deviant mechanisms. For the sake of clarity, there are quite different concepts of how to choose the applicable law that have arisen especially in the United States and which completely deny the very choice-of-law method of choosing the applicable law. If we return to the choice-of-law method, the selection of the applicable law is implemented through the connecting factors. In the case of the use of a number of connecting factors, it is possible to achieve different substantive objectives - from increasing the probability of achieving a certain substantive result through alternative connecting factors, taking into account a larger number of aspects of the facts by using the cascade of connecting factors to increasing the rigidity of the solution by cumulation of connecting factors. The materialization of a choice-of-law concept arises at the moment when during the process of determination of the applicable law. It is realised through the comparison of the applicable law with another law, resulting in the use of either a more appropriate law or a combination of the law designated, but at the same time applying safeguards from another law. Overriding mandatory rules and *ordre public* allow for public interests to be taken into account. Overriding mandatory rules serve to promote public interests regardless of the applicable law and are used simultaneously with the application of the applicable law. On the contrary, the *ordre public* is used to protect the most important values of each state. It will be used when the effects of the application of a foreign law conflict with these values.

All these mechanisms have been analysed. Even though neutral choice-of-law concept is affected by all these mechanisms in various ways, they are still mechanisms that only address a certain area of legal issues and are not generally applied. Therefore, the idea of a generally choice-of-law concept is not undermined by these mechanisms.

10 Seznam pramenů

10.1 Monografie a kapitoly v monografii

1. BACH, Ivo. Art. 4 Rome II. In: HUBER, Peter (ed.). *Rome II Regulation: pocket Commentary*. Munich: Sellier. European law publishers, 2011, s. 64-113.
2. BASEDOW, Jürgen. *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*. Amersfoort: Brill/Nijhoff, 2015, 662 s.
3. BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Public Policy and Public Interest in International Law and EU Law. In: BĚLOHLÁVEK, J. Alexander; ROZEHNALOVÁ, Naděžda (eds.). *Czech Yearbook of International Law. Volume III – 2012*. New York: Juris Publishing, s. 117-147.
4. BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Římská úmluva a Nařízení Řím I: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2009, 2850 s.
5. BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. I. díl a II. díl*, Praha: C.H.Beck, 2008, 2408 s.
6. BONOMI, Andrea. Conversion of the Rome Convention into an EC Instrument. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume V – 2003*. The Hague: Kluwer Law International, Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2004, s. 53-97.
7. BONOMI, Andrea. Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulations on the Law Applicable to Contracts. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume X – 2008*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2009, s. 285-299.
8. BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš. § 4. In: BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš; FIŠEROVÁ, Zuzana; HORÁK, Pavel; PTÁČEK, Lubomír; SVOBODA, Jiří. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2014, s. 23-34.
9. BŘÍZA, Petr. § 24. BŘÍZA, Petr; BŘICHÁČEK, Tomáš; FIŠEROVÁ, Zuzana; HORÁK, Pavel; PTÁČEK, Lubomír; SVOBODA, Jiří. *Zákon o mezinárodním právu soukromém: komentář*. Praha: C.H.Beck, 2014, s. 151-154.
10. COLLINS, Lawrence. Comity in Modern Private International Law. In: FAWCETT, James (ed.). *Reform and Development of Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 89-109.
11. DE BOER, M. Ted. Party Autonomy And Its Limitations in the Rome II Regulation. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law*.

- Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 19-29.
12. DE WINTER, I. Louis. Nationality or Domicile? The Present State of Affairs. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1969*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, 1970, vol. 128, s. 347-503.
 13. DICKINSON, Andrew. *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 797 s.
 14. DOGAUCHI, Masato. Four-Step Analysis of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, vol. 315, s. 9-140.
 15. EBRAHIMI, Seyed Nasrollah. *Mandatory Rules and other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations*. London: Athena Press, 2005, 486 s.
 16. ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo. *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011, 409 s.
 17. FRANZINA, Pietro. Art. 21. In: MAGNUS, Ulrich; MANKOWSKI, Peter (eds.). *European Commentaries on Private International Law (ECPIL): commentary. Volume II. Rome I Regulation*. Köln: Otto Schmidt, 2017, 902 s.
 18. FUCHS, Angelina. Art. 16 Rome II. In: HUBER, Peter (ed.). *Rome II Regulation: pocket Commentary*. Munich: Sellier. European law publishers, 2011, s. 352-365.
 19. FUMAGALLI, Luigi. EU Private International Law and The Public Policy Exception. Law. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul; BONOMI, Andrea (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume VI – 2004*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2005, s. 171-183.
 20. GRYGAR, Jiří. § 54. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 363-366.
 21. HAY, Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on Current European and United States Conflicts Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1991*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1992, vol. 226, s. 281-412.
 22. HUBBER, Peter; ILLMER, Martin. International Product Liability. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 31-47.

23. JUENGER, K. Friedrich. General Course on Private International Law (1983). In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1985*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1986, vol. 193, s. 119-388.
24. KALENSKÝ, Pavel. *Trends of Private International Law*. Prague: Academia, 1971, 308 s.
25. KAYE, Peter. *Private International Law of Tort and Product Liability: Jurisdiction, Applicable Law and Extraterritorial Protective Measures*. Dartmouth: University of East Anglia, 1991, 246 s.
26. KEGEL, Gerhard. Fundamental Approaches. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr 1986, vol. 3, 77 s.
27. KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Doplněk, 2009, 462 s.
28. KUČERA, Zdeněk; PAUKNEROVÁ, Monika; RŮŽIČKA, Květoslav a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. Plzeň – Brno: Aleš Čeněk – Doplněk, 2015, 430 s.
29. KUČERA, Zdeněk; TICHÝ, Luboš. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním: komentář*. Praha: Panorama, 1989, 362 s.
30. KYSELOVSKÁ, Tereza; ROZEHNALOVÁ, Naděžda a kol. *Rozhodování Soudního dvora EU ve věcech příslušnosti (analýza rozhodnutí dle nařízení Brusel Ibis)*. Brno: Masarykova univerzita, 2014, 514 s.
31. LAGARDE, Paul. Public Policy. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1991, vol. 3, 61 s.
32. LANDO, Ole. The Conflict of Laws of Contracts. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1984*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1988, vol. 189, s. 225-448.
33. LIPSTEIN, Kurt. The General Principles of Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1972*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1973, vol. 135, s. 97-230.
34. MILLS, Alex. The Application Of Multiple Laws Under The Rome II Regulation. In: BINCHY, William; AHERN, John (eds.). *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 133-152.
35. MORSE, Christopher George John. Torts in Private International Law. In: GRAVESON, H. Ronald (ed.). *Problems in Private International Law*. Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1978, 411 s.

36. MOSCONI, Franco. Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1989*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1990, vol. 217, s. 13-214.
37. NISHITAMI, Yuko. The Rome II Regulation from a Japanese Point of View. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 175-192.
38. NOVÁKOVÁ, Markéta. § 62. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 420-424.
39. PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. General Course of Private International Law: selected problems. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1988*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, vol. 210, s. 9-224.
40. PAUKNEROVÁ, Monika. § 3. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 31-36.
41. PAUKNEROVÁ, Monika. § 4. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 37-53.
42. PAUKNEROVÁ, Monika. § 24. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 173-181.
43. PAUKNEROVÁ, Monika. § 25. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 181-189.
44. PAUKNEROVÁ, Monika. Escape Clauses and Legal Certainty in Private International Law. In: BONOMI, Andrea; ROMANO, Gian Paolo (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume XVIII – 2016/2017*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2017, s. 61 – 82.
45. PAUKNEROVÁ, Monika. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. Praha: C.H.Beck, 2008, 441 s.
46. PAUKNEROVÁ, Monika. Všeobecný úvod – teoretická východiska. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a

- kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém*. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. LV-LXXII.
47. PAUKNEROVÁ, Monika; BRODEC, Jan. Czech Republic and Slovak Republic. In: ESPLUGUES, Carlos; IGLESIAS, José Luis; PALAO, Guillermo (eds.). *Application of Foreign Law*. Munich: Sellier, 2011. Munich: Sellier, 2011, s. 173-181.
48. PFEIFFER, Magdalena. § 42. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém*. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 280-286.
49. PHILIP, Allan. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1959*. The Netherlands: A. W. Sijthoff, Leyde, 1968, vol. 96, s. 1-73.
50. REMIEN, Oliver. Closest Connection and Escape Clauses. In: LEIBLÉ, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 211-224.
51. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. § 86. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém*. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 580-594.
52. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. § 87. In: PAUKNEROVÁ, Monika; ROZEHNALOVÁ, Naděžda; ZAVADILOVÁ, Marta a kol. *Zákon o mezinárodním právu soukromém*. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 595-608.
53. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Instituty českého mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, 272 s.
54. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Závazky ze smluv a jejich právní režim (se zvláštním zřetelem na evropskou kolizní úpravu)*. Brno: Masarykova univerzita, 2010, 273 s.
55. ROZEHNALOVÁ, Naděžda; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza; VALDHANS, Jiří. *Úvod do mezinárodního práva soukromého*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2017, 304 s.
56. ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří. A Few Observations on Choice of Law. In: BĚLOHLÁVEK, Alexander; ROZEHNALOVÁ, Naděžda (eds.). *Czech Yearbook of International Law*. New York: Juris Publishing, 2010, s. 3-24.
57. ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří. Overriding Mandatory Rules, Rules of Safety, Protective Mandatory Rules and Other Limits on Application of Law Determined by Conflict-of-law Rules under the Rome I and Rome II Regulations. In: MIKOŁAJCZYK, Barbara (ed.). *Free Movement of Goods and Persons Across the Polish – Czech – Slovak Borders*. Katowice: Oficyna Wydawnicza, 2012, s. 49-63

58. ROZEHNALOVÁ, Naděžda; VALDHANS, Jiří; DRLIČKOVÁ, Klára; KYSELOVSKÁ, Tereza. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie: (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, 445 s.
59. RÜHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. In: GOTTSCHALK, Eckart a kol. (eds.). *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 153 s.
60. SCHÄFER, Kerstin Ann-Susann. *Application of Mandatory Rules in the Private International Law of Contracts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2010, 365 s.
61. SIEHR, Kurt. General Problems of Private International Law in Modern Codifications. In: VOLKEN, Paul; BONOMI, Andrea (eds.). *Yearbook of Private International Law*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2006, s. 17-61.
62. KINCL, Jaromír; URFUS, Valentin; SKŘEJPEK, Michal. *Římské právo*. Praha: C.H. Beck, 1995, 386 s.
63. SONNENBERGER, Hans Jürgen. Overriding Mandatory Provisions. In: LEIBLE, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 117-128.
64. SYMEONIDES, C. Symeon. Codification and Flexibility in Private International Law. In: BROWN, K. Karen; SNYDER, V. David (eds.). *General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer, 2011, s. 167-190.
65. SYMEONIDES, C. Symeon. *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2014, 411 s.
66. SYMEONIDES, C. Symeon. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law. In: BORCHERS, Patrik; ZEKOLL, Joachim (eds.). *International Conflict of Laws For the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Leiden/Boston: Brill, Nijhoff, Transnational Publishers, 2001, s. 125-140.
67. SYMEONIDES, C. Symeon. *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress?* The Hague, Boston: Kluwer Law International, 2000, 512 s.
68. SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II: A Centrist Critique. In: BONOMI, Andrea; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume IX – 2007*. Munich: Sellier. European Law Publishers; Berne: Staempfli Publishers Ltd; Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 2008, s. 149-173.

69. SYMEONIDES, C. Symeon. *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future Account*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 480 s.
70. TÝČ, Vladimír. K některým kolizním otázkám náhrady škody ex delicto. In: *Sborník prací učitelů Právnické fakulty – VII*. Brno: Universita J.E.Purkyně, 1977, 188 s.
71. VALDHANS, Jiří. *Právní úprava mimosmluvních závazků s mezinárodním prvkem*. Praha: C.H.Beck, 2012, 263 s.
72. VAN CALSTER, Geert. *European Private International Law*. Oxford: Hart Publishing, 2016, 520 s.
73. VISCHER, Frank. Connecting Factors. In: KURT, Lipstein (ed.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Tübingen: J.C.Mohr, 1999, vol. 3, 33 s.
74. VISCHER, Frank. General Course on Private International Law. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1992*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, vol. 232, s. 9-256.
75. VON OVERBECK, E. Alfred. The Fate of Two Remarkable Provisions of the Swiss Statute on Private International Law. In: ŠARČEVIĆ, Petar; VOLKEN, Paul (eds.). *Yearbook of Private International Law. Volume I – 1999*. The Hague: Kluwer Law International, Lausanne: Swiss Institute of Comparative Law, 1999, s. 119-133.
76. WEINTRAUB, J. Russell. “Rome II: Will it Prevent Forum Shopping and Take Account of the Consequences of Choice of Law?” In: BINCHY, William; AHERN, John (eds.). *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 47-55.
77. WEINTRAUB, J. Russell. Functional Developments in Choice of Law for Contracts. In: *Recueil des cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1984*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, vol. 187, s. 239-306.
78. WURMNEST, Wolfgang. Ordre Public (Public Policy) In: LEIBLE, Stefan (ed.). *General Principles of European Private International Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International BV, 2016, s. 305-329.
79. ZIMMERMANN, Michal Arturovič. *Mezinárodní právo soukromé*. Brno: Právník, 1933, 445 s.

10.2 Odborné články

1. BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Nařízení „Řím II“ vstoupilo v platnost. *Právní zpravodaj*. 2007, roč. 7, č. 10, s. 6-8.

2. BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 11, s. 1267-1301.
3. BĚLOHLÁVEK, J. Alexander. Význam mezinárodního prvku v závazkových vztazích. *Právník*. 2006, roč. 145, č. 5, s. 568-578.
4. BISPING, Christopher. Mandatorily Protected: The Consumer in the European Conflict of Laws. *European Review of Private Law*. 2014, vol. 22, no. 4, s. 513-544.
5. BOELE-WOELKI, Katharina; VAN ITERSÓN, Dorothea. The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities. *Electronic Journal of Comparative Law*. 2010, vol. 14.3, s. 1-31.
6. CARRUTHERS, M. Janeen; CRAWFORD, B. Elizabeth. Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of law Rules for Non-Contractual Obligations: Part I. *Edinburg Law Review*. 2004-2005, č. 1, s. 65-97.
7. CAVERS, F. David. „Habitual Residence“: A Useful Concept?. *The American Law University Review*. 1972, vol. 21, s. 475-493.
8. DE BOER, M. Ted. The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules. *Netherlands International Law Review*. 2009, vol. 56, no. 3, s. 295-332.
9. DE BOER, M. Ted. Living Apart Together: The Relationship between Public and Private International Law. *Netherlands International Law Review*. 2010, vol. 57, no. 2, s. 183-207.
10. DONNER, B. Důkaz a použití cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1957, s. 107-130.
11. EHRENZWEIG, A. Albert. A Counter: Revolution in Conflicts Law? From Beale to Cavers. *Harvard Law Review*. 1966, vol. 80, no. 2, s. 377-401.
12. FARRELY, M. J. The Basis of Private International Law. Current Theories of the Nature of Private International Law. *Law Quarterly Review*. 1983, č. 3.
13. FIORINI, Aude. The Cofification of Private International Law: The Belgian Experience. *The International and Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, no. 2, s. 499-519.
14. FORSYTH, Christopher. The Eclipse of Private International Law Principle? The Judicial Process, Interpretation and the Dominance of Legislation in the Modern Era. *Journal of Private International Law*. 2005, vol. 1, no. 1, s. 93-113.
15. GRAZIANO, Thomas Kadner. The Law Applicable to Product Liability: The Present State of the Law in Europe and Current Proposals for Reform. *International & Comparative Law Quarterly*. 2005, vol. 54, č. 2, s. 475-488.

16. GRAZIANO, Thomas Kadner. The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Traffic Accidents and Product Liability – Interaction, Conflicts and Future Perspectives. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*. 2008, vol. 26, č. 4, s. 425-429.
17. HARTLEY, C. Trevor. Choice of Law for Non-Contractual Liability: Selected Problems under the Rome II Regulation. *International & Comparative Law Quarterly*. 2008, vol. 57, č. 4, s. 899-908.
18. ILLMER, Martin. The New European Private International Law of Product Liability – Steering Through Troubled Waters. *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*. 2009, vol. 73, no. 2, s. 269-313.
19. KALENSKÝ, Pavel. Podstata a aplikace cizího práva. *Studie z mezinárodního práva soukromého*. 1968, s. 41-63.
20. KALENSKÝ, Pavel. Právo mezinárodního obchodu a dosah „ius cogens“. *Právní zpravodaj čs. zahraničního obchodu*. 1975, roč. 20, č. 3-4, s. 14-18.
21. KEGEL, Gerhard. Story and Savigny. *The American Journal of Comparative Law*. 1989, vol. 37, no. 1, s. 39-66.
22. KRÁL, Richard. Ke kolizní úpravě občanskoprávní mimosmluvní odpovědnosti. *Právník*. 1989, roč. 128, č. 8, s. 687-695.
23. KRAMER, E. Xandra. The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European Private International Law Tradition Continued. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*. 2008, vol. 26, no. 4, s. 414-424.
24. KUČERA, Zdeněk. Struktura a třídění kolizních norem. *Studie z mezinárodního práva*. 1982, č. 16, s. 43-89.
25. LEFLAR, A. Robert. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations. *California Law Review*. 1966, vol. 54, no. 4, s. 1584-1598.
26. MANCE, Lord. The Future of Private International Law. *Journal of Private International Law*. 2005, vol. 1, no. 2, s. 185-195.
27. McCAFFREY, Stephen. The Swiss Draft Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1980, vol. 28, no. 2, s. 235-285.
28. MILLS, Alex. The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *Journal of Private International Law*. 2008, vol. 4, no. 2, s. 201-236.
29. MORSE, Christopher George John. Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1992, vol. 41, no. 1, s. 1-21.

30. NADELMANN, H. Kurt. Choice of Law Resolved by Rules or Presumption with an Escape Clause. *The American Journal of Comparative Law*. 1985, vol. 33, no. 2, s. 297-309.
31. NADELMANN, H. Kurt. The EEC Draft of a Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual. *The American Journal of Comparative Law*. 1973, vol. 21, no. 3, s. 584-592.
32. OKOLI, Chukwuma Samuel Adesina; ARISHE, Gabriel Omoshemime. The Operation of the Escape Clauses in the Rome Convention, Rome I Regulation and Rome II Regulation. *Journal of Private International Law*. 2012, vol. 8, no. 3, s. 513-545.
33. PAUKNEROVÁ, Monika. Private International Law in the Czech Republic: Tradition, New Experience and Prohibition of Discrimination on Grounds of Nationality. *Journal of Private International Law*. 2008, vol. 4, no. 1, s. 83-105.
34. PAUKNEROVÁ, Monika. Prostor pro uvážení v českém mezinárodním právu. *Právník*. 2016, vol. 155, no. 1, s. 12-28.
35. PAUKNEROVÁ, Monika. Přímá aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. *Studie z mezinárodního práva*. 1984, s. 145-179.
36. PAUKNEROVÁ, Monika. Přímě použitelné administrativně právní normy a Mezinárodní právo soukromé. *Právník*. 1983, vol. 122, s. 477-489.
37. PAUKNEROVÁ, Monika; PFEIFFER, Magdalena. The New Act on Private International Law in the Czech Republic: Starting Points and Perspectives Within the European Union. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 10, no. 2, s. 205-226.
38. PAULSEN, G. Monrad; SOVERN, I. Michael. „Public Policy“ in the Conflict of Laws. *Columbia Law Review*. 1956, vol. 56, no. 7, s. 969-1016.
39. PFEIFFER, Magdalena. Legal Certainty and Predictability in International Succession Law. *Journal of Private International Law*. 2016, vol. 12, no. 3, s. 566–586.
40. PFEIFFER, Magdalena. Selected Issues of the Re-codified Czech Private International Law - A Comparative Czech-Korean Perspective. *Prague Law Working Paper Series*. 2015, vol. I, no. 5, s. 1-10.
41. REED, Gretchen Sohn. Domicile and Nationality in Comparative Conflict of Laws. *University of Pittsburg Law Review*. 1961, vol. 23, no. 4, s. 979-992.
42. ROHLÍK, Josef. Poznámka k novým tendencím při posuzování náhrady škody ex delicto v mezinárodním právu soukromém. *Časopis pro mezinárodní právo*. 1966, roč. 10.
43. RÜCKERT, Joachim. Friedrich Carl von Savigny, the Legal Method, and the Modernity of Law. *Juridica International*. 2006, vol. 1, s. 55-67.

44. RÜHL, Giesela. Consumer Protection in Choice of Law. *Cornell International Law Journal*. 2011, vol. 44, no. 3, s. 569-601.
45. SCHUZ, Rhona. Lessons from choice of law in tort in Israel: the rise and fall of the “contacts” approach; the fortuitousness exception and rejection of the common habitual residence exception. *Journal of Private International Law*. 2015, vol. 11, no. 3, s. 444-504.
46. SCHWARTZE, Andreas. A European regime on international product liability. Article 5 Rome II Regulation. *Nederlands Internationaal Privaatrecht*. 2008, vol. 26, č. 4, s. 430-434.
47. SIMSON, J. Gary. The Choie-of-Law Revolution in the United States: Notes on Rereading von Mehren. *Cornell International Law Journal*. 2003, vol. 36, no. 1, s. 125-134.
48. SYMEONIDES, C. Symeon. Civilian Statutes and Judicial Discretion. *Lousiana Law Preview*. 2016, vol. 76, s. 1125-1140.
49. SYMEONIDES, C. Symeon. Exception Clauses in American Conflicts Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1994, vol. 42, no. 2, s. 813-866.
50. SYMEONIDES, C. Symeon. Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1993, vol. 57, no. 3, s. 460 – 507.
51. SYMEONIDES, C. Symeon. Result-Selectivism in Private International Law. *Roman Private International Law & Comparative Private Law Review*. 2008, s. 1-30.
52. SYMEONIDES, C. Symeon. Rome II and Tort Conflicts: A Missed Opportunity. *The American Journal of Comparative Law*. 2008, vol. 56, no. 1, s. 173-222.
53. SYMEONIDES, C. Symeon. The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons. *Tulane Law Preview*. 2008, vol. 82, no. 5, s. 1741-1799.
54. SYMEONIDES, C. Symeon. The Choice-of-law Revolution Fifty Years After Currie: An End and a Beginning. *University of Illinois Law Preview*. 2015, no. 2, s. 1847-1922.
55. TÝČ, Vladimír; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. *Právník*. 2002, roč. 141, č. 6, s. 634–661.
56. VAN BOCHOVE, Laura Maria. Overriding Mandatory Rules as a Vehicle for Weaker Party Protection in European Private International Law. *Erasmus Law Review*. 2014, vol. 7, no. 3, s. 148-156.

57. VITTA, Edoardo. The Impact in Europe of the American „Conflicts Revolution“. *The American Journal of Comparative Law*. 1982, vol. 30, no. 1, s. 1-18.
58. VON HEIN, Jan. Something Old and Something Borrowed, But Nothing New? Rome II And the European Choice-of-Law Evolution. *Tulane Law Review*. 2008, s. 1663-1707.
59. VON MEHREN, Arthur Taylor. Recent Trends in Choice-Of-Law Methodology. *Cornell Law Review*. 1975, vol. 60, no. 6, s. 927-968.
60. VON MEHREN, Arthur Taylor. Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology. *Harvard Law Review*. 1974, vol. 88, no. 2, s. 347-371.
61. WEINTRAUB, J. Russell. The Choice-of-Law Rules of the European Community Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: Simple and Predictable, Consequences-Based, or Neither? *Texas International Law Journal*. 2008, vol. 43, s. 401-426.
62. WENGLER, Wilhelm. The Significance of the Principle of Equality in the Conflict of Laws. *Law and Contemporary Problems*. 1963, vol. 28, no. 4, s. 822-859.
63. WOLFF, Lutz-Christian. Flexible Choice-of-Law Rules: Panacea or Oxymoron? *Journal of Private International Law*. 2014, vol. 10, no. 3, s. 431-459.
64. WOO, Joshua. Consumer Protection and Mandatory Conflict of Laws Provisions. *Auckland University Law Review*. 2015, vol. 21, s. 142-167.
65. YNTEMA, E. Hessel. The Historic Bases of Private International Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1953, vol. 2, no. 3, s. 297-317.

10.3 Internetové zdroje

1. BORCHERS, J. Patrick. The Proposed „Rome II“ Regulation and the U.S. Experience in Tort Choice of Law. [online]. 9 s. [cit. 10. 10. 2011]. Dostupné z <http://ebookbrowse.com/gdoc.php?id=123873286&url=fc63fae584d44f24e81bce2788763910>
2. CURRIE, Brainerd. Selected Essays on the Conflict of Laws. Chapter Four. [online]. *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*. 1963, s. 180-183. [cit. 7. 2. 2019]. Dostupné z: <https://heinonline.org/HOL/License>
3. ESSÉN, W. Eric. Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents. Explanatory Report. [online]. 46 s. [cit. 10. 10. 2011]. Dostupné z <https://assets.hcch.net/upload/exp119e.pdf>
4. GIULIANO, Mario. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations. *Official Journal C 282*, 31/10/1980, s. 1 – 50. In: *EUR-Lex* [právní

informační systém]. Úřad pro publikace Evropské unie [cit. 15. 1. 2019]. Dostupné z: [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A31980Y1031\(01\)%3AEN%3AHTML&fbclid=IwAR3STox2uBdBaC5fjmkYKBn_gpCoZkbc1zdHa53Bm4MK6vJH96D5IALMJ0s](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A31980Y1031(01)%3AEN%3AHTML&fbclid=IwAR3STox2uBdBaC5fjmkYKBn_gpCoZkbc1zdHa53Bm4MK6vJH96D5IALMJ0s)

5. MAYSS, Aba. Statutory Reform of Choice of Law in Tort and Delict: A Bitter Pill or a Cure for the Ill?. [online]. *Web Journal of Current Legal Issues*. [cit. 6. 10. 2018]. Dostupné z: <http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/1996/issue2/mayss2.html>
6. SZABÓ, Sarolta. An Overview of the Hungarian PIL Codification: Law Governing Contracts [online]. 5 s. [cit. 26. 2. 2019]. Dostupné z: https://www.ajk.elte.hu/file/JM_Szabo_HuPILContracts.pdf

10.4 Ostatní

1. Editorial Comments. Sometimes it takes 30 years. *Common Market Law Review*. 2007, s. 1567-1575.
2. European Parliament Legislative Resolutions on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) (COM(2003) 0427/C5-0338/203-2003/1068 (COD) (Co decision procedure first reading) Article 4 (3).
3. TICHÝ, Luboš. *Náhrada škody při mimosmluvním porušení povinnosti*. kand. dis. práce, Praha, 1982, příloha IV.
4. Working Document, Committee on Civil Law Matters (Rome II), Brussels, 23. June 2004, 138 s.

10.5 Judikatura

1. Rozhodnutí SDEU ve věci C-126/97 *Eco Swiss China Time Ltd proti Benetton International NV*
2. Rozhodnutí SDEU ve věci C-184/12 *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV proti Navigation Maritime Bulgare*
3. Rozhodnutí SDEU ve věci C-135/15 *Republik Griechenland proti Grigorios Nikiforidis*
4. Rozhodnutí SDEU ve věci C-38/98 *Régie nationale des usines Renault SA proti Maxicar SpA a Orazio Formento*
5. Rozhodnutí SDEU ve věci C-64/12 *Anton Schlecker proti Melitta Josefa Boedeker*
6. Rozhodnutí SDEU v trestním řízení proti Jean-Claude Arblade a Arblade & Fils SARL (C-369/96) a Bernard Leloup, Serge Leloup a Sofrage SARL (C-376/96)

7. Nález Ústavního soudu ze dne 12. 12. 2013, sp. zn. III. ÚS 3221/11
8. Usnesení Ústavního soudu ze dne 6. 12. 2016, sp. zn. I. ÚS 3226/16
9. Usnesení Nejvyššího soudu ze dne 22. 8. 2014, sp. zn. 30 Cdo 3157/2013