

PROSTOR PRO UVÁŽENÍ V ČESKÉM MEZINÁRODNÍM PRÁVU SOUKROMÉM: OHLÉDNUTÍ SE ZA MEZINÁRODNÍM PRÁVEM SOUKROMÝM K VÝROČÍ ANTONÍNA HOBZY

Monika Pauknerová*

Abstrakt: Příspěvek se věnuje otázce prostoru pro uvážení v mezinárodním právu soukromém. Obecně vychází z toho, že prostor pro uvážení rozhodujícího orgánu by neměl jít přes určité hranice, které jsou vymezeny požadavkem právní jistoty a předvídatelnosti právních řešení a rozhodnutí. Je třeba přiznat, že možnost flexibilních řešení klade zcela nepochybně vyšší nároky na rozhodování, přitom však umožňuje přihlížet ke specifickým jednotlivého případu. Předmětem příspěvku jsou tři aspekty naznačené otázky: formulace hraničních určovateli, únikové doložky a řešení mezer zejména v českém mezinárodním právu soukromém, s určitými přesahy do evropského mezinárodního práva soukromého a některých národních právních úprav. Nejedná se zde o striktní, vzájemně logicky propojené členění, neboť tyto tři aspekty se částečně překrývají.

Klíčová slova: mezinárodní právo soukromé, právní jistota a předvídatelnost, hraniční určovatel, úniková doložka, mezery v právu

1. MEZINÁRODNÍ PRÁVO SOUKROMÉ V HOBZOVĚ SYSTÉMU

Antonín Hobza, významný český představitel mezinárodního práva, byl prvním vedoucím Kabinetu pro mezinárodní právo Československé akademie věd, Kabinet zahájil činnost v roce 1953. Tento kabinet byl později sloučen s Ústavem státu a práva.¹ Na Hobzu vzpomínali moji starší kolegové a později velcí přátelé, tehdejší pamětníci Pavel Kalenský, Otto Kunz, Antonín Kanda, Alois Wagner a Gejza Mencer. Dnes už se pomalu pamětníkem stávám já a myslím, že významné výročí Antonína Hobzy je příležitostí k tomu, ohlédnout se za mezinárodním právem soukromým, za jeho vývojem od doby, kdy Hobza napsal své slavné dílo „Právo mezinárodní“.²

Hobza se jak známo věnuje především mezinárodnímu právu veřejnému a o mezinárodním právu soukromém se zmiňuje pouze v souvislosti s vymezením mezinárodního práva veřejného. Ve svém systému oba obory rozlišuje: souhrn pravidel vnitrostátních o vzájemném styku příslušníků jednotlivých států, jakož i o poměru cizích příslušníků k určité státní moci v oboru práva soukromého, trestního, procesního a správního nazývá mezinárodním právem soukromým, trestním, procesním a správním a poznamenává k tomu, že někdy se všechny tyto obory zahrnují nesprávně názvem „mezinárodní právo soukromé“. Jedná se o obory, v nichž jde o výklad a aplikaci práva vnitrostátního, naproti tomu mezinárodní právo veřejné tvoří samostatnou, od právních řádů jednotlivých států odlišnou právní sféru.³ Z hlediska postavení mezinárodního práva soukromého v systé-

* Prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc. Ústav státu a práva AV ČR, v. v. i., a Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze. E-mail: pauknero@prf.cuni.cz. Příspěvek vznikl s podporou na dlouhodobý koncepční rozvoj výzkumné organizace Ústavu státu a práva AV ČR, v. v. i., RVO: 68378122.

¹ Blíže ŽÁČKOVÁ, Z. K vývoji Ústavu státu a práva ČSAV v letech 1955–1973 (S dodatkem o období let 1974–2002). *Právník*. 2006, č. 1, s. 91–92.

² HOBZA, A. *Právo mezinárodní*. Praha: Všehrd, 1915.

³ HOBZA, A., op. cit., s. 16.

mu práva to nebyl názor v české nauce zdaleka jednoznačný: nejen v oné době, ale ani třeba o 70 let později, kdy se rozlišovalo kromě samostatného pojetí a postavení mezinárodního práva soukromého v systému práva i pojetí civilistické a pojetí internacionalistické.⁴ Sám Hobza již tehdy připouštěl, že mezinárodní právo soukromé nebo jeho jistá část by mohla být zmezinárodněna – „*při existenci společných mezinárodních norem jednotlivce bezprostředně zavazujících*“.⁵ Těmi byly v Hobzově době především mezinárodní smlouvy, dnes musíme připomenout předpisy Evropské unie. Hobzovo stanovisko bylo stručné a jasné a myslím, že je plně akceptovatelné i v naší době.

Dnes ovšem pohlížíme na mezinárodní právo soukromé z poněkud jiného úhlu. Není již předmětem sporu, zda mezinárodní právo soukromé patří do mezinárodního práva veřejného či do práva vnitrostátního, a v rámci práva vnitrostátního již mezinárodní právo soukromé není „Popelkou“, jak jsem ho sama nazvala ještě před 15 lety. Od té doby a hlavně od doby, kdy Hobza psal svůj systém, se mnoho změnilo. České autonomní mezinárodní právo soukromé se pyšní novým zákonem o mezinárodním právu soukromém č. 91/2012 Sb. (dále jen ZMPS), který sice patří k nejlepším na světové úrovni, ovšem dnes je již spíše pouze doplněním evropských unifikovaných norem. Český zákon o mezinárodním právu soukromém bývá proto také nazýván „zbytkovou normou“. Současné evropské mezinárodní právo soukromé se ve svém vývoji dostává do vrcholného stadia. Platí řada nařízení, která téměř plně pokrývají pravidla použitelná na závazkové právo,⁶ zčásti pokrývají pravidla použitelná na právo rodinné,⁷ od roku 2015 plně upravují pravidla použitelná na právo dědické,⁸ další dvě nařízení z rodinného práva jsou v procesu projednávání.⁹ Přípravuje se i úprava obecné části mezinárodního práva soukromého, jakož i práva rozhodného pro fyzické i právnické osoby.¹⁰ Významně je evropskou úpravou pokryto mezinárodní civilní právo procesní,¹¹ které je dnes rovněž považováno za součást mezinárodního práva soukromého.

⁴ Srov. např. KUČERA, Z. Postavení mezinárodního práva soukromého v systému československého práva, *Právník*. 1982, s. 792 an.; KALENSKÝ, P. K předmětu a povaze mezinárodního práva soukromého a k otázce jeho místa v systému práva. *Časopis pro mezinárodní právo*. 1960, s. 81 an.; WAGNER, A. Některé otázky vztahu mezinárodního práva k právu vnitrostátnímu. *Studie z mezinárodního práva*. 1982, sv. 16, s. 5 an. aj.

⁵ Ibidem, loc. cit.

⁶ Srov. nařízení EP a Rady (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (nařízení Řím I); nařízení EP; Rady (ES) č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (nařízení Řím II).

⁷ Srov. nařízení Rady (ES) č. 4/2009 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a o spolupráci ve věcech vyživovacích povinností (nařízení o výživném) a rozhodnutí Rady o uzavření Haagského protokolu z r. 2007 o právu rozhodném pro vyživovací povinnost Evropským společenstvím (209/941/ES).

⁸ Srov. nařízení EP a Rady (EU) 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 (nařízení o dědictví).

⁹ Srov. návrh Nařízení Rady o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech majetkových poměrů v manželství [KOM (2011) 126 v konečném znění] a návrh nařízení Rady o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech majetkových důsledků registrovaného partnerství [KOM (2011) 127 v konečném znění].

¹⁰ Srov. zejména iniciativy Evropské skupiny pro mezinárodní právo soukromé GEDIP (*Groupe européen de droit international privé*), dostupné z: <<http://www.gedip-egpil.eu/>>, [cit. 2015-05-15].

¹¹ Srov. nařízení EP a Rady č. 1215/2012 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (přepřacované znění, tzv. nařízení Brusel I bis); nařízení Rady č. 2201/2003 o soudní příslušnosti, uznání a výkonu rozsudků ve věcech manželských a ve věcech rodičovské zodpovědnosti (tzv. nařízení Brusel II bis); nařízení Rady č. 1346/2000 o úpadkovém řízení (insolvenční nařízení), nařízení EP a Rady č. 848/2015 o insolvenčním řízení (přepřacované znění) aj.

Je vhodné využít příležitosti významného Hobzova výročí a ohlédnout se do minulosti, zamyslet se nad vývojem odvětví mezinárodního práva soukromého, který je zejména v poslední době překotný. Tématem, které chci věnovat výročí Antonína Hobzy, je prostor pro uvážení v českém autonomním mezinárodním právu soukromém. V rámci tohoto příspěvku se mohu dotknout jen několika vybraných otázek.

2. PROSTOR PRO UVÁŽENÍ ROZHODUJÍCÍHO ORGÁNU – OBEČNÉ POZNÁMKY

Mezinárodní právo soukromé upravuje soukromoprávní poměry, v nichž je obsažen tzv. mezinárodní prvek. Mezinárodní prvek, tedy určitý vztah k zahraničí, sám o sobě přináší potřebu určitého širšího prostoru pro řešení případů „zvláštního zřetele hodných“. Potřeba širšího prostoru je v těchto situacích zřejmě výraznější, než je tomu u poměrů čistě vnitrostátních. Širší prostor znamená větší pružnost, flexibilitu norem mezinárodního práva soukromého. K dosažení flexibility může mezinárodní právo soukromé využívat různé nástroje.

Obecně lze poznamenat, že prostor pro uvážení rozhodujícího orgánu by neměl jít přes určité hranice, které jsou vymezeny požadavkem právní jistoty a předvídatelnosti právních řešení a rozhodnutí. Je třeba přiznat, že možnost flexibilních řešení klade zcela nepochybně vyšší nároky na rozhodování, přitom však umožňuje přihlížet ke specifikům jednotlivého případu.

Základní funkcí kolizních norem je určení rozhodného práva, tedy určení, který právní řád, právní řád kterého státu bude aplikován na konkrétní právní poměr. Prostor pro uvážení v tomto směru tedy znamená prostor, který má soudce, rozhodce či úředník k určení, které právo bude aplikováno. K tomu je využívána řada nástrojů.

Předmětem tohoto příspěvku budou tři aspekty naznačené otázky: formulace hraničních určovatелů, únikové doložky a řešení mezer zejména v českém mezinárodním právu soukromém. Nejedná se zde o striktní, vzájemně logicky propojené členění, neboť tyto tři aspekty se částečně překrývají, respektive hranice mezi nimi jsou plynulé.

3. HRANIČNÍ URČOVATELÉ

Prostor pro uvážení rozhodujícího orgánu poskytují předně kolizní normy, které obsahují tzv. alternativní hraniční určovatele. Hraničním určovatelem je skutečnost významná pro otázky v rozsahu kolizní normy, která rozhoduje o výběru rozhodného práva. Většinou je hraniční určovatel jediný: např. podle § 31 odst. 1 ZMPS způsobilost osoby zavazovat se směnečně nebo šekově se řídí právním řádem státu, jehož je občanem. V tomto případě je hraničním určovatelem státní příslušnost osoby a soudce při určení rozhodného práva nemá žádný prostor pro to, aby se od tohoto kritéria odchýlil.

3.1 Alternativní hraniční určovatelé

Hraniční určovatelé mohou být stanoveni alternativně. „Alternativní“ znamená daný na výběr, kdy soudce vybírá pro určení použitelného práva ze dvou nebo více hraničních určovatелů. Např. § 82 ZMPS dává soudci na výběr pro určení práva rozhodného

ve věcech cenných papírů několik možností. Otázka, zda je cenný papír platně vydán, zda jsou s ním spojena práva takovým způsobem, že je po vydání cenného papíru nelze po dobu jeho platnosti bez cenného papíru uplatnit, a jaká práva a jaké právní účinky jsou s ním spojeny, se řídí podle povahy cenného papíru různými hraničními určovateli, např. právem, kterým se řídí právní způsobilost a vnitřní poměry právnické osoby, která cenný papír vydala, nebo právem platným v místě, v němž byl cenný papír vydán. O tom, kterého hraničního určovatele bude použito, rozhoduje soudce podle povahy cenného papíru – alternativní hraniční určovatelé jsou uvozeni slovem „nebo“.¹² Alternativní hraniční určovatelé umožňují soudci vybrat rozhodné právo podle vlastní úvahy. Jeho rozhodovací možnosti však samozřejmě nejsou neomezené, neboť existují určitá vodítka, jak postupovat, zde např. které právo bude určeno jako rozhodné pro akcie, a které pro náložné listy.¹³ Nicméně lze očekávat hraniční případy a tam pak bude zále-
žet právě na úvaze soudce.

3.2 Flexibilní hraniční určovatelé

Symeonides zvlášť vymezuje tzv. flexibilní hraniční určovatele, k nimž patří zejména nejužší spojení a charakteristické plnění.¹⁴ Pojmy „nejužší spojení“ a „charakteristické plnění“ poskytují soudci poměrně širokou možnost uvážení. Pojmy nejužšího spojení a charakteristického plnění zná samozřejmě i české právo a česká nauka, pouze je neoznačujeme jako hraniční určovatele. Např. smlouvy se řídí právem státu, s nímž smlouva nejúžeji souvisí, pokud smluvní strany nezvolily rozhodné právo (§ 87 odst. 1 ZMPS). Tato dispozitivní kolizní norma, určující jako rozhodný právní řád ten, s nímž smlouva nejúžeji souvisí, poskytuje kromě smluvní volnosti pro strany i prostor pro úvahu soudce, pokud by strany právo nezvolily. Rozhodnutí, který právní řád je s posuzovanou situací nejúžeji spojen, je asi nejtypičtějším případem uvážení rozhodujícího orgánu, kde soudce má skutečně širší prostor pro své rozhodnutí, kterého práva se použije. V této souvislosti je třeba připomenout, že ustanovení § 87 ZMPS se použije pouze výjimečně, a to tehdy, pokud se na daný smluvní závazkový poměr přednostně neaplikuje nařízení Řím I o právu použitelném na smluvní závazkové vztahy či jiný unifikovaný předpis.

V předchozím zákoně o mezinárodním právu soukromém a procesním č. 97/1963 Sb. (ZMPSP) byla pro smluvní závazkové vztahy zakotvena v § 10 odst. 1 norma, podle níž nezvolí-li účastníci rozhodné právo, řídí se jejich závazkové vztahy právním řádem, jehož použití odpovídá rozumnému uspořádání daného vztahu. „Rozumné uspořádání právního vztahu“ bylo chápáno jako projev principu charakteristického plnění, kdy rozhod-

¹² § 82 ZMPS: „Zda je cenný papír platně vydán, zda jsou s ním spojena práva takovým způsobem, že je po vydání cenného papíru nelze po dobu jeho platnosti bez cenného papíru uplatnit, a jaká práva a jaké právní účinky jsou s ním spojeny, se řídí podle povahy cenného papíru

a) právem, kterým se řídí právní způsobilost a vnitřní poměry právnické osoby, která cenný papír vydala,

b) právem, kterým se řídí právní poměr, jehož úprava vydání cenného papíru zakládá,

c) právem platným v místě, v němž byl cenný papír vydán,

d) právem státu, v němž má sídlo nebo obvyklý pobyt osoba, která cenný papír vydává, neodpovídá-li povaze cenného papíru použití jiného práva, nebo

e) právem, které je v cenném papíru určeno, jestliže to povaha cenného papíru připouští.“

¹³ Srov. BRODEC, J. In: M. Pauknerová – N. Rozehnalová – M. Zavadilová. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 546–547.

¹⁴ Srov. SYMEONIDES, S. *Codifying Choice of Law Around the World*. Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 175.

ným je právo podle sídla či bydliště toho účastníka, jehož činnost je pro danou smlouvu charakteristická.¹⁵ V takovém případě je tím, kdo hledá charakteristické plnění za účelem určení rozhodného práva, opět soudce.

Flexibilitu tohoto předpisu ještě umocňovala formulace „zpravidla“, kdy § 10 odst. 2 ZMPSP obsahoval demonstrativní výčet nejběžnějších smluvních typů v tehdejší mezinárodní styku a určoval přímo pro tyto smluvní typy rozhodné právo. Soudce měl k dispozici pojem „zpravidla“, který mu umožňoval se od práva použitelného na určitý smluvní typ odchýlit. Tak smlouva o dílo se zpravidla řídila právem, kde má sídlo (bydliště) zhotovitel díla v době uzavření smlouvy. Odchylku by představovalo např. řešení, kdy by se jednalo o smlouvu o výstavbu nemovitosti v sídle objednatele: v takovém případě se jeví jako silnější vazba na místo polohy nemovitosti, záleželo by však samozřejmě na konkrétní situaci. Do střetu se zde dostává princip charakteristického plnění s principem nejužšího spojení: tyto principy mohou, ale – jak je patrné z uvedeného případu – nemusejí vést ke stejnému výsledku.

3.3 Právo rozhodné pro spor v rozhodčím řízení

Prostor pro hledání rozhodného práva pro smluvní závazky je v obou zákonech o mezinárodním právu soukromém (ZMPSP a ZMPS) poměrně široký. Specifická situace existuje v rozhodčím řízení. V případě, že strany právo rozhodné pro spor nezvolí, určí je rozhodci na základě ustanovení tohoto zákona (srovnej § 119 ZMPS). To znamená, že rozhodci budou při určení rozhodného práva postupovat především podle nařízení Řím I o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, případně podle nařízení Řím II o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy a subsidiárně, tzn., bude-li se jednat o otázky, které tato nařízení nezahrnují do své působnosti, podle § 87 a násl. ZMPS.

V rozhodčím řízení však nelze zapomínat na to, že se musí přednostně aplikovat Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži z roku 1961¹⁶ (§ 2 ZMPS). Známé a často diskutované ustanovení čl. VII odst. 1 této úmluvy uvádí, že „*strany mají na vůli určit právo, kterého mají rozhodci použít pro rozhodování ve věci samé. Neoznačí-li strany použitelné právo, rozhodci použijí práva určeného podle kolizního pravidla, které budou považovat za přiměřené v daném případě. V obou případech budou rozhodci přihlížet k ustanovením smlouvy a k obchodním zvyklostem.*“

Kučera k ustanovení čl. VII odst. 1 Evropské úmluvy uvádí, že takové pravidlo je použitelné jen u těch soukromoprávních poměrů s mezinárodním prvkem, které nemají vztah k tuzemskému právu, ale jen ke dvěma nebo několika cizím právům.¹⁷ Osobně se naproti tomu domnívám, že mezinárodní smlouva, tedy Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži, se aplikuje přednostně před ZMPS stejně jako kterákoli jiná mezinárodní smlouva, kterou je Česká republika vázána. Z toho vyplývá, že možnost rozhodců použít

¹⁵ Srov. KUČERA, Z. – TICHÝ, L. *Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář*. Praha: Panorama, 1989, s. 103–105.

¹⁶ Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži, publikovaná ve vyhlášce č. 176/1964 Sb.

¹⁷ Srov. KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*. 7. vydání. Brno: Doplněk – Plzeň: Aleš Čeněk, 2009, s. 171. V době, kdy Kučera vyslovil tento názor, byla situace obdobná, kolizní norma pro určení práva rozhodného pro spor byla obsažena v § 37 odst. 2 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení, který stanovil, že pokud strany nezvolí rozhodné hmotné právo, užijí rozhodci právo státu určené podle tuzemských kolizních právních předpisů. I tehdy platila zásada přednostní aplikace mezinárodních smluv, srov. § 2 ZMPSP.

práva na základě kolizní normy, kterou budou považovat za přiměřenou, není předem vyloučena.¹⁸

Tento prostor pro uvážení je oproti výše uváděným případům mimořádně široký, je skutečně velkou otázkou, které právo budou rozhodci považovat za přiměřené. Na druhé straně je potřebné si uvědomit, že se jedná nikoli o soudní, ale o rozhodčí řízení, kde se širší prostor k uvážení rozhodců většinou uznává.

Principy nejužšího spojení a charakteristického plnění bývají někdy rovněž využívány jako základ pro obecné i zvláštní únikové doložky, jimž je věnována následující část tohoto příspěvku.

4. ÚNIKOVÉ DOLOŽKY

Tzv. úniková doložka (*Ausweichklausel, escape clause, clause échappatoire* nebo *clause d'exception*) je ustanovením, které ve zvláštních případech, kdy právní poměr vykazuje užší vztah s jiným právním řádem, než který určuje jako rozhodný kolizní norma, umožňuje se od takové kolizní normy odchýlit. Pokud je mi známo, únikové doložky nejsou nikde definovány abstraktně, vždy záleží na konkrétní formulaci pravidla, které se odchyluje od nějaké základní kolizní normy. Např. v článku 4 nařízení Řím I o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy je v odstavci 3 uvedeno: „*Vyplývá-li ze všech okolností případu, že je smlouva zjevně úžeji spojena s jinou zemí, než je země uvedená v odstavcích 1 nebo 2, použije se právo této jiné země.*“

Únikové doložky umožňují rozhodovat flexibilně, s přihlédnutím ke specifikům dané situace, v tom je jejich nesporný přínos. Avšak již na první pohled je zřejmé, že z hlediska právní jistoty představují únikové doložky určité nebezpečí, neboť jejich využití je svěřeno rozhodujícímu orgánu a nedá se předem bezpečně odhadnout, jak tento orgán rozhodne.

Únikové doložky jsou staršího data. V našem mezinárodním právu soukromém najdeme únikovou doložku již v tzv. Vídeňské osnově zákona o mezinárodním právu soukromém z roku 1913.¹⁹ Vídeňská osnova se stala východiskem pozdějších úprav mezinárodního práva soukromého v některých státech, zejména v Polsku (1926) a Československu (1948), posléze i v Rakousku (1978) a zprostředkovaně i v dalších středoevropských státech – Maďarsku (1979), Jugoslávii (1983) a Lichtenštejnsku (1996).

Ustanovení § 16 Vídeňské osnovy obsahovalo únikovou doložku, která následovala po klasických kolizních normách § 13–15. Podle § 16 Vídeňské osnovy, je-li podle okolností případu zřejmé, že rozumnému uspořádání právních poměrů odpovídá nikoli tento zákon, ale jiné zákony, je třeba použít těchto jiných zákonů.²⁰ Tato doložka se vztahovala pouze na závazkové poměry, neplatila tedy obecně.

¹⁸ PAUKNEROVÁ, M. In: Z. Kučera – M. Pauknerová – K. Růžička et al. *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk – Brno: Doplněk, 2015, s. 168.

¹⁹ Autory Vídeňské osnovy zákona o mezinárodním právu soukromém byli rakouský prof. Gustav Walker, český prof. Jan Krčmář a polský prof. Fryderyk Zoll. Srov. MATSCHER, F. Die Geschichte des österreichischen internationalen Privatrechts seit der Kodifikation des ABGB. *Juristische Blätter*. 1961, s. 53.

²⁰ Srov. text in MÄNHARDT, F. Die Kodifikation des österreichischen Internationalen Privatrechts, Anhang III, Entwurf eines Gesetzes über Internationales Privatrecht (1914), „Wiener“ oder „Walker'scher“ Entwurf, s. 149–155, *Schriften zum internationalen Recht*, 10, Berlin: Duncker & Humblot, 1978. § 16: „Ist es nach den Umständen

Zákony, které Vídeňská osnova přímo inspirovala, tedy polský zákon o mezinárodním právu soukromém z roku 1926 a československý zákon č. 41/1948 Sb., o mezinárodním a mezioblastním právu soukromém a o právním postavení cizinců v oboru práva soukromého, takovou výslovnou doložku neobsahovaly.

Nicméně již zákon č. 41/1948 Sb. a obdobně jeho nástupce zákon č. 97/1963 Sb. postavily určení rozhodného práva pro smluvní závazky na obecnějším principu rozumného uspořádání právního vztahu (srovnej § 46 zák. č. 41/1948 Sb.²¹ a § 10 ZMPSP²²), a to zřejmě v návaznosti na Vídeňskou osnovu.²³ V oblasti závazkových smluv byl vytvořen určitý prostor pro uvážení rozhodujícího orgánu; Vídeňská osnova však ještě nadto obsahuje únikovou doložku.

Na tradici Vídeňské osnovy jistým způsobem navázal i nový zákon o mezinárodním právu soukromém z roku 2012, který však obsahuje nikoli speciální, ale dokonce všeobecnou únikovou doložku. Tato doložka umožňuje výjimečné a podpůrné určení rozhodného práva obecně, bez ohledu na to, zda se jedná či nejedná o závazky, kde se úniky již běžně připouštějí (srovnej § 24 ZMPS). Všeobecnou únikovou doložku obsahuje rovněž rakouský zákon o mezinárodním právu soukromém z roku 1978 (IPRG).²⁴

Únikové doložky lze tak rozlišit na všeobecné, které zakotvují obecně možnost odchýlit se od kolizních norem určité právní úpravy jako celku, a zvláštní, připouštějící možnost odchylky v úpravě jednotlivých právních otázek. Jak jsem již naznačila, únikové doložky však nikde nejsou exaktně definovány a v detailech se někdy odlišují.

4.1 Všeobecné únikové doložky

Přímou inspirací pro všeobecnou únikovou doložku v českém zákoně byl patrně čl. 15 švýcarského zákona o mezinárodním právu soukromém z roku 1987 (IPRG), podle něhož „(1) *Právní řád, na který odkazuje tento zákon, není výjimečně použitelný, jestliže je z celkových okolností zřejmé, že právní poměr souvisí s tímto právním řádem pouze okrajově, naproti tomu s jiným právním řádem souvisí mnohem úžeji.* (2) *Tohoto ustanovení se nepoužije, došlo-li k volbě práva.*“

Komentář k tomuto zákonu zdůrazňuje restriktivní výklad, jak tomu odpovídá i judikatura švýcarských soudů.²⁵ Obdobnou klauzuli obsahují i čl. 19 belgického zákona o mezinárodním právu soukromém a čl. 8 nizozemského zákona o mezinárodním právu soukromém,²⁶ jakož i další národní zákony o mezinárodním právu soukromém nejen v Evropě, ale třeba i v Americe nebo v Asii.

des Falles offenbar, daß nicht die Geltung dieser Gesetze, sondern die Geltung anderer Gesetze der vernünftigen Ordnung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs entspricht, so sind diese anderen Gesetze anzuwenden.“

²¹ Srov. LEDRER, E. *Kodifikace mezinárodního práva soukromého. Nové zákony a nařízení*. Praha: nakl. Linhart, 1948, s. 47–49.

²² K ZMPSP srov. Důvodovou zprávu k § 10 ZMPSP in KUČERA, Z. – TICHÝ, L., op. cit., s. 102 a doprovodný text komentáře, s. 102 an.; KALENSKÝ, P. – STEINER, V. K návrhům nových úprav československého mezinárodního práva soukromého. *Právník*. 1963, č. 6, s. 470; BYSTRICKÝ, R. – KALENSKÝ, P. K některým otázkám navrhované osnovy zákona o mezinárodním právu soukromém. *Časopis pro mezinárodní právo*. 1963, s. 214 an.

²³ Srov. KORKISCH, F. Das neue internationale Privatrecht der Tschechoslowakei. *RabelsZ*. 1952, s. 441.

²⁴ Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, IPRG, srov. § 1 IPRG.

²⁵ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG). Srov. HONSELL, H. – VOGT, N. P. – SCHNYDER, A. K. – BERTI, S. V. (Hrsg.). *Basler Kommentar. Internationales Privatrecht*. 2. vydání. Basel, 2007, s. 129–130.

Již zmíněný rakouský zákon o mezinárodním právu soukromém uvádí hned v § 1 následující formulaci: „*Princip nejsilnějšího spojení. (1) Právní poměry s mezinárodním prvkem se z hlediska soukromého práva posuzují podle právního řádu, k němuž existuje nejsilnější spojení. (2) Na zvláštní pravidla obsažená v tomto spolkovém zákoně o použitelném právním řádu (kolizní normy) je třeba pohlížet jako na výraz tohoto principu.*“

V samotné rakouské nauce je sporné, zda se jedná přímo o únikovou doložku, zda je odstavec 1 podřízen odstavci 2, či zda se v konkrétním případě odstavec 1 aplikuje přednostně. Původně se na odstavec 2 pohlíželo jako na ustanovení, které nelze prolomit, což odpovídalo úmyslu zákonodárce. Později se však názory posunuly v tom směru, že odstavec 1 představuje únikovou doložku, která umožňuje se od ustanovení zákona o mezinárodním právu soukromém výjimečně odchýlit, vykazuje-li právní poměr silnější vztah k jinému právnímu řádu.²⁷

V každém případě jsou uváděné formulace zcela obecné a poskytují soudci či jiné osobě, která rozhoduje, pouze obecné vodítko, jak má v konkrétním případě postupovat. Je zřejmé, že aplikace těchto klauzulí, která by se odchýlila od určení rozhodného práva podle zvláštních ustanovení daných předpisů, bude zcela výjimečná.

4.1.1 Všeobecná úniková doložka v zákoně o mezinárodním právu soukromém

Obdobný přístup lze očekávat i v případech posuzovaných podle nového českého práva. Ustanovení § 24 odst. 1 ZMPS uvádí: „*Právní řád, který by se měl použít podle ustanovení tohoto zákona, je možné ve zcela výjimečných případech nepoužít, jestliže při náležitém odůvodnění uvážení souhrnu všech okolností věci a zejména důvodného očekávání účastníků ohledně použití jiného právního řádu by se to jevilo nepřiměřené a odporující rozumnému a spravedlivému uspořádání vztahu účastníků. Za těchto podmínek a nejsou-li dotčena práva jiných osob, se použije právní řád, jehož použití odpovídá tomuto uspořádání.*“

Odchylení se od zákona je tedy umožněno, pokud to odpovídá rozumnému a spravedlivému uspořádání vztahu účastníků. Úniková doložka by měla být využívána skutečně pouze výjimečně a měla by být náležitě odůvodněna. Je nepochybné, že úniková doložka klade vysoké požadavky na soudce, který bude rozhodovat.

Pro tento zvláštní postup je potřebné vymezit limity. Podle mého názoru jimi budou především přiměřenost, kolizní spravedlnost (princip rozumného a spravedlivého uspořádání z hlediska určení rozhodného práva), přihlédnutí k souhrnu všech relevantních okolností, a ochrana práv třetích osob.²⁸ Jinak by toto ustanovení mohlo ohrožovat právní jistotu a předvídatelnost právního řešení. Použití tohoto ustanovení bude zcela ojedinělé a bude muset být přesvědčivě odůvodněno. Nicméně případy, kdy zakotvené kolizní řešení nevyhovuje, se vyskytují. Na druhé straně, díky tomu, že v pravidlech

²⁶ *Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé* (Moniteur belge, 27 juillet 2004, s. 57344). BOELE-WOELKI, K. – ITERSÓN, D. van. “The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities.” *Electronic Journal of Comparative Law* [online]. 2010, 14. Dostupné z: <<http://www.ejcl.org/143/art143-3.pdf>>.

²⁷ Srov. SCHREIBER, S. Ausweichklauseln im deutschen, österreichischen und schweizerischen Internationalen Privatrecht. *Studien zur Rechtswissenschaft*. 2001, Bd. 87, s. 116–128 s dalšími odkazy.

²⁸ Srov. blíže PAUKNEROVÁ, M. In: M. Pauknerová – N. Rozehnalová – M. Zavadilová. *Komentář*, op. cit., s. 178–180.

mezinárodního práva soukromého je ve stále širší míře základem dispozitivnost úpravy, je nevyhovujících řešení stále méně.

4.1.2 Příklad česko-německého manželství: žaloba o určení, že nemovitost ležící na území České republiky je ve společném jmění manželů

Příkladem, pro jehož řešení by patrně byla vhodná úniková doložka dle § 24 odst. 1 nového ZMPS, je případ, který byl rozhodovaný za účinnosti zákona o mezinárodním právu soukromém č. 97/1963 Sb. Jednalo se o určovací žalobu, kterou podala u českého soudu manželka, německá státní příslušnice žijící v Německu, proti svému manželovi, občanu s dvojím občanstvím Německa a České republiky, o určení, že nemovitost, nacházející se na území ČR, kterou zakoupil žalovaný, jenž je v katastru nemovitostí uveden jako jediný vlastník, je ve společném jmění manželů. Žalovaný manžel se bránil tím, že oba manželé žijí v Německu, kde uzavřeli manželství a kde se v současné době (tedy v době rozhodování soudu) rozvádějí. Tvrdil, že nabyt nemovitost za své výlučné prostředky a že podle německého práva, podle kterého bude soud v Německu rozhodovat o rozvodu i o majetku, neexistuje společné jmění manželů, jako je tomu podle českého práva, ale přírůstkové majetkové společenství, kdy během trvání manželství jsou majetky obou manželů rozdělené a pokud manžel nabyt nemovitosti za své výlučné prostředky, nebudou nemovitosti na území České republiky součástí společného jmění. Otázkou tedy bylo, podle kterého práva je potřebné vyřešit tuto právní otázku, tedy zda jsou nemovitosti zakoupené manželem součástí společného jmění manželů.

Podle § 21 ZMPSP se osobní a majetkové vztahy manželů řídí právem státu, jehož jsou příslušníky. Jsou-li manželé příslušníky různých států, řídí se vztahy právem československým. Z toho vyplývá, že rozhodným bylo právo české, neboť manžel měl dvojí občanství – české a německé. Podle § 33 odst. ZMPSP, je-li někdo v rozhodné době státním občanem československým a považuje-li ho za svého příslušníka také jiný stát, je rozhodné státní občanství československé.

Otázka, jak řešit danou kauzu, byla tedy svízelná, neboť právní úprava v ZMPS, která vedla pouze k českému právu bez možnosti jakékoli odchylky, nenabízela přesvědčivé řešení. Je zřejmé, že logičtější by bylo posuzovat v rámci harmonie v rozhodování celou kauzu podle jediného práva. Zatímco soud v Německu posoudil manželské majetkové vztahy podle práva německého, českému soudu nezbylo nic jiného, než posoudit vlastnictví k nemovitosti na území České republiky podle práva českého.²⁹ Toto řešení bylo přitom s ohledem na to, že celá věc se jinak řeší v Německu podle německého práva, zjevně nekonzistentní. Čeští soudci však neměli žádný prostor pro odlišný postup, který by směřoval k souladu s německým právem, k němuž věc měla zjevně bližší vztah.

To je případ, pro který by podle mého názoru přicházela v úvahu aplikace obecné únikové doložky, s ohledem na důvodné očekávání účastníků a s ohledem na princip rozumného a spravedlivého uspořádání vztahu účastníků.

K tomuto případu lze ovšem podotknout, že nové české mezinárodní právo soukromé již nestaví v určení práva rozhodného pro manželské majetkové poměry primárně

²⁹ Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu č. j. 22 Cdo 2909/2012 ze dne 31. 7. 2013 o dovolání proti rozsudku Krajského soudu v Plzni č. j. 18 Co 500/2010-281, v návaznosti na rozhodnutí Okresního soudu v Chebu, sp. zn. 15 C 121/2002.

na hraničním určovateli státní příslušnosti manželů, jako tomu bylo v minulosti, ale na obvyklém pobytu; hraniční určovatel státní příslušnosti, respektive občanství manželů je až sekundární (srovnej § 49 odst. 3 ZMPS). Mají-li tedy manželé společný obvyklý pobyt v Německu, rozhodným podle nového ZMPS by bylo německé právo bez ohledu na to, zda jsou německými občany či nikoliv. Zvláštní evropské nařízení určující právo rozhodné pro majetkové poměry v manželství, které je v procesu přípravy,³⁰ vychází rovněž z kritéria obvyklého pobytu manželů (čl. 17 odst. 1 lit. a) návrhu nařízení), a i toto nařízení by tak vedlo k německému právu.

4.2 Zvláštní únikové doložky

Zvláštní únikové doložky zahrnují vždy pouze určitý výsek právních otázek, na které se vztahují a jsou „únikem“ či odchylkou vůči základní kolizní normě. Jsou tedy formulovány přímo jako výjimky z určitého pravidla, na rozdíl od výše uváděných všeobecných únikových doložek. Takové zvláštní únikové doložky najdeme zejména v unijních předpisech, a to např. v čl. 4 odst. 3 nařízení Řím I o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy a v čl. 4 odst. 3 Řím II o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy a obdobně i v čl. 4 odst. 1 a 5 Římské úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy,³¹ která předcházela nařízení Řím I.

V již uvedeném čl. 4 odst. 3 nařízení Řím I o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy je obsažena tato úniková doložka: „*Vyplývá-li ze všech okolností případu, že je smlouva zjevně úžeji spojena s jinou zemí, než je země uvedená v odstavcích 1 nebo 2, použije se právo této jiné země.*“

V tom je podstata únikové doložky: je výjimkou oproti základní kolizní normě. Je formulována různě, někdy pouze takto obecně, jindy s konkrétními vodítky, jak postupovat.

Např. čl. 4 odst. 3 nařízení Řím II o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy je konkrétnější a uvádí toto pravidlo: „*Vyplývá-li ze všech okolností případu, že je civilní delikt zjevně úžeji spojen s jinou zemí, než je země uvedená v odstavci 1 nebo 2, použije se právo této jiné země. Zjevně užší vztah k jiné zemi by mohl být založen zejména na již existujícím vztahu mezi stranami, jakým může být například smlouva, který úzce souvisí s daným civilním deliktem.*“

Tato specifikace je však kritizována. Přestože byla patrně přijímána v dobrém úmyslu posílit předvídatelnost řešení, je natolik úzká, že podle některých názorů na všechny případy nedopadá. Symeonides uvádí příklad, kdy francouzský lovec na honu v Keni zraní belgického lovce, k němuž neměl žádný předchozí vztah. Jediné právo, které bude použitelné, je právo státu Keňa; na francouzské ani belgické právo, které by patrně předvíдалo vyšší odškodnění zraněné osoby, nelze navázat, neboť k těmto právním řádům nebude „zjevně užší vztah“ než k právnímu řádu Keni.³² Osobně si myslím, že při troše dobré vůle se lze do této únikové doložky vejít a dospět k belgickému právu, specifikace – již existující vztah – je přece uvedena pouze jako příklad. V Belgii dochází k následkům

³⁰ Srov. návrh Nařízení Rady o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí ve věcech majetkových poměrů v manželství [KOM (2011) 126 v konečném znění].

³¹ Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy, ÚV z 30. 12. 2005, C 334/1, č. 64/2006 Sb. m. s. Římskou úmluvu nahradilo Nařízení Řím I.

³² SYMEONIDES. *Codifying Choice of Law Around the World*, op. cit., s. 202–203.

úrazu, o to by snad bylo možné se opřít. Na druhé straně uznávám, že únikové doložky, stejně jako jiné výjimky z pravidla, je nezbytné vykládat restriktivně.

Zvláštní únikové pravidlo obsahuje čl. 5 Haagského protokolu o právu rozhodném pro vyživovací povinnosti. Podle obecného pravidla v čl. 3 se vyživovací povinnosti řídí právem státu, v němž má oprávněný místo obvyklého pobytu, nestanoví-li tento protokol jinak. Článek 5 uvádí toto zvláštní únikové pravidlo: „*V případě vyživovací povinnosti mezi manželi, bývalými manželi nebo stranami manželství, které bylo prohlášeno za neplatné, se článek 3 nepoužije, pokud jedna ze stran vznese námitky a pokud právo jiného státu, zejména státu jejich posledního společného místa obvyklého pobytu, je k manželství v užším vztahu. V takovém případě se použije právo tohoto jiného státu.*“

Tento „únik“ je ve srovnání s výše uvedenými únikovými doložkami formulován poměrně úzce. Navíc se touto výjimkou bude soud zabývat pouze na návrh; i zde však hrozí určitá nejistota, jak soud rozhodne.³³

Podle nařízení o dědictví je rozhodným právo státu, ve kterém měl zůstavitel obvyklý pobyt v době smrti, nestanoví-li se v tomto nařízení jinak. Úniková doložka je uvedena v odstavci 2: „*Je-li však ze všech okolností zřejmé, že v době smrti měl zůstavitel zjevně užší spojení s jiným státem, než je stát, jehož právo by se použilo na základě odstavce 1, bude právem rozhodným pro dědění výjimečně právo tohoto jiného státu.*“

Tato úniková doložka je poměrně jasně formulovaná, „zjevně užší spojení s jiným státem“ bude spíše výjimečné. Asi nejčastějším bude případ, kdy se zůstavitel usadil v místě svého obvyklého pobytu před relativně krátkou dobou, avšak okolnosti ukazují na to, že měl zjevně užší vazby s místem předchozího obvyklého pobytu.³⁴ Zdá se však, že tato otázka bude zpravidla úzce vázána na výklad pojmu „obvyklý pobyt“ a sám pojem obvyklý pobyt také poskytuje určitý prostor k uvážení.

4.3 Zvláštní únikové doložky v zákoně o mezinárodním právu soukromém

Zvláštní únikové doložky jakožto výjimky z určitého pravidla obsahuje i nový zákon o mezinárodním právu soukromém.

4.3.1 Princip efektivní státní příslušnosti

Jednou z novinek tohoto zákona je poskytnutí prostoru k uvážení v § 28 odst. 2 ZMPS: „*Je-li někdo v rozhodné době zároveň občanem několika cizích států, rozhoduje státní příslušnost nabytá naposled, pokud vzhledem k životním poměrům osoby nepřevažuje výrazně její poměr k jinému cizímu státu, jehož je občanem; v takovém případě rozhoduje státní příslušnost tohoto státu.*“

Dosavadní úprava zde přímo stanovila, že rozhoduje státní příslušnost nabytá naposled a žádnou únikovou doložku neobsahovala (§ 33 odst. 2 ZMPSP). Důvodová zpráva tuto změnu oproti dosavadní úpravě pouze konstatuje, ale nijak blíže nevysvětluje, většinou se k ní zvlášť nevyslovují ani nové komentáře k ZMPS. Pouze Břicháček uvádí,

³³ Srov. BONOMI, A. *Explanatory Report on the Hague Protocol of 23 November 2007 on the law applicable to maintenance obligations*. Haag: Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law, 2013, s. 41 an.

³⁴ Srov. BONOMI, A. – WAUTELET, P. *Le droit européen des successions*. Brusel: Bruylant, 2013, s. 294–295.

že se zde jedná o jeden z „měkkých“ či flexibilních hraničních určovateli, které nejsou založeny na jediném faktoru, ale na řadě prvků a okolností, které musejí být posouzeny ve světle každého případu, s odkazem právě na Symeonidese, jehož jinou práci jsem výše citovala při charakterizování flexibilních hraničních určovateli.³⁵ Břicháček zároveň ilustruje okolnosti, které by měly být soudem uváženy.

Podle mého názoru je zde zakotven princip tzv. efektivní státní příslušnosti, to však kupodivu nikdo v komentářích k ZMPS nezmiňuje. Je samozřejmě otázkou, do jaké míry bude toto ustanovení využíváno. Netýká se osob s českým občanstvím, ani posouzení vztahu osoby k českému státu, takže je otázkou, do jaké míry bude dána intenzita zájmu soudce na odchylném řešení ve vztahu k základní normě a na jeho nezbytném zdůvodnění.

4.3.2 Únikové použití českého práva pro rozvod

Nový zákon o mezinárodním právu soukromém umožňuje obdobně jako předchozí zákon únik od základního pravidla v případě, že se jedná o určení rozhodného práva pro rozvod v případě, kdy by bylo třeba podle základní kolizní normy použít cizího právního řádu, který rozvod manželství nedovoluje, anebo jej připouští jen za okolností mimořádně tíživých. V takovém případě se použije českého právního řádu, jestliže alespoň jeden z manželů je českým občanem nebo alespoň jeden z manželů má v České republice obvyklý pobyt (§ 50 odst. 2 ZMPS a § 22 odst. 2 ZMPSP). Zavadilová toto ustanovení přímo označuje za „únikové použití českého práva“ a uvádí, že s ohledem na pravidla pro pravomoc soudů v rozvodovém řízení bude některá z těchto podmínek splněna vždy, bude-li řízení zahájeno u českého soudu. Autorka zároveň zdůrazňuje restriktivní výklad, kdy možnost „únikového“ použití českého práva je omezena pouze na posouzení podmínek pro rozvod manželství.³⁶ Je korektní poznamenat, že někteří autoři doložky tohoto charakteru – týká se i následně uvedených příkladů – nepovažují přímo za únikové doložky, ale za doložky k zamezení tvrdosti (*hardship clause*, *Härteklausele*).³⁷ Osobně nevidím mezi oběma druhy doložek z hlediska „úniku“ podstatný rozdíl.

4.3.3 Únikové použití českého práva pro osvojení

Obdobná situace se týká možnosti výjimečně použít české právo jako únik z kolizního pravidla pro osvojení. Toto pravidlo může primárně určit jako rozhodné zahraniční právní řád, který osvojení nedovoluje nebo je připouští jen za okolností mimořádně tíživých: pak se použije českého právního řádu, jestliže osvojitel nebo alespoň jeden z osvojujících manželů nebo osvojenec mají v České republice obvyklý pobyt (§ 61 odst. 3 ZMPS). Tato úprava opět (v zásadě) přejímá dosavadní řešení, jak ostatně výslovně uvádí i Důvodová zpráva k zákonu.

³⁵ BŘICHÁČEK, T. In: P. Bříza – T. Břicháček – Z. Fišerová – P. Horák – L. Ptáček – J. Svoboda. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 174, odkaz na SYMEONIDES, S., op. cit., s. 174.

³⁶ ZAVADILOVÁ, M. In: M. Pauknerová – N. Rozehnalová – M. Zavadilová. *Komentář*, s. 342 s citací komentáře KUČERA, Z. – TICHÝ, L., op. cit., s. 166.

³⁷ Srov. KREUZER, K. Zur Funktion von kollisionsrechtlichen Berichtigungsnormen. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 1992, 3, s. 183, s dalšími odkazy.

4.3.4 Únikové použití českého práva pro určení rodičovství

Prostor pro uvážení soudce poskytují v českém právu i ustanovení o rozhodném právu při určení rodičovství. Podle základního pravidla se rozhodné právo určí podle státní příslušnosti dítěte, kterou nabylo narozením; má-li však dítě obvyklý pobyt v České republice a je-li to v jeho zájmu, použije se české právo. Rovněž je možnost využít jako únik práva státu, v němž měla matka dítěte obvyklý pobyt v době jeho početí, jestliže to je v zájmu dítěte (srovnej § 54 ZMPS). Zájem dítěte bude posuzovat soud a výjimky jsou zjevně směřovány k posílení ochrany zájmů dítěte. Posléze uvedená výjimka ve prospěch práva obvyklého pobytu matky dítěte v době jeho početí může přinášet určité interpretační potíže, zejména zjištění doby početí v kombinaci s obvyklým pobytem.³⁸

4.4 Shrnutí

Z naznačeného stručného přehledu je zřejmé, že zvláštní únikové doložky budou jen obtížně hledat společného jmenovatele. Jsou to vždy výjimky oproti základnímu pravidlu, které vyžadují zevrubné posouzení, a jakožto výjimky i restriktivní výklad. S ohledem na to, že se jedná o výjimky nikoli proti základní hmotněprávní úpravě, ale proti základnímu určení rozhodného práva, lze poznamenat, že jsou zcela na místě, protože právní řády mohou být zejména v některých otázkách velmi různorodé a je vhodné mít nějakou pojistku k zajištění spravedlnosti.

4.4.1 Kolizní a materiální spravedlnost

Přitom je důležité rozlišit, že v některých z výše uváděných případů je únikové použití jiného práva založeno na tzv. kolizní spravedlnosti, v jiných na tzv. materiální spravedlnosti. Spravedlnost kolizní znamená spravedlnost v kolizním smyslu, tedy určení, který právní řád se jeví pro právní poměr jako nejbližší z hlediska jeho lokalizace, a to bez ohledu na řešení hmotněprávní. S kolizní spravedlností jsou spjaty pojmy nejužšího spojení, rozumného uspořádání, charakteristického plnění apod.

Spravedlnost materiální naopak míří na nejlepší, nejvýhodnější řešení z hlediska hmotného práva. Materiální spravedlnost byla v kontinentálním mezinárodním právu soukromém spíše výjimkou, v poslední době se však prosazuje tam, kde je třeba chránit slabší smluvní stranu, nejvyšší zájem dítěte apod.

Oba typy spravedlnosti mohou vést k únikovému použití jiného práva, než je právo určené základní kolizní normou. Zatímco kolizní spravedlnost je cílem většiny únikových doložek, výjimečně může být ve hře i spravedlnost materiální, kdy dochází k zamezení tvrdosti (*hardship clauses*).

5. MEZERY V ZÁKONĚ

Klasický prostor pro uvážení poskytují případy, které zákon neřeší, přestože se na ně vztahuje, tedy tzv. mezery v zákoně. V našem mezinárodním právu soukromém se s ustanovením, které řešilo mezery v kolizních normách, setkáváme již v obecném občanském

³⁸ Srov. blíže GRYGAR, J. In: M. Pauknerová – N. Rozehnalová – M. Zavadilová. *Komentář*, op. cit., s. 364.

zákoníku z roku 1811 (o. z. o.).³⁹ V samotném zákoníku byly obsaženy kolizní normy zejména v § 4, § 34–37 a § 300 o. z. o. Tyto normy však nezahrnovaly všechny situace, které bylo potřebné řešit: nebyla zvláštní kolizní úprava pro rodinné právo, dědické právo, obligační právo s výjimkou smluv aj. Otevíral se tak prostor pro „svobodnou nauku“, soudcovské rozvíjení práva, extenzivní výklad, analogii. Tento prostor umožňoval slavný § 7 o. z. o.: „*Nelze-li právní případ rozhodnouti ani podle slov ani z přirozeného smyslu zákona, jest hleděti k podobným případům v zákonech zřejmě rozhodnutým, a k důvodům jiných, s tím příbuzných zákonů. Zůstane-li právní případ ještě pochybný, musí býti rozhodnut podle přirozených zásad právních, se zřetelem k okolnostem pečlivě shrnutým a zrale uváženým.*“

Toto pravidlo otevřelo řešení pro vyplnění mezer v právu, zakotvilo možnost použití analogické aplikace právního předpisu a zejména pak umožnilo využívání přirozených zásad právních. Byla to úprava obecná, která se vztahovala i na pravidla mezinárodního práva soukromého, původně obsažená v obecném občanském zákoníku.

Naše pozdější samostatné zákony o mezinárodním právu soukromém žádnou zvláštní úpravu řešení mezer v právu neobsahovaly.

5.1 Mezery a současné české mezinárodní právo soukromé

Nová úprava je zakotvena v § 24 odst. 2 ZMPS: „*Jestliže pro určitý poměr nebo otázku, které spadají do předmětu úpravy tohoto zákona, nelze určit rozhodné právo podle jiných ustanovení zákona, použije se pro ně právo, které je s nimi v nejužším vztahu, ledaže strany pro ně zvolily nebo jinak označily použití určitého práva.*“

Zákonodárce se tak snaží předjímat řešení i pro ty případy, na které se ZMPS sice vztahuje, ale výslovně je neupravuje. Toto ustanovení se odlišuje od všeobecné únikové doložky obsažené v § 24 odst. 1 ZMPS. Úniková doložka je zaměřena na situace, které zákon upravuje, avšak daná úprava se nejvíce jako zcela vhodná. Pravidlo v odstavci 2 naopak směřuje k určování rozhodného práva pro situace neupravené, které však spadají do působnosti („předmětu úpravy“) zákona.

Při výkladu bude potřebné se soustředit především na vymezení právního řádu, který je s daným poměrem nebo otázkou v nejužším vztahu. Nejužší vztah bude podle mého názoru potřebné vykládat zcela konkrétně, s přihlédnutím k tomu, k jakému právnímu řádu má vztah určitá konkrétní, relevantní skutečnost. Takovou skutečností bude např. občanství, obvyklý pobyt nebo bydliště účastníka, sídlo jiné než fyzické osoby nebo místo, kde je osoba usazena a vyvíjí svou činnost, místo jednání, místo plnění, místo polohy věci, místo, kde došlo k určité události apod. Relevantní může být i souvislost s jiným právním poměrem, akcesorita apod.

Kritériem bude především kolizní spravedlnost, tedy spravedlnost z hlediska, ke kterému právu má daný poměr nejbližší bez ohledu na to, jaký bude materiální výsledek řešení podle takto určeného rozhodného práva.

Zcela výjimečně se právo podle nejužšího spojení nepoužije, a to tehdy, pokud strany právo zvolily nebo jinak označily použití určitého práva. Volba práva stranami (i tzv. jednostranná volba práva) tak získává přednost před vyplněním mezery rozhodujícím

³⁹ O. z. o. – č. 946/1811 Sb. z. s. – Obecný zákoník občanský.

orgánem. To by mělo posílit právní jistotu a předvídatelnost řešení. Přitom podle zákona stačí, že strany „jinak označily použití určitého práva“. Může jít o odkaz na určité dílčí ustanovení, z něhož je patrné, o který právní řád půjde. Obecně zde stačí, lze-li dovodit, že strany na nějaké právo pomýšlely.

5.1.1 Nejužší spojení

I v této souvislosti, tedy při řešení mezer v právu, se setkáváme s pojmem „nejužší spojení“. Je to dnes již klasický výraz pro dostatečně odůvodněnou a dostatečně silnou vazbu na určitý právní řád. Tento pojem se tedy promítá do úpravy mezinárodního práva soukromého nejen jako flexibilní hraniční určovatelský, ale i jako časté kritérium únikových doložek, a konečně i jako vodítko při řešení mezer v právních předpisech.

Není to však pojem, který by byl zcela spolehlivý a zaručoval předvídatelnost řešení, k němuž soudce dospěje. Dokonce si myslím, že široká oblíbenost tohoto pojmu a opětovné používání tam, kde si zákonodárce neví rady a chce se jen pojistit, že na něco nezapomněl, svědčí o určité inflaci tohoto pojmu. Tím se snižuje jeho efektivita.

Rakouský zákon o mezinárodním právu soukromém v § 1 odst. 1, který lze rovněž považovat za nástroj řešení mezer v zákoně, hovoří obdobně o „nejsilnějším spojení“ (*stärkste Beziehung*), srovnej výše § 1 odst. 1 IPRG.

5.2 Mezery a unijní právo

O řešení mezer v mezinárodním právu soukromém se zajímá i právo unijní. „Mezery“ však Evropská komise pojímá jako otázky, které dosud nejsou unijním právem upraveny z důvodu, že se na ně příslušná kolizní nařízení nevztahují. Jsou sem zařazována např. práva věcná, trusty, obchodní zastoupení, společnosti, řada otázek rodinného práva, způsobilost osoby apod.⁴⁰ Bříza rozlišuje v případě „mezer“ v unijních kolizních nařízeních dvě výkladové varianty: buď se jedná o mezeru úmyslnou, kdy se daná materie ponechává úpravě vnitrostátního mezinárodního práva soukromého, nebo se jedná o mezeru neúmyslnou, kdy unijní zákonodárce chtěl, aby i daná situace byla řešena na základě daného předpisu. V takovém případě bude namísto postupovat podle kolizní normy, která upravuje situaci věcně nejbližší. Odlišuje však unijní předpis, který nepředstavuje komplexní kolizní úpravu všech otázek mezinárodního práva soukromého, od našeho zákona, který tuto ambici má, a musí tedy obsahovat ustanovení pokrývající veškeré situace, které mohou v oblasti jeho předmětu úpravy nastat. Unijní právo si může dovolit ponechat některé situace mimo svou působnost, neboť v takových případech se uplatní příslušné vnitrostátní právo členského státu soudu.⁴¹

Osobně se domnívám, že samotnou věcnou působnost předpisu, ať již působnost unijního nařízení, či mezinárodní smlouvy, je potřebné odlišovat od vlastních mezer právní úpravy. Působnost vymezuje rozsah aplikace příslušného instrumentu a otázky,

⁴⁰ Srov. KRAMER, X. *Current gaps and future perspectives in European private international law: towards a code on private international law?* Brusel: DG for internal policies, Policy Department, Citizen's rights and constitutional affairs, 2012, s. 5 an.

⁴¹ BŘÍZA, P. In: P. Bříza – T. Břicháček – Z. Fišerová – P. Horák – L. Ptáček – J. Svoboda. *Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář*. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 154.

na které se předpis nevztahuje, které tedy nejsou do věcné působnosti zahrnuty, zůstávají mimo tento rozsah a mezery nepředstavují. Přesněji vyjádřeno, nepředstavují mezery z hlediska tohoto předpisu. Jedině snad lze uvažovat o mezerách z hlediska, že perspektivně bude unijní právo zahrnovat celé mezinárodní právo soukromé – v tomto směru by snad bylo možno označit tyto oblasti jako „mezery“, ale klasické mezery v právu to nejsou.

Na druhé straně existují právní otázky, na které se dané nařízení či mezinárodní smlouva vztahují, ale které výslovně neupravují a nelze je subsumovat pod jiná ustanovení daného právního instrumentu. Pouze tyto oblasti představují mezery úpravy.

5.3 Mezery a pravidla unifikuující soukromé hmotné právo

5.3.1 Mezery a mezinárodní smlouvy

Některé mezinárodní smlouvy unifikuující soukromé hmotné právo výslovně obsahují ustanovení o řešení mezer ve svých úpravách, Kučera vytvořil pojem „vnitřní meze přímé úpravy“.⁴² Z tohoto hlediska se mezinárodní smlouvy dělí na otevřené a uzavřené. Otevřené mezinárodní smlouvy vycházejí z toho, že pokud určitá otázka není výslovně upravena, uplatní se subsidiárně národní právo, které určí zvláštní kolizní norma, kterou smlouva obsahuje. Tak např. Vídeňská úmluva o smlouvách o mezinárodní koupi zboží⁴³ obsahuje výslovné ustanovení pro řešení mezer úpravy – čl. 7 odst. 2 uvádí: „*Otázky spadající do předmětu úpravy této Úmluvy, které v ní nejsou výslovně řešeny, se řeší podle obecných zásad, na nichž Úmluva spočívá, nebo jestliže takové zásady chybějí, podle ustanovení právního řádu rozhodného podle ustanovení mezinárodního práva soukromého.*“

Subsidiárně se tedy uplatní kolizní normy státu rozhodujícího orgánu. Naproti tomu uzavřené úpravy si musejí vystačit samy a se žádnou vnější úpravou nepočítají. Např. podle čl. 17 Haagského jednotného zákona o mezinárodní kupní smlouvě (*Uniform Law on the International Sale of Goods*) z roku 1964: „*Otázky týkající se záležitostí, na něž se vztahuje tento zákon, které v něm nejsou výslovně upraveny, budou upraveny ve shodě s obecnými zásadami, na nichž spočívá tento zákon.*“⁴⁴

Subsidiární aplikace jiných norem je tu vyloučena, soudce musí nalézt řešení uvnitř daného právního instrumentu.

5.3.2 Mezery a CESL

Příkladem z nedávné doby může být čl. 11 návrhu nařízení o společné evropské právní úpravě kupní smlouvy (*Common European Sales Law, CESL*),⁴⁵ který stanoví: „*Jestliže si smluvní strany platně sjednaly použití společné evropské právní úpravy kupní smlouvy, řídí se záležitosti upravené touto smlouvou pouze společnou evropskou právní úpravou kupní smlouvy.*“

⁴² Srov. KUČERA, Z. – PAUKNEROVÁ, M. – RŮŽIČKA, K. a kol. *Mezinárodní právo soukromé*. 8. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk – Brno: Doplněk, 2015, s. 209.

⁴³ Vídeňská úmluva o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, vyhl. č. 160/1991 Sb.

⁴⁴ *Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*, příloha *Uniform Law on the International Sale of Goods*, UNIDROIT 1964. Česká republika není smluvním státem.

⁴⁵ Návrh nařízení EP a Rady o společné evropské právní úpravě kupní smlouvy, KOM(2011) 635 v konečném znění.

Návrh CESL byl sice před nedávnem Evropskou komisí opuštěn, stále je však zdrojem inspirací a pro část odborníků i politiků nadále perspektivním záměrem. I v tomto případě by byla vyloučena subsidiární aplikace jiného předpisu.

Pokud lze mezery řešit i v dílčích unifikovaných úpravách obsahujících hmotné normy – v mezinárodních smlouvách či nařízeních – není důvodu, proč bychom nemohli uvažovat obdobně i v unifikacích kolizních norem. Osobně bych tedy úpravu mezer nevyklučovala ani v rámci dílčích kolizních unifikací.

SLOVO NA ZÁVĚR

Tento příspěvek se zaměřil na okruh otázek, které vymezují prostor pro uvážení rozhodujícího orgánu při určení rozhodného práva. Obecně se zamýšlel nad zachováním právní jistoty na straně jedné a umožněním flexibility na straně druhé. Tyto obecné úvahy promítl do posouzení úpravy hraničních určovatелů, únikových doložek a řešení mezer v právu.

Právní jistotu symbolizují pevná pravidla, od nichž se nelze odchýlit. Ukazuje se však, že pevné kolizní normy, které takto přímo určují rozhodné právo, někdy nevyhovují a nepostihují všechny situace. Naproti tomu obecnější formulace, jako je typicky nejuzší spojení právního poměru s určitým právním řádem, kladou vyšší nároky na soudce a neposkytují stranám předem dostatečnou jistotu, s jakým výsledkem bude spor rozhodnut, jaký výsledek lze očekávat.

Konkrétní řešení bude pak záležet na úvaze rozhodujícího orgánu. Bude záležet na jeho odvaze prolomit pravidlo ve prospěch výjimky na straně jedné, a na straně druhé na tom, aby se případně nebál poukázat na určité limity, které je v zájmu právní jistoty potřebné respektovat.

**Judicial Discretion in the Czech Private International Law:
Looking Back at Czech Private International Law in Honour of Antonín Hobza****Monika Pauknerová**

***Abstract:** The paper focuses on judicial discretion in private international law. In general, judicial discretion should not exceed certain limits which are defined by the requirement of legal certainty and predictability. At the same time the possibility of flexible solutions allows for considering specific circumstances of each individual case on the one hand, but imposes higher demands on the decision-making on the other. The paper wants to focus on three aspects of the outlined issue: formulation of connecting factors, escape clauses and the filling of gaps in Czech private international law, in the context of European private international law and relevant national legislation of selected countries. This structural classification is neither strict, nor entirely logically interconnected as these three aspects are partially overlapping.*

***Key words:** private international law, legal certainty and predictability, connecting factor, escape clause, gaps in law*