

Občanskoprávní vztahy s mezinárodním prvkem a způsoby jejich právní úpravy

ZDENĚK KUČERA

I. OBČANSKOPRÁVNÍ VZTAHY S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

1. Mezinárodní prvek v občanskoprávních vztazích.

Předmětem úpravy prováděné právními normami, které se zahrnují do mezinárodního práva soukromého, jsou společenské vztahy, jež se v důsledku úpravy provedené hmotným právem (právem občanským, rodinným, pracovním určitého státu, popř. i mezinárodně sjednocenými hmotně-právními normami) stávají vztahy právními a které navíc proti běžným občanskoprávním vztahům obsahují mezinárodní prvek. Úprava občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem je tak funkcí mezinárodního práva soukromého. Ponecháváme stranou otázku zařazení mezinárodního práva procesního do mezinárodního práva soukromého, kterou se zde nebudeme zabývat.¹⁾

Mezinárodní prvek je typickým a specifickým znakem, který daný občanskoprávní vztah zařazuje do oblasti úpravy mezinárodního práva soukromého. Pojmu „občanskoprávní vztah“ v této souvislosti budeme nadále používat v širokém smyslu zahrnujícím do něho i vztahy práva rodinného a pracovního.

Vzhledem k základnímu významu pojmu „mezinárodní prvek“ pro vymezení mezinárodního práva soukromého je třeba věnovat mu pozornost.

V první řadě je třeba poukázat na určitou terminologickou nejednotnost. K otázce terminologické se ještě vrátíme, neboť k jejímu správnému posouzení je účelné napřed probrat podstatu pojmu mezinárodního prvku. Je však možno již nyní uvést, že vedle mezinárodního prvku se mluví o zahraničním prvkem, cizím prvkem, popř. o tom, že určitý právní vztah obsahuje prvek se vztahem k cizině nebo k zahraničí.

V literatuře se velmi zřídka setkáváme s pokusem pojem „mezinárodní prvek“ blíže vymezit. V definicích mezinárodního práva soukromého se

¹⁾ K stanovisku v této otázce srov. autorovu učebnici Mezinárodní právo soukromé, Praha 1975, str. 11, 12 a 310, 311.

jím běžně operuje; používá se ho však někdy bez bližšího vysvětlení nebo se jen uvádějí jeho příklady.²⁾ Zřejmě se zde spoléhá na zkušenost z praxe nebo zjevné rozlišení občanskoprávních vztahů obsahujících mezinárodní prvek od těch, které jej nemají, patrně z jednoduchých typických příkladů. Často se setkáváme s vymezením pojmu mezinárodního prvku tak, že se uvádějí kategorie případů, v nichž se mezinárodní prvek v občanskoprávním vztahu může projevit.³⁾ Jde o tři kategorie případů: 1. Subjektem vztahu je zahraniční občan nebo zahraniční právnická osoba, 2. předmětem vztahu je věc, která je v zahraničí, 3. právní skutečnost, s níž je spojen vznik, změna nebo zánik právních vztahů, se uskuteční v cizině (např. smlouva se uzavře nebo porušení práva se uskuteční v cizině, závazek má být splněn v cizině, k úmrtí občana došlo v cizině atd.). Lunc výpočet těchto tří kategorií případů mezinárodního prvku nepokládá za příkladný, ale za vymezení těchto případů, jak je patrné z jeho poznámky k recenzi Przibylowského o Luncově učebnici z roku 1949.⁴⁾ V této recenzi se vyslovuje pochybnost nad ohrazením mezinárodního prvku uvedenými třemi kategoriemi, ledaže by kategorie „právní skutečnosti, jež nastane v cizině“ měla podpůrnou úlohu zahrnovat vše, co nelze zařadit do ostatních dvou kategorií. V tom případě by však podle recenze tento pojem překračoval meze, které pro něj z nauky občanského práva plynou. Lunc k tomu uvádí, že uvedené tři kategorie zahrnují základní případy a případy, které by nebylo možné zařadit do jedné z nich, jsou poměrně vzácné. Připouští tedy jejich možnost, i když při vymezení mezinárodního prvku na ně nebere zřetel.

Konečně se lze, i když je to vzácné, setkat i s pokusem podat abstraktní zobecňující definici pojmu mezinárodní prvek. Maďarský autor Récezi ve své učebnici pokládá za zahraniční prvek tu skutečnost tvořící součást skutkové podstaty určitého právního poměru a mající vztah k zahraničí, na jejímž základě právní poměr mezi stranami vznikl.⁵⁾ K jeho definici se ještě vrátíme.

Uvedená rozmanitost v zacházení s pojmem mezinárodního prvku nutí blíže si všimnout vymezení pojmu prvku občanskoprávního vztahu.

Čs. učebnice občanského práva⁶⁾ uvádí, že za prvky právních vztahů obecně (byť to v literatuře není nesporné) se považují účastníci (subjekty)

²⁾ Srov. např. učebnici G. C. Cheshire—P. M. North: Cheshire's Private International Law, 8. vyd., London 1970, 3, 5, 6.

³⁾ Srov. např. L. A. Lunc: Meždunarodnoje častnoje pravo, obščaja časť, 3. vyd., Moskva 1973, str. 19.

⁴⁾ Państwo i prawo, 1950, č. 10, str. 132—136; L. A. Lunc: op. cit., pozn. 1 na str. 19.

⁵⁾ L. Récezi: Internationales Privatrecht, Budapest 1960, str. 62: ... Diese Auslandsberührung bezieht sich an die Tatsachen, auf Grund deren das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien zustandegekommen ist. Dieser Teil des Tatbestandes wird Auslandselement genannt...

⁶⁾ Československé občanské právo, sv. I, Praha 1974, pod hlavní redakcí V. Knappa a Š. Lubyho, str. 208—214, jde o partii zpracovanou V. Knappem.

právních vztahů, předmět právních vztahů a jejich obsah. Dále se k problematice prvků právního vztahu řadí zpravidla též otázka právních důvodů vzniku právních vztahů, tj. skutečností, s nimiž právní řád spojuje vznik právních vztahů. Obsahem občanskoprávních vztahů jsou oprávnění (subjektivní práva) a povinnosti jejich účastníků. Předmětem občanskoprávních vztahů je určité lidské chování, které se uplatňuje buď v činnosti subjektů občanskoprávního vztahu (*dare, facere*) nebo v nečinnosti (*pati, omittere*). Otázka po předmětu právních vztahů se však klade i v jiném smyslu. Majetkové vztahy, které jsou předmětem občanského práva, se samy něčeho dotýkají, mají svůj předmět, resp. něčeho se týká chování, které je předmětem občanskoprávního vztahu. V tomto druhém smyslu se předmětem občanskoprávního vztahu rozumí předmět majetkového společenského vztahu, který je sám předmětem občanskoprávního vztahu v prvním, dříve uvedeném smyslu. Tento předmět v druhém významu se označuje také jako nepřímý předmět občanskoprávních vztahů. Jsou jím věci, práva a nehmotné výsledky lidské činnosti.⁷⁾ Učebnice čs. občanského práva uvádí v této souvislosti také „lidské činnosti“. Domníváme se, že lidská činnost, tj. chování účastníků právních vztahů, je, jak ze shora uvedeného vyplývá, přímým předmětem občanskoprávních vztahů.

Občanskoprávní vztah obsahuje mezinárodní prvek tehdy, jestliže některý z jeho prvků má vztah k zahraničí. U subjektů vztahu je tento vztah k zahraničí dán v případech, jde-li jak o příslušníky zahraničního státu tak i o osoby, které mají v zahraničí bydliště, popřípadě tzv. domicil. Jak známo, podle kolizních úprav některých států mají bydliště, resp. domicil v určitém státě význam pro použití práva takového státu. U právnických osob je vztah k zahraničí dán jak, jde-li o právnickou osobu zřízenou podle zahraničního práva, tak má-li v zahraničním státě své sídlo, a také jestliže některým z účastníků právnické osoby je zahraniční subjekt.

Pokud jde o skutečnosti, s kterými je spojen vznik právních vztahů (právní důvody vzniku právních vztahů), je jejich vztah k zahraničí dán tehdy, uskutečnili se v cizině. V obvyklých výpočtech případů mezinárodního prvku se vedle skutečností, které vedou ke vzniku právního vztahu, uvádějí také skutečnosti, jež mají za následek změnu nebo zánik právního poměru. I v těchto případech má občanskoprávní poměr mezinárodní prvek, jestliže se tyto skutečnosti uskutečnily v zahraničí. V uvedeném seřazení prvků právního vztahu prováděném naukou občanského práva bychom tyto skutečnosti zařadili často do předmětu právního vztahu v prvním uvedeném smyslu. Může jít o chování účastníků právního vztahu, např. jestliže splnění závazku se má uskutečnit v zahraničí. V nejširším smyslu bude možno pro výpočet případů mezinárodního prvku mluvit o skutečnosti, jež má právní význam pro vznik i další existenci a utváření právního vztahu. Tento pojem zahrnuje i chování účastníků právního vztahu, neboť to lze pokládat za právně významnou skutečnost.

Pokud jde o předmět právního vztahu, uvedli jsme právě, že předmět

⁷⁾ Srov. také ustanovení § 13 ZMO.

v přímém smyslu, tj. chování účastníků, můžeme zahrnovat pod pojem právně významné skutečnosti. Mezinárodní prvek bude dán samozřejmě také tehdy, jestliže předmět v nepřímém smyslu, za nějž se pokládají věci, práva a nehmotné výsledky lidské činnosti, je umístěn v zahraničí. V obvyklých výpočtech případů mezinárodního prvku se zde mluví o předmětu bez dalšího, aniž by se zdůrazňoval rozdíl tohoto předmětu právního vztahu oproti předmětu v přímém smyslu. Vedle obvykle uváděného příkladu vlastnického, popřípadě jiného věcného práva k věci, jež je umístěna v cizině, můžeme uvést příklad smlouvy mezi dvěma tuzemskými subjekty o převodu nebo poskytnutí licence k ochranné známce registrované v zahraničním státě (právo lokalizované v zahraničí) nebo smlouvy o zprostředkování uzavření určitého obchodu v cizině (nehmotný výsledek lidské činnosti, jehož se dosáhne v zahraničí, i když zde patrně i chování účastníka, jehož předmětem, tj. v přeneseném smyslu, je dosažení tohoto výsledku, se alespoň částečně někdy uskuteční v cizině).

Mezi prvky občanskoprávního vztahu zařazuje nauka občanského práva, jak uvedeno, také obsah občanskoprávního vztahu, tj. oprávnění (subjektivní práva) a povinnosti jeho účastníků. Vztah k zahraničí bude zde dán tehdy, jestliže se obsah právního vztahu, tj. práva a povinnosti účastníků budou řídit zahraničním právem. To však předpokládá, že jde o takový právní poměr, v němž některý jiný prvek má vztah k zahraničí. Teprve pak eventuálně přichází v úvahu použití zahraničního práva pro jeho obsah. Nicméně ta skutečnost, že práva a povinnosti účastníků určitého právního vztahu se řídí zahraničním právem, může vytvářet podle našeho názoru mezinárodní prvek pro jiný vztah, který s uvedeným vztahem právně souvisí, resp. je na něm právně závislý. Tak např. pro vztah založený ručením mezi dvěma subjekty z téhož státu je mezinárodním prvkem, jestliže zajištěný závazek se řídí zahraničním právem.

Výčet případů, v nichž se v občanskoprávním vztahu může vyskytovat mezinárodní prvek, lze upřesnit tak, že občanskoprávní vztah má mezinárodní prvek tehdy, jestliže vztah k zahraničí je dán u

1. subjektů právního vztahu, tím že účastník právního vztahu je příslušníkem zahraničního státu nebo má v zahraničí bydliště, resp. domicil, nebo v případě právnické osoby tato byla založena podle zahraničního práva nebo má sídlo v zahraničí nebo na jejím konstituování a existenci se účastní jako společníci zahraniční subjekty;

2. skutečnosti právně významné pro vznik a existenci právního vztahu, tím že k ní došlo nebo má dojít v zahraničí, přičemž takovou skutečností může být jak právní úkon nebo jiná událost, tak i chování účastníka, jež je předmětem právního vztahu;

3. předmětu právního vztahu, čímž se má na mysli nepřímý předmět právního vztahu, tj. věci, práva a nehmotné výsledky lidské činnosti, jichž se týká chování účastníků právního vztahu, tím že tento předmět je umístěn v cizině nebo jinak lokalizován či vázán na oblast zahraničního státu nebo ho má být dosaženo v zahraničí;

4. právního vztahu právně souvisícího nebo právně závislého (akceso-

rického) na jiném právním vztahu, tím že tento posléze uvedený právní vztah se spravuje zahraničním právem.

Jak ještě dále uvedeme, podotýkáme již zde, že se nedomníváme, že by jakýkoliv vztah k zahraničí u některého prvku občanskoprávního vztahu znamenal, že tento občanskoprávní vztah je vztahem s mezinárodním prvkem.

Ze shora uvedeného je patrné, že v případě občanskoprávního vztahu s mezinárodním prvkem se vztah k zahraničí dotýká takového prvku konkrétního občanskoprávního vztahu, bez něhož by občanskoprávní vztah ve své dané podobě neexistoval, který jej individualizuje a vtiskuje mu určitou podobu. Občanskoprávní vztah v konkrétním případě je určen svými subjekty, předmětem, k němuž se vztahuje, skutečností, která vedla k jeho vzniku nebo na níž záleží jeho zánik nebo realizace. Ručení by nemohlo existovat bez hlavního závazku, který je jím zajištěn.

Z tohoto hlediska můžeme připustit, že se přibližuje vystižení pojmu mezinárodního prvku uvedená definice Réczeiova,⁸⁾ podle níž vztah k zahraničí má mít skutečnost, tvořící součást skutkové podstaty právního vztahu, na jejímž základě právní vztah vznikl, jestliže ji rozšíříme a za slovo vznikl doplníme „a existuje“.

Je třeba uvést, že při takto vymezené možnosti výskytu mezinárodního prvku v občanskoprávním vztahu lze si těžko představit případ, kdy v nějakém společenském vztahu upraveném občanským právem, který vykazuje nějaký kontakt se zahraničím, mohl by se tento kontakt týkat něčeho jiného než některého z prvků právního vztahu, jímž se tento společenský vztah v důsledku občanskoprávní úpravy stává. Přesto však nikoliv každý kontakt se zahraničím vtiskuje občanskoprávnímu vztahu povahu občanskoprávního vztahu s mezinárodním prvkem, který je předmětem úpravy mezinárodního práva soukromého.

Pokusíme se to vysvětlit na příkladech:

Dva manželé, oba tuzemští státní občané žijící v tuzemsku, odjedou na třítydenní dovolenou do zahraničí. Oba jako subjekty právního vztahu založeného uzavřením manželství mají po tuto dobu pobyt v zahraničním státě; jejich chování, které je předmětem právního vztahu založeného uzavřením manželství, se po tuto dobu uskutečňuje v zahraničí. Může se stát, že právě v té době dojde v chování některého z nich k porušení povinností vyplývajících z jejich osobních manželských vztahů. Událost tohoto druhu, k níž došlo v zahraničí, může později po návratu být podnětem k zahájení řízení před tuzemským soudem. Nepochybně nebude soud pokládat vztah, kterým se bude zabývat, za vztah s mezinárodním prvkem, a použije při rozhodování o něm zcela samozřejmě bez dalšího tuzemského práva a nebude uvažovat o aplikaci kolizní normy, i když by tato v tomto případě také k použití tuzemského práva odkazovala. K použití tuzemského práva však zde dochází bezprostředně, nezávisle na kolizní normě.

⁸⁾ Viz pozn. 5.

Patrně jinak bychom uvažovali v případě, kdy dva manželé, oba tuzemští občané, se vystěhují do zahraničí a zde trvale žijí. V manželství dojde k rozvratu a jeden z nich, ať z ciziny nebo po návratu do vlasti, požádá tuzemský soud o rozvod manželství. I zde by došlo k použití tuzemského práva; vztah k zahraničí je však natolik významný, že by bylo třeba použít tuzemského práva odůvodnit ustanovením kolizní normy. K použití tuzemského hmotného práva zde dochází v důsledku předchozího použití kolizní normy.

V obou případech pozorujeme určitý vztah k zahraničí u prvků právního vztahu, jednak u jeho subjektů a dále u předmětu právního vztahu, tj. chování účastníků, přesto uvažujeme tak, že v prvním případě o vztah s mezinárodním prvkem nejde. Je proto třeba zabývat se otázkou vymezení občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem proti vztahům, v nichž nějaký kontakt se zahraničím existuje, nemají však přesto povahu občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem.

Réczei rozlišuje mezi případy, kdy právní poměr má zahraniční prvek ve své skutkové podstatě nebo jiný zahraniční prvek. Prvky skutkové podstaty vytvářejí podle něho základ právního poměru. Přítomnost zahraničního prvku v skutkové podstatě vede ke kvalitativní změně právního poměru v tom smyslu, že by se při jeho úpravě mohly uplatnit i normy jiného státu než státu soudu. Jako příklad právního poměru se zahraničním prvkem, který se nedotýká skutkové podstaty, uvádí případ, kdy A vystaví v Maďarsku dlužní úpis, kterým se zaváže zaplatit B částku v rublech, ač přijal půjčku ve forintech. Podle autora právní poměr obsahuje zahraniční prvek, nikoliv však ve skutkové podstatě. Právní poměr se bude řídit maďarským právem, i když např. dlužní úpis bude datován z Moskvy. Tím se nemění nic na skutečnosti, že závazek vznikl v Maďarsku.⁹⁾ Příklad není přesvědčivý. Zahraniční prvek se v daném případě týká předmětu plnění, tedy nepochybně jednoho z prvků právního vztahu, který konkretizuje daný právní vztah. Mají-li se skutkovou podstatou na mysli jen skutečnosti, jež vedly ke vzniku právního vztahu, pak by podle toho nebyl dán zahraniční prvek ve skutkové podstatě, i kdyby se plnění částky mělo uskutečnit v zahraničí. Rozlišování mezi zahraničním prvkem ve skutkové podstatě a zahraničním prvkem netýkajícím se skutkové podstaty není uspokojující, protože každý kontakt se zahraničím, který zjistíme v určitém občanskoprávním poměru, se bude týkat některého z prvků občanskoprávního vztahu, který je nutný k celkové skladbě konkrétního vztahu.

Poměrně v nedávné době se zabýval otázkou vymezení rozdílu mezi vztahy s mezinárodním prvkem a vztahy bez tohoto prvku Nejvyšší soud USA ve věci Scherck v. Alberto-Culver Company.¹⁰⁾ Použil přitom pojmu

⁹⁾ L. Réczei: op. cit., str. 62.

¹⁰⁾ U.S. Supreme Court ze 17. 6. 1974, U.S. 41 L. Ed. 2 d 270 (1970); J. Howaldt, K. Howe: Schiedsklauseln in internationalen Verträgen und deren Anerkennung in den USA. Recht der Internationalen Wirtschaft, Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, 1975, str. 135 a násl.

„mezinárodní“ smlouva. Nerozumí jí však každou smlouvu s mezinárodním prvkem. Mluví o tom, že musí jít o „skutečně“ („truly“) mezinárodní smlouvu. Tento pojem sotva může být přesně definován. Nejvyšší soud USA přenechává schopnosti soudů, aby v budoucích případech rozlišily smlouvy s pouze bezvýznamným mezinárodním prvkem od skutečně (truly) mezinárodních smluv. U těchto smluv pak podle názoru soudu je zásadní nejistota o soudu příslušném pro spor a o použitelném právu. Nejvyšší soud USA zavrhuje jako provinční představu, že by všechny spory musely být před americkými soudy rozhodovány podle amerického práva. Na takovém základě by byl nemožný mezinárodní obchod a plavba.

S tímto závěrem je samozřejmě možno souhlasit. Pochybnosti však vzbuzuje otázka rozdílu mezi skutečně (truly) mezinárodní smlouvou a jinou smlouvou, popřípadě smlouvou, která obsahuje jen bezvýznamný mezinárodní prvek, a pojem „skutečně mezinárodní“ smlouva sám. Komentář k tomuto rozhodnutí spatřuje poukaz na kritéria rozhodná pro „mezinárodní“ smlouvu v jiném rozhodnutí Nejvyššího soudu USA ve věci *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*¹¹⁾ Šlo v něm o otázku uznání platnosti prorogační úmluvy o příslušnosti zahraničního (anglického) soudu, přičemž kritéria zde uváděná by mohla přicházet v úvahu i pro uznání mezinárodní povahy smlouvy. Jsou to: jednání zkušených stran neovlivněné lstivým předstíráním, ovlivňováním nepřiměřeným věcí nebo jednostranně převážující hospodářskou mocí, neexistence rozporu se silným veřejným pořádkem (public policy), jakož i volba neutrálního odborně kvalifikovaného fóra, které není tak nevyhovující, že by americkému účastníkovi znemožňovalo uplatnění jeho práv.¹²⁾

Zde tedy pro charakterizování určitého vztahu jako vztahu s mezinárodním prvkem v tom smyslu, že přichází pro něj v úvahu i použití jiného právního řádu než práva soudu, nestačí jen, a to i dosti silný, vztah k zahraničí u určitého prvku daného vztahu, ale berou se v úvahu i určité okolnosti, které stojí mimo podstatu daného právního vztahu a vytvářejí spíše určité prostředí, v němž k založení právního vztahu došlo. Přitom se u tohoto prostředí nehodnotí nějaký jeho vztah k zahraničí, ale to, zda vytvářelo dostatečnou ochranu pro tuzemského účastníka právního vztahu, aby jej bylo možno zbavit „dobrodiní“ aplikace vlastního tuzemského práva. Patrně nás nemůže uspokojit značná volnost otvírající možnost pro libovůli soudů při hodnocení toho, co je „skutečně“ mezinárodní smlouva.

S otázkou rozdílu mezi vztahem s mezinárodním prvkem a vztahem čistě vnitrostátním (purement interne) se setkáváme i ve francouzské nauce a judikatuře. Rozdíl má význam pro otázku volby práva, která je možná jen u „mezinárodní smlouvy“. Judikatura se mnohokrát zabývala pojmem „mezinárodní smlouvy“, avšak nepodala její definici. Kasační soud v souvislosti s otázkou přípustnosti rozhodčí doložky označil jako mezinárodní

¹¹⁾ *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972); Bochmer, Jancker, RIW/AWD, 1972, str. 449 a násl.; P. Behrens, Rabels Z, 1974, str. 590 a násl.

¹²⁾ J. H o w a l d t, K. H o w e: op. cit., str. 137.

takovou smlouvu, „která uvádí do hry zájmy mezinárodního obchodu“. Podle Loussouarna—Bredina se pokládá za mezinárodní smlouvu v tom smyslu, že je možné použít právního řádu zvoleného stranami, smlouva, která má spojení s více právními systémy, nebo, což je totéž, smlouva, jejíž všechny hraniční určovatelé (momenty rozhodné pro navázání) nejsou obsaženy (umístěny) v témže právním systému.¹³⁾

Jak patrně, celkem shodně se v науce i v judikatuře vychází z toho, že jen u vztahů s mezinárodním prvkem, nazývaných někdy vztahy mezinárodní („mezinárodní“ smlouva apod.), přichází v úvahu použití jiného než tuzemského právního řádu, takže jen tyto vztahy jsou předmětem zájmu a úpravy mezinárodního práva soukromého. Není však jednotu v nazírání na to, kdy jde o vztah s mezinárodním prvkem na rozdíl od vztahu čistě vnitrostátního.

Zabýváme-li se zde otázkou rozdílů mezi vztahy s mezinárodním prvkem a vztahy vnitrostátními, je třeba poznamenat, že toto rozlišování nelze zaměňovat s rozlišováním, které provádějí některé unifikace hmotněprávních nebo kolizních norem pro určité kategorie vztahů s mezinárodním prvkem, sjednané mezinárodními smlouvami. Tyto unifikační úmluvy (např. o haagských jednotných zákonech o mezinárodní kupní smlouvě a o uzavírání mezinárodní kupní smlouvy, Newyorská úmluva o promlčení práv souvisejících se smlouvou o mezinárodní koupi zboží, Haagská úmluva o právu rozhodném pro mezinárodní kupní smlouvu ohledně movitých věcí, mezinárodní úmluvy z oblasti mezinárodní přepravy) vymezují předmět úpravy unifikovaných norem tím, že podávají definice, co se rozumí kupní smlouvou mezinárodní povahy atd. Avšak i takové vztahy, které nejsou zahrnuty těmito definicemi, mohou mít povahu vztahů s mezinárodním prvkem. Nespádají-li do předmětu úpravy unifikovaných norem, neznámá to ještě, že by pro ně nepřicházelo v úvahu použití kolizních norem, popřípadě jiných kolizních norem než unifikovaných, takže mohou být předmětem úpravy mezinárodního práva soukromého.

Vymezení případů mezinárodního prvku v občanskoprávních vztazích sotva lze provést s matematickou přesností. Je třeba mít na zřeteli, že jde o právem upravované společenské vztahy. Mezinárodní prvek bude v nich dán tehdy, jestliže u některého jejich prvku bude dán vztah k zahraničí, nikoliv však jakýkoliv, nýbrž vztah společensky významný. Kdy o společensky významný vztah k zahraničí jde, bude záležet na nazírání určité společnosti. Toto nazírání nemusí být vždy stejné. Uvedli jsme shora příklady vztahů mezi manžely, kteří se v jednom případě pouze po zcela přechodnou dobu zdržovali v cizině, zatímco v druhém případě v cizině žili. Vyslovili jsme názor, že zřejmě z hlediska našeho právního řádu, tj. naší společnosti, nejde v prvním případě o právní vztah s mezinárodním prvkem, i když předmět právního vztahu, chování manželů se uskutečňovalo po nějakou dobu v cizině a právě v té době mohlo v něm dojít k právně vý-

¹³⁾ Y. Loussouarn, J.-D. Bredin: *Droit du commerce international*, Paris 1969, str. 593, 594.

znamným událostem. Na druhý případ jsme hleděli jako na právní vztah s mezinárodním prvkem.

Při posuzování otázky přítomnosti mezinárodního prvku v občansko-právním vztahu se musíme setkat s jistou relativitou, která má třídní základ; závisí na zájmu dané společnosti. Dokladem pro toto tvrzení je např. shora uvedené vymezení pojmu „skutečně“ mezinárodní smlouvy, prováděné v rozhodnutích Nejvyššího soudu USA, z nichž je patrné, že k vymezení tohoto pojmu se užívá kritérií, která již nesouvisí s podstatou daného vztahu, ale s okolnostmi jej provázejícími, a jejichž smyslem je ochrana amerického účastníka.

Určitá relativita při posuzování otázky mezinárodního prvku v občansko-právním vztahu by měla být co nejmenší v zájmu mezinárodní spolupráce a právní jistoty účastníků. Zdá se, že tomu tak ve většině případů je. Zárukou jednoty při posuzování této otázky může být, jestliže se bude vycházet jen z prvků občanskoprávního vztahu a nebude se přihlížet k jiným momentům.

Podle toho, co jsme uvedli, docházíme k závěru, že mezinárodní prvek je obsažen v občanskoprávním vztahu tehdy, je-li u některého z jeho prvků vztah k zahraničí společensky dostatečně významný, resp. nikoliv zanedbatelný.

V tomto závěru je podle našeho názoru klíč k řešení takových případů, jako je např. případ způsobení škody při automobilové nehodě mezi dvěma čs. občany v tuzemsku žijícími, k níž dojde v zahraničí, kdy by bylo možno bez ohledu na kritéria obsažená v Haagské úmluvě o právu rozhodném pro odpovědnost z dopravních nehod takový případ podrobit čs. právu jako vztah, který v občanskoprávním ohledu je čistě vnitrostátní, takže není třeba přikročit k aplikaci kolizních norem. Na této povaze občanskoprávního vztahu nemění nic skutečnost, že je třeba přihlížet k administrativním předpisům platným v místě nehody pro posouzení účasti na nehodě. Jinak by před nabytím účinnosti uvedené Haagské úmluvy bylo těžko odůvodnit aplikaci čs. hmotného práva, i když aplikace zahraničního práva je zjevně nevhodná.

Zbývá ještě vrátit se k již dříve naznačené otázce terminologické. Vedle výrazu „mezinárodní prvek“ mluví se často také o prvku zahraničním (zejména v zahraniční literatuře: jinostrannyj element, foreign element, élément étranger, ausländisches Element) anebo o cizím prvku.

V zájmu jednotnosti české terminologie bude podle našeho názoru nejvhodnější dát přednost výrazu „mezinárodní prvek“. Jedním z důvodů pro tento název, i když jistě z hlediska teoretické přesnosti nikoliv rozhodujícím, je použití tohoto výrazu v čs. zákoně o mezinárodním právu soukromém a procesním. Přesvědčivějším důvodem však je ta skutečnost, že v mezinárodním právu soukromém jsou nejvýznamnější ty občanskoprávní vztahy, u nichž je v jejich prvcích dán vztah k zahraničí, ať jsou posuzovány z hlediska kteréhokoliv státu. V dělení občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem, jak se jím dále budeme zabývat, zaujímají tyto vztahy nejpočetnější skupinu. Právě tyto vztahy svým společenským a ze-

jména ekonomickým významem překračují hranice jednotlivých států a nabývají tak charakteru vztahů mezinárodních v tom smyslu, že se v nich uskutečňuje zejména mezinárodní hospodářský styk. Bude proto vhodné vybrat název „mezinárodní prvek“ a používat ho, i když je možné, že v některých méně početných a vzácnějších případech by se místo něho lépe hodil výraz „zahraniční prvek“.

V dosavadním výkladu jsme vycházeli z toho, že předmětem úpravy norem mezinárodního práva soukromého jsou jen občanskoprávní vztahy s mezinárodním prvkem. Znamená to, že normy mezinárodního práva soukromého jsou výlučně určeny pro úpravu těchto vztahů a že pouze existence vztahů tohoto druhu je důvodem pro existenci těchto norem. Pro úplnost výkladu je třeba si této otázky blíže všimnout.

Vede nás k tomu skutečnost, že se v literatuře zastává někdy názor, že i čistě vnitrostátní vztahy vyžadují aplikaci kolizních norem (tj. norem, které patří do mezinárodního práva soukromého, nemáme zde na mysli kolizní normy mezioblastního práva).¹⁴⁾ S tímto názorem se setkáváme např. u Kegela. Uvádí, že mezinárodní právo soukromé zasahuje vždy, jakmile se používá právní normy soukromého práva. Zasahuje tedy i čistě vnitrostátní skutkové podstaty. Uvádí to na příkladu, v němž se nepochybně aplikuje tuzemské (německé) právo, a připojuje k němu závěr, že to, že určitou právní zásadu si neuvědomujeme, neznamená, že chybí. UVědomujeme si ji vždy u skutkových podstat se vztahem k zahraničí.¹⁵⁾

Tento názor nepokládáme za správný. Může k němu svádět obvyklá úprava otázky osobní a prostorové působnosti občanskoprávních norem, v občanskoprávních kodifikacích obsažená a v literatuře občanského práva běžně probíraná. Úvahy o této otázce by snad mohly vést k představě, že v každém občanskoprávním vztahu, i když jde o vztah čistě vnitrostátní povahy, který nemá sebestmenší dotyk se zahraničím, dochází k jinak samozřejmě aplikaci tuzemského práva právě proto, že i zde jde o vztah, který je uvnitř mezi vytyčených pro osobní a prostorovou působnost tuzemských občanskoprávních norem. Tyto meze vyplývají z kolizních norem, takže lze pokračovat k představě, že i v těchto případech dochází k aplikaci tuzemského práva na základě předchozí aplikace kolizní normy, která k tuzemskému právu odkazuje.

Vydávání a aplikace právních předpisů státu je projevem jeho státní svrchovanosti. Ta je důvodem pro to, že stát aplikuje své právní předpisy všude tam, kde je v jeho moci aplikaci těchto předpisů prosadit. Meze možnosti uplatnění státní moci jsou tak i mezemi možnosti pro použití vlastních právních předpisů. K aplikaci tuzemských občanskoprávních norem na vztahy čistě vnitrostátní dochází bezprostředně bez toho, že by na tyto normy odkazovala kolizní norma. Ve vztazích čistě vnitrostátních není třeba se vůbec zabývat otázkou vymezení osobní a prostorové působnosti

¹⁴⁾ E. Steindorff: *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a. M. 1958, str. 24, pozn. 2.

¹⁵⁾ G. Kegel: *Internationales Privatrecht*, III. vyd., München 1971, str. 4.

občanskoprávních norem, tak jako bychom se touto otázkou nezabývali ani u vztahů spadajících do jiných právních odvětví.

Otázka osobní a prostorové působnosti občanskoprávních norem se klade teprve u občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem, protože jen u nich vzniká pochybnost, zda se mají řídit ještě tuzemským právním řádem nebo zda jejich vztah k zahraničí natolik převažuje nad vztahem k tuzemsku, že bude pro ně použito jiného než tuzemského právního řádu. Právě jen pro tyto vztahy vytváří právní řád zvláštní normy, jimiž dobrovolně ve svém zájmu, který zahrnuje i zájem na spravedlivé úpravě těchto vztahů a na mezinárodní spolupráci, vytváří zvláštní právní úpravu těchto vztahů projevující se také v tom, že na základě těchto zvláštních norem tuzemského práva se přikročí k aplikaci zahraničního právního řádu. Domníváme se, že provedení úpravy těchto právních vztahů je prvotní funkcí těchto norem; vytyčení hranic pro působnost tuzemských právních předpisů co do prostoru a subjektů právních vztahů je teprve druhotným, i když prakticky jistě velmi důležitým důsledkem plnění uvedené prvotní funkce norem mezinárodního práva soukromého.^{15a)}

S tímto pojetím se shoduje i československá legislativní úprava, jak lze konstatovat ze znění § 1 zákona č. 97/1963 Sb. Výslovně se v něm zdůrazňuje, že účelem zákona je poskytnout úpravu pro občanskoprávní vztahy s mezinárodním prvkem.

Praktickým důsledkem omezení aplikace kolizních norem jen na občanskoprávní vztahy s mezinárodním prvkem, v kterých pouze přichází v úvahu použití zahraničního práva, je např., že také jen u těchto vztahů je možné, aby si účastníci sami zvolili rozhodné právo (§ 9 ZMPS). Pouze na tomto právním základě je možno dojít k závěru, že volba práva u čistě vnitrostátních vztahů je nepřipustná a byla by neplatná.

Tím také docházíme i na základě uvedených úvah k potvrzení závěru, již dříve uvedeného, že posláním norem mezinárodního práva soukromého je výlučně úprava občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. U jiných vztahů jejich aplikace v úvahu nepřichází. Tím pak také se dospívá k jasnému ohraničení mezinárodního práva soukromého jako zvláštního právního odvětví proti ostatním odvětvím právního řádu. Náзор o aplikaci kolizních norem ve všech případech občanskoprávních vztahů tyto jasné hranice mezi mezinárodním právem soukromým a ostatními odvětvími právního řádu smazává.

2. Třídění občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem.

V dosavadním výkladu jsme se zabývali rozlišením občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem proti vztahům bez tohoto prvku, tj. čistě vnitrostátním. Občanskoprávní vztahy s mezinárodním prvkem jsou však

^{15a)} Srov. J. Krčmář: Úvod do mezinárodního práva soukromého, Praha 1906, str. 92 a názory tam uvedené v pozn. 21.

natolik mnohotvárné, že můžeme také uvnitř těchto vztahů rozlišovat několik kategorií.

Jako autor základního rozlišování se uvádí Jitta,¹⁶⁾ který rozlišuje tři skupiny občanskoprávních vztahů: 1. národní, 2. relativně mezinárodní a 3. absolutně mezinárodní.

Relativně mezinárodní se označují takové vztahy, které všemi svými momenty vedou k jedinému státu a jeho právu. U těchto vztahů je mimo pochybnost, že bude pro ně použito tohoto právního řádu.¹⁷⁾

Budeme tyto vztahy označovat jako občanskoprávní vztahy s relativně mezinárodním prvkem. U těchto vztahů existuje ve všech jejich prvcích vztah k jedinému stejnému právnímu řádu. Mají tedy povahu vztahů s mezinárodním prvkem jen ve vztahu k některému jinému státu, jehož orgán se jimi zabývá. Např. československý soud bude projednávat žalobu ze závazkověprávního vztahu mezi dvěma zahraničními subjekty, příslušníky téhož státu bydlícími v tomto státě, vzniklého na základě smlouvy uzavřené v tomto státě a pouze na jeho území plněné, pouze z toho důvodu, že žalovaný má určitý majetek na území ČSSR, takže je dána příslušnost a tím i pravomoc čs. soudů k projednávání takového sporu.

K tuzemsku má tento právní poměr vztah jen v tom, že se jím tuzemský soud zabývá. Kdyby se tímto případem zabýval soud státu, k němuž tento poměr ve všech svých prvcích vykazuje vztah, šlo by pro něj o vztah čistě vnitrostátní. Můžeme proto tyto vztahy označovat také jako „zahraniční vnitrostátní vztahy“.¹⁸⁾

Uvedené vztahy s relativně mezinárodním prvkem se budou zřejmě vyskytovat poměrně vzácně. Vzhledem k tomu, že tyto vztahy ve všech svých prvcích vykazují vztah k jedinému zahraničnímu právnímu řádu, musí být tohoto právního řádu použito, ať kolizní norma státu fora bude pro navázání používat kteréhokoli hraničního určovatele kromě *lex fori*. Každý totiž musí vést k použití téhož zahraničního právního řádu. Nemá zde proto význam ani výběr kolizní normy, pro který je jinak třeba provést právní hodnocení posuzovaného vztahu, aby jej bylo možno podřadit pod rozsah některé kolizní normy. Jinými slovy u těchto zahraničních vnitrostátních vztahů nevzniká a odpadá kvalifikační problém. Vedle toho samozřejmě i odpadá otázka zpětného nebo dalšího odkazu, neboť není možné, když z hlediska příslušného zahraničního práva jde o vnitrostátní vztah, aby kolizní norma tohoto zahraničního práva odkazovala k použití jiného právního řádu.

Případy tohoto druhu jsou nepochybně dokladem pro to, že by bylo neudržitelné a zjevně nespravedlivé odmítat v určitých případech použití zahraničního právního řádu a prosazovat za všech okolností vlastní právní řád. K odmítnutí aplikace některého ustanovení zahraničního právního

¹⁶⁾ J. Jitta: *La méthode du droit international privé*, La Haye 1890, str. 200 a násl.

¹⁷⁾ Srov. E. Steindorff: *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a. M. 1958, str. 23, 24.

¹⁸⁾ Srov. Z. Kučera, O. Kunz: *Návrh úmluvy států EHS o právu použitelném na smluvní i mimosmluvní vztahy*. Právník, 1975, str. 892.

řádu může v těchto případech dojít jen za použití výhrady veřejného pořádku.

Určité pochybnosti může vzbudit otázka, zda i v těchto případech je třeba uznat platnost volby práva účastníky takové smlouvy, kdyby tito zvolili za rozhodné právo jiný právní řád než právní řád příslušného zahraničního státu. Z hlediska platného práva (§ 9 ZMPS) je odpověď na tuto otázku kladná; zmíněné ustanovení se vztahuje na smlouvy zakládající jakékoliv závazkověprávní vztahy s mezinárodním prvkem, tedy i na uvedené zahraniční vnitrostátní vztahy. Jinak však de lege ferenda lze uvažovat, zda by nebylo správné pro tuto kategorii vztahů volbu práva nepřipouštět, popřípadě tak jako celý takový vztah spadá plně do oblasti určitého zahraničního práva, ponechat tomuto právu možnost rozhodnout o platnosti učiněné volby práva.

Další význam pro způsob úpravy občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem spočívá u této kategorie zahraničních vnitrostátních vztahů v tom, že zřejmě nejsou vhodné jako předmět úpravy mezinárodně sjednocenými hmotněprávními normami.

Oproti občanskoprávním vztahům s relativně mezinárodním prvkem můžeme mluvit o občanskoprávních vztazích s absolutně mezinárodním prvkem v těch případech, kdy určitý občanskoprávní poměr vykazuje u některého svého prvku vztah k zahraničí, posuzováno z hlediska kteréhokoliv právního řádu, nikoliv jen z hlediska práva státu fora. Např. manželství uzavřené mezi příslušníky dvou různých států nebo kupní smlouva uzavřená mezi účastníky, z nichž každý má své sídlo (bydliště) v jiném státě, patří do této kategorie občanskoprávních vztahů. Tato skupina občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem je nepochybně mnohem významnější; právě u ní jde o vztahy, které svým významem přesahují hranice různých států, mají skutečně mezinárodní charakter a jsou právními formami realizace mezinárodních hospodářských, kulturních a jiných styků.

Domníváme se, že v této kategorii občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem můžeme ještě dále rozlišovat další skupiny těchto vztahů. Nepochybně mohli bychom rozlišovat, zda občanskoprávní vztah má kontakt jen s dvěma nebo více právními řády. Za významnější a praktičtější pokládáme rozlišování podle toho, zda tyto občanskoprávní poměry vykazují vztah také k tuzemskému právnímu řádu nebo jen k dvěma nebo více zahraničním právním řádům bez nějakého vztahu k lex fori. Příkladem pro prvou skupinu může být kterákoliv ze smluv, jež každodenně uzavírají čs. organizace zahraničního obchodu se svými zahraničními partnery, příkladem pro druhou skupinu kupní smlouva uzavřená mezi polským a tureckým partnerem, která nemá žádný vztah k čs. právnímu řádu, avšak její účastníci si pro rozhodování sporu určili Rozhodčí soud Čs. obchodní komory jako rozhodčí místo pro obě strany neutrální.¹⁹⁾

¹⁹⁾ K tomuto rozlišování srov. Ph. Francescakis: *La théorie du renvoi*, Paris 1958, str. 200; P. G o t h o t: *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*. *Rév. crit.*, 1971, str. 426, 427.

V rozlišování občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem můžeme jít ještě dále. U uvedené druhé skupiny případů, tj. u občanskoprávních vztahů vykazujících kontakt s dvěma nebo více zahraničními právními řády bez jakéhokoliv vztahu k *lex fori*, můžeme rozlišovat další dvě podskupiny, a to z toho hlediska, zda všechny zahraniční právní řády, k nimž tyto poměry mají vztah, používají pro daný občanskoprávní vztah stejného kolizního pravidla či nikoliv. O případy první podskupiny půjde i tehdy, když v jednotlivých zahraničních právních řádech je daný občanskoprávní vztah různě kvalifikován (např. v jednom jako smlouva kupní, v jiném jako smlouva o dílo apod.), avšak příslušné kolizní normy by v obou případech vedly k použití téhož právního řádu.

Tato první podskupina vykazuje určitou podobnost s občanskoprávními vztahy s relativně mezinárodním prvkem (zahraničními vnitrostátními vztahy). U těch nečiní problém výběr tuzemské kolizní normy: kterákoliv musí vést k aplikaci téhož právního řádu, do něhož daný vztah plně spadá. U případů právě uvedené podskupiny by zase kolizní norma kteréhokoliv ze zahraničních právních řádů, k nimž je dán v některém prvku vztah, vedla k aplikaci téhož právního řádu. Také zde nepřichází v úvahu možnost zpětného a dalšího odkazu. V obou kategoriích jde o vztahy nemající žádný kontakt s *lex fori*.

U uvedené podskupiny vzniká tak otázka, zda by v nich nebylo vhodnější namísto kolizní normy tuzemské použít shodného kolizního pravidla vyplývajícího z kolizních norem dopadajících na daný případ ve všech dotčených zahraničních právních řádech a vedoucích k témuž výsledku, pokud by tuzemská kolizní norma k tomuto výsledku nevedla.²⁰⁾

Úvaha zde naznačená je značně závažná. Klademe si otázku, zda by v určitých situacích nemělo být rozhodné právo vyhledáváno podle kolizní normy zahraniční namísto podle kolizní normy tuzemské. Nepochybně de lege lata lze to připustit jen tehdy, jestliže by to platný právní řád připouštěl, tak jako připouští použití zahraniční kolizní normy v určitých případech jiných, např. v ustanovení o zpětném a dalším odkazu.²¹⁾

²⁰⁾ Srov. E. M. Meijers: La question du renvoi. Bulletin de l'Institut juridique international, 1938, str. 225, 226; P. G o t h o t: op. cit., str. 438, 439.

²¹⁾ Srov. toto ustanovení čl. 25 odst. 2 v návrhu jednotného zákona o mezinárodním právu soukromém států Benelux: „Jestliže právní poměr vznikl nebo zanikl mimo Nizozemí (Belgii, Lucembursko) podle práva použitelného podle mezinárodního práva soukromého států, jichž se tento právní poměr podstatně dotýká v době svého vzniku nebo zániku, tento vznik nebo tento zánik se rovněž uznávají v Nizozemí (Belgii, Lucembursku), a to bez ohledu na právo použitelné podle ustanovení tohoto zákona.“

Dále srov. formulaci v návrhu etiopského občanského zákoníku: „1. Právní vztah, který vznikl v zahraničí a neměl k Etiopii žádný vztah osobní, místní nebo věcný, se uznává v Etiopii, i když odporuje etiopským kolizním normám. 2. V tomto případě stačí, je-li tento právní vztah uznáván mezinárodním právem soukromým jednoho ze států, k nimž měl v době svého vzniku vztah.“

Autorem této formulace je Ph. Francescakis, který opouští použití tuzemské kolizní normy, i když dotčené zahraniční právní řády se v kolizní úpravě daného vztahu neshodují.

Československý právní řád připouští podle našeho názoru v omezené míře použití jiné kolizní normy než kolizní normy tuzemského práva. Máme na mysli ty případy, v nichž bude nutno postupovat podle Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži, uzavřené v roce 1961 (vyhláška č. 176/1964 Sb.).

Její ustanovení mají přednost jak před zákonem o rozhodčím řízení v mezinárodním obchodním styku a o výkonu rozhodčích nálezů č. 98/1963 Sb. (srov. jeho ustanovení § 35) tak i před kolizními normami zákona č. 97/1963 Sb. (srov. jeho § 2). Podle této úmluvy v případě, že strany samy neurčí právo, kterého mají rozhodci při rozhodování ve věci samé použít, použijí rozhodci práva určeného podle kolizního pravidla, které budou považovat za přiměřené v daném případě (čl. VII. odst. 1). Toto ustanovení, které neukládá striktně použít kolizního pravidla státu, v němž se koná rozhodčí řízení a o jehož právní řád se oprávnění rozhodců k rozhodování sporu opírá, dovoluje použít kolizního pravidla přiměřeného pro daný případ, a tím by nemusela být vždy kolizní norma legis fori. Podle našeho názoru ty druhy případů, kdy by bylo možno uvažovat o jiném kolizním pravidlu přiměřenějším pro daný případ, než je kolizní norma legis fori, by mohly být právě případy, ve kterých by bylo možno odvodit kolizní pravidlo z kolizních norem všech dotčených právních řádů, vedoucích k témuž výsledku.

Bude tak zřejmě přiměřené, aby např. Rozhodčí soud Čs. obchodní komory ve sporu mezi obchodníkem ze státu A. a jeho partnerem ze státu B., kteří si zvolili tento rozhodčí soud jako neutrální místo ve třetím státě, použil pro jejich kupní smlouvu práva místa uzavření smlouvy, jestliže k tomuto právu směřují shodně kolizní normy obou států A. i B., pokud si strany samy nezvolily rozhodné právo, a nepoužil čs. kolizní normy odkazující na právo sídla (bydliště) prodávajícího. Předpokladem je, že se na spor vztahuje uvedená Evropská úmluva.

V případech tohoto druhu by stejně zahraniční právní řád, na nějž by odkazovala odchylná čs. kolizní norma, odkazoval svou kolizní normou k dalšímu právu, pokud by místo uzavření smlouvy bylo v jiném státě než sídlo prodávajícího. Šlo by tak o další odkaz, který by bylo třeba přijmout.

Z uvedeného je patrné, že shora naznačené třídění občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem má praktický význam, a to pokud jde o otázku kvalifikačního problému, volby práva a možné případy použití cizí kolizní normy při úpravě určitého případu (včetně zpětného a dalšího odkazu). Závěrem tohoto úseku práce uvádíme proto ještě přehledné roztržnění občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem.

Občanskoprávní vztahy s mezinárodním prvkem je možno třídit na takové, které

1. mají ve všech svých prvcích vztah jen k jedinému zahraničnímu právu; označujeme je za vztahy s relativně mezinárodním prvkem či zahraniční vnitrostátní vztahy; nebo

2. mají ve svých prvcích vztahy k dvěma nebo více právními řádům,

takže se jeví jako vztahy s mezinárodním prvkem orgánu kteréhokoliv státu; označujeme je za vztahy s absolutně mezinárodním prvkem; tyto můžeme dále dělit na právní vztahy, které

a) mají v některém svém prvku vztah k lex fori;

b) nemají žádný vztah k lex fori, tj. mají vztah jen k dvěma či více zahraničním právním řádům; tyto pak můžeme dále dělit na vztahy, které

ba) mají vztahy k právním řádům, jejichž kolizní normy aplikovány na ně nevedou k použití téhož právního řádu; nebo

bb) mají vztahy k právním řádům, jejichž kolizní normy aplikovány na ně vedou pokaždé k použití téhož právního řádu.

II. ZPŮSOBY ÚPRAVY OBČANSKOPRÁVNÍCH VZTAHŮ S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

Uvedli jsme, že přítomnost mezinárodního prvku v občanskoprávních vztazích je důvodem pro existenci zvláštních právních norem, jež zahrnujeme do mezinárodního práva soukromého. Tím jsme však, chceme-li se nyní zabývat metodami úpravy občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem, již předem zaujali určité stanovisko k této otázce: naznačili jsme, že vycházíme z toho, že občanskoprávní vztahy s mezinárodním prvkem vyžadují zvláštní úpravu odchylnou od úpravy občanskoprávních vztahů čistě vnitrostátních.

Pokud jde o úpravu vztahů s mezinárodním prvkem, je myslitelná celá řada přístupů k ní. Tato problematika má základní význam pro mezinárodní právo soukromé. Na jejím řešení závisí otázka oprávnění existence tohoto zvláštního právního odvětví, jeho *raison d'être*.

1. LEX FORI PŘI ÚPRAVĚ VZTAHŮ S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

Nelze přehlédnout, že vedle zvláštní úpravy vyvolané přítomností mezinárodního prvku v občanskoprávních vztazích je myslitelný i takový přístup, podle něhož by mezinárodní prvek nevyvolával takovou potřebu. S občanskoprávním vztahem s mezinárodním prvkem by se zacházelo stejně jako s kterýmkoliv občanskoprávním vztahem čistě vnitrostátním: použilo by se na něj tuzemského práva (lex fori) bez jakékoliv změny. Důsledné provedení tohoto přístupu by znamenalo negaci mezinárodního práva soukromého.

a) *Odmítání aplikace jiného práva než lex fori
ve stavu stejném jako pro vnitrostátní vztahy*

Je třeba říci, že se s tímto přístupem dovedeným do všech důsledků, tzn. úplným odmítáním aplikace jiného práva než lex fori, resp. jiného právního řešení případu s mezinárodním prvkem než toho, které se podává z aplikace lex fori tak jako v případě vnitrostátního vztahu, nesetkáváme.

I ty názory, které se blíží uvedenému přístupu, přece jen, jak dále ukážeme, v té či oné míře připouštějí, aby se se vztahem s mezinárodním prvkem zacházelo jinak než se vztahem vnitrostátním.

Přijetí tohoto přístupu k úpravě vztahů s mezinárodním prvkem by znamenalo přijetí stavu, který nepřijímaly ani prvé středověké školy mezinárodního práva soukromého.

Tento přístup by měl nežádoucí důsledky jednak pro vztahy s relativně mezinárodním prvkem (zahraniční vnitrostátní vztahy) a dále pro vztahy s absolutně mezinárodním prvkem.

V prvním případě jde o vztahy, které svou povahou jsou plně zařazeny do oblasti určitého právního řádu. Použití legis fori pro ně ve státě, jehož orgány se z nějakého důvodu jimi zabývají, by vedlo k zjevně nespravedlivým důsledkům, s nimiž jejich účastníci těžko mohli počítat.

V druhém případě by se použití uvedeného přístupu projevilo nepříznivě zejména v oblasti mezinárodního obchodu. Jde nejčastěji o případy, kdy účastníci (např. kupní smlouvy v mezinárodním obchodním styku) mají sídlo (bydliště) na území různých států. Pokud by si účastníci nesmluvili místo pro rozhodování sporů, záleželo by v případě sporu na tom, kde spor bude zahájen. Nežádoucí zjev tzv. court (forum) shopping, který za současného stavu při rozdílech v kolizních normách jednotlivých států a rozdílech ve vymezení soudní pravomoci není zcela vyloučen, by měl zcela volný prostor a stal by se v řadě případů pravidelným jevem. V těchto případech by nebylo jisté, kterým právním řádem se právní vztah řídí; to by záleželo na tom, v kterém státě bude podán návrh na zahájení řízení. Chaotický stav by mohl být dále zvyšován i tou skutečností, že řízení zahájené v jednom státě nemusí být a zásadně ani není překážkou pro konání řízení v jiném státě.

Důsledné přijetí uvedeného přístupu by nejen znamenalo negaci mezinárodního práva soukromého, ale ve vztazích s mezinárodním prvkem negaci právní úpravy vůbec. Za naznačeného chaotického stavu by si nebyli účastníci od samého počátku vzniku svého právního vztahu jisti, kterými právními normami se jejich vztah řídí. Právní normy by tak pozbyly své základní funkce, neboť by přestaly být pravidly pro chování lidí.

b) Používání *lex fori* pro případy nepatrné hodnoty

Odmítání používání zahraničních právních řádů je někdy odůvodněno úvahami ekonomickými. Odmítá se používání zahraničních právních řádů ve věcech nepatrné hodnoty. V těchto případech se nevyplatí náklady a potíže spojené se zjišťováním obsahu zahraničního práva.¹⁾

Tomuto čistě praktickému stanovisku nelze upřít určité racionální jádro. S věcmi nepatrné hospodářské hodnoty se zřídka budou zabývat soudy v jiném státě než v tom, v němž se příslušné právní úkony zakládají

¹⁾ O. L a n d o: Die Anwendung ausländischen Rechts im IPR, str. 186; P. H. N e u h a u s: Neue Wege im europäischen IPR? Rabels Z, 1971, str. 411.

právní vztahy této povahy uskutečnily. Půjde obvykle o drobné právní úkony týkající se běžných záležitostí denního života, jako jsou obvyklé drobné nákupy věcí denní potřeby a poskytování služeb, drobné opravy atd. K těmto výsledkům, tj. používání *lex fori* pro tyto úkony a jimi založené vztahy, lze dospět používáním hraničního určovatele *lex loci actus* (*contractus*). Z hlediska československého kolizního práva lze k tomuto výsledku dospět i *de lege lata*, neboť použití práva místa úkonu, tj. z hlediska čs. soudu československého práva, odpovídá rozumnému uspořádání právního poměru ve smyslu § 10 odst. 1 ZMPS, jež by podle okolností případu také odůvodňovalo výjimku z použití hraničních určovatelů uvedených v § 10, jichž se používá nikoliv bezvýjimečně, nýbrž jen „zpravidla“.

c) *Fakultativní povaha kolizního práva*

Závažnější důsledky pro používání zahraničního práva mají úvahy, které spatřují v používání zahraničního právního řádu ohrožování zájmu stran na spravedlivém rozhodování. Rozhodování se tím podle těchto názorů stává nekvalitním, a to v podstatě z dvojího důvodu:

1. Jestliže soudce rozhoduje nikoliv podle svého vlastního, ale podle cizího práva, stává se z něho špatný soudce, místo soudce učeného se stává z něho diletant, místo zkušeného soudce se z něho stává začátečník, místo soudce dokonale ovládajícího svůj právní řád a v případě nejjasnosti s jistotou jej interpretujícího, jak je k tomu školen, stává se z něho v případě obdobné situace na základě zahraničního práva soudce špatný, bázlivý a úzkostlivý. Dalším handicapem pro něho je, že se stává závislým na vyjádřeních a posudcích znaleců zahraničního práva.

2. Vedle těchto nedostatků v kvalitách soudce rozhodujícího na základě zahraničního práva se stává méně kvalitním i zahraniční právo samo. Nedosahuje té kvality, kterou má, jestliže se ho používá v jeho státě místními soudy. Protože soudce, který používá zahraničního práva, nepůsobí v právní organizaci a sociálním prostředí zahraničního státu, je zde nebezpečí, že právo, na základě něhož se rozhoduje, se stává právem knižním, papírovým.

Strany jsou tak znevýhodněny v dvojím směru: ani spravedlnosti ani práva se jim nedostane v jejich normální kvalitě. Podle tohoto názoru dochází tím k porušení rovnosti právních řádů, kterou se někdy argumentuje ve prospěch používání zahraničního práva, na něž odkazuje kolizní norma. Rovnost musí být skutečná; v tomto smyslu jsou si však jednotlivé právní řády rovné jen tehdy, jestliže jsou používány ve svých domovských státech, nikoliv jestliže jeden je používán ve svém domovském státě, druhý však zahraničním soudem.²⁾

Na základě těchto úvah se doporučuje, aby se zásadně ve vztazích s mezinárodním prvkem používalo v první řadě práva tuzemského, pokud se

²⁾ A. Flessner: *Fakultatives Kollisionsrecht*, *Rebels Z*, 1970, str. 553, 562.

některá ze stran před soudem výslovně nedovolává zahraničního práva, na něž odkazuje kolizní norma státu soudu. Nemá třeba, aby se strany dohodly na použití *lex fori*; stačí, že se žádná z nich neodvolává na zahraniční právo. Teprve tehdy, dojde-li k tomu, uplatní se kolizní právo státu soudu. Nemá přitom třeba, aby druhá strana souhlasila s použitím kolizního práva. Kolizní právo má tak mít pouze fakultativní povahu, aby mohlo ustoupit z cesty, jestliže se ani jedna ze stran nedomnívá, že jí přináší nějaký prospěch.³⁾

Nelze upřít určitou oprávněnost úvahám, kterými je odůvodňován tento přístup k řešení případů s mezinárodním prvkem. Známý a uznávaný poznatek, že proces je formou života hmotného práva, nutí nás přiznat, že hmotné právo, které je vytrženo z prostředí, jež pro jeho fungování je vytvořeno organizací soudů a úpravou řízení, a je přesazeno do prostředí pro ně cizího, je ohroženo v řádném plnění své funkce. Mnoho pravdy jistě je na tvrzení, že tuzemský soudce, který má interpretovat a aplikovat zahraniční právo, se dostává do obtížné situace, a vzniká nebezpečí, že se u něho ve větší či menší míře projeví vytýkané nedostatky. Na druhé straně není však třeba tyto potíže a nedostatky zveličovat. V jejich dramatizaci se skrývá nebezpečí odmítání aplikace zahraničního práva jako něčeho neznámého a nedostupného, zejména ve vztazích států s odlišným společenským zřízením. Nebezpečí z toho vznikající pro mezinárodní spolupráci v hospodářské oblasti je zřejmé. Schopnost získat informace a poznatky o obsahu cizích právních norem, jejich výkladu a aplikaci je v dnešní době, i s ohledem na rozvoj srovnávací právní vědy, poměrně slušná a nelze přehlédnout i úpravu poskytování informací o právním řádu v mezistátních smlouvách o právní pomoci, která je např. obsažena ve smlouvách, jež sjednala ČSSR, a to jak se socialistickými tak i s celou řadou kapitalistických států.

Ideální stav, k němuž chce dospět tento přístup, tj. aplikace právního řádu v případech s mezinárodním prvkem soudy státu, v němž tento právní řád platí, lze dosáhnout v oblasti závazkověprávních vztahů ujednáním o způsobu rozhodování sporů (propagační úmluvou či rozhodčí smlouvou) a volbou práva. V těch oblastech právních vztahů, v nichž tato možnost stranám dána není, nemusí být často strana, jež zasluhuje zvláštních ohledů, např. v některých vztazích rodinněprávních, dostatečně schopná posoudit, zda je v jejím zájmu posouzení věci podle práva státu soudu, či zda má svým návrhem uvést v chod mechanismus kolizního práva odkazujícího v daném případě na zahraniční právo pro ni výhodnější. Autorovi uvedeného přístupu, který je si této omezenosti vědom, se vytýká, že nestanoví přesné hranice, kdy soud má nikoliv k návrhu, ale z úřední povinnosti použít kolizního práva.⁴⁾

³⁾ A. Flessner: op. cit., str. 582.

⁴⁾ P. H. Neuhaus: *Neue Wege im europäischen internationalen Privatrecht?*, Rabels Z, 1971, str. 411.

d) *Aktivní pojetí veřejného pořádku*

K bezprostřednímu použití legis fori a vyloučení zahraničního práva vede také aktivní pojetí funkce veřejného pořádku. Italský autor Sperdutti rozlišuje mezi vnitřním a mezinárodním veřejným pořádkem, ordine pubblico interno a ordine pubblico internazionale. Na rozdíl od ostatních má podle něho vnitřní veřejný pořádek význam i pro případy s mezinárodním prvkem. Obsahuje zásady vyjádřené v právním řádu legis fori, které v oblasti jimi určené brání používání zahraničního práva a mají za důsledek přímé používání věcných norem legis fori.⁵⁾

Rozdíl proti obvyklému pojetí veřejného pořádku jako obranného prostředku proti nežádoucím důsledkům spojeným s použitím zahraničního právního předpisu spočívá v tom, že v tomto obvyklém pojetí uplatnění výhrady veřejného pořádku přichází v úvahu jako výjimečné opatření teprve poté, když již na základě kolizní normy musí být použito zahraničního práva, které však v konkrétním případě vede k nežádoucím účinkům. Zde se však určitým hmotněprávním normám připisuje takový význam a pokládají se za vyjádření takových zásad, že musí být vždy aplikovány, nezávisle na tom, zda kolizní norma vede či nevede k aplikaci zahraničního práva a bez ohledu na obsah zahraničního práva a na existenci či neexistenci nežádoucích důsledků jeho aplikace.

Vytváření zvláštní kategorie hmotněprávních norem občanského práva vylučujících z použití jakékoliv jiné právní normy je zejména nežádoucí tehdy, jestliže v jednotlivých normách nejsou stanoveny meze jejich výlučného použití. Kritika také vytýká Sperduttimu, že v řadě případů doporučuje přímé používání takových norem, a spatřuje v tom právem větší ohrožení cílů mezinárodního práva soukromého než v používání výhrady veřejného pořádku výjimečně poté, když bylo stanoveno použitelné právo. Navíc se tomuto názoru vytýká, že nemá ani oporu v platném právu, takže pokud určitá hmotněprávní norma nestanoví meze svého výlučného používání, může jí být použito až po předchozí aplikaci kolizní normy.⁶⁾

Z odmítání rozdílu mezi soukromým a veřejným právem a ze vzájemného prolínání sféry soukromé a veřejné vyvozují někteří autoři závěr, že z toho vyplývá pro kolizní právo důsledek, aby se v první řadě dbalo veřejného pořádku. Pokud je dotčena některá ze společenských institucí státu soudu nebo jeho hospodářský řád, má se aplikovat tuzemské právo.⁷⁾

Stejný nebo podobný základ má učení o existenci zvláštní kategorie právních norem nazývaných v západní nauce nejčastěji „lois d'application immédiate“. Tento název zavedl ve francouzské literatuře Francescakis.⁸⁾

⁵⁾ E. J a y m e v recenzi G. S p e r d u t t i: *Saggi di teoria generale del diritto internazionale privato*, Milano 1967, v *Rabels Z*, 1968, str. 166.

⁶⁾ E. J a y m e, *Rabels Z*, 1968, str. 167.

⁷⁾ H. K r o n s t e i n: *Recht und wirtschaftliche Macht*, 1962, str. 311, 313 a násl.; P. H. N e u h a u s, *Rabels Z*, 1971, str. 405.

⁸⁾ Ph. F r a n c e s c a k i s: *Quelques précisions sur les „lois d'application immédiate“ et leur rapports avec les règles de conflits de lois*, *Rév. crit.*, 1966, str. 1 a násl.

Zahrnuje mezi ně jednak tzv. lois de police et de sûreté a lois d'ordre public. Při řešení případů s mezinárodním prvkem se tyto normy uplatňují paralelně vedle norem kolizních a nezávisle na nich. Samy vymezují oblast svého uplatnění, v níž se jich musí bezprostředně použít bez ohledu na kolizní normy a případně jimi povolaný právní řád. Normy sem zahrnované mohou mít různý obsah. Z rozlišování těchto norem oproti normám, které přímo upravují mezinárodní situace, jež provádí Franciscakis na jiném místě,⁹⁾ je patrné, že jde o normy, které jsou určeny také pro případy čistě vnitrostátní povahy.

Zdá se dále, že v této kategorii „lois d'application immédiate“ se nerozlišuje jasně mezi normami občanskoprávními a normami práva správního. Vzhledem k tomu, že stát v současné době zasahuje ve vlastním zájmu do průběhu občanskoprávních vztahů, nikoliv však tak, že by tím měl na mysli úpravu práv a povinností účastníků občanskoprávních poměrů, ale protože chce dosáhnout svých cílů, jako např. rovnováhy platební a obchodní bilance ve vztahu k zahraničí, cílů zahraniční a zahraničně obchodní politiky, činí tak zejména normami správního a finančního (např. devizového) práva, které jeho orgány bez dalšího aplikují. Tyto normy nemají tak funkci úpravy občanskoprávních vztahů a nelze je podle našeho názoru zařazovat do mezinárodního práva soukromého. To se zřejmě týká části norem zahrnovaných do kategorie „lois d'application immédiate“. Jejich aplikace za účelem dosažení jimi sledovaných cílů státní politiky má však důsledky pro postavení účastníků občanskoprávních vztahů, a je proto úkolem nauky mezinárodního práva soukromého zabývat se také těmito důsledky. Protože jejich aplikace, jde-li o předpisy tuzemské, je samozřejmá, soustřeďuje se tento úkol především na otázku účinků těchto předpisů, jde-li o předpisy zahraničního státu, což si však vyžaduje zvláštní zkoumání.¹⁰⁾

Nelze bránit tomu, aby ve výjimečných případech zvláštního společenského významu se bezprostředně používalo bez ohledu na kolizní normy určitých občanskoprávních norem. Je však třeba, aby meze použití byly z nich jasně patrné. Jinak se otvírá prostor pro subjektivní výklad nepříznivý právní jistotě v mezinárodních vztazích a pro nepřiměřené rozšiřování aplikace vlastního práva.

e) *Ehrenzweigova teorie lex fori*

Určité mírnější stanovisko ve srovnání s takovým přístupem k řešení případů s mezinárodním prvkem, který spočívá v přímé aplikaci tuzemského hmotného práva tak jako v případech čistě vnitrostátních, představuje přístup, který používá hmotněprávních norem tuzemského práva jako

⁹⁾ Ph. Franciscakis v recenzi H. Batiffol: *Droit international privé*, 4^{ème} ed., Paris 1967, v *Rév. crit.*, 1967, str. 436.

¹⁰⁾ Srov. také Z. Kučera: *Mezinárodní právo soukromé*, Praha 1975, str. 285 a násl.

východního základu pro řešení kolizních otázek. Tento přístup je vypracován důsledně v učení amerického autora A. A. Ehrenzweiga a bývá označován jako *lex-fori-theory* nebo *lex-fori-approach*. Tyto názvy by mohly svědět k nesprávné představě, že se pod nimi skrývá bezvýhradná aplikace legis fori v případech s mezinárodním prvkem. Tak daleko Ehrenzweig však nejde.

Ehrenzweig zásadně odmítá běžný přístup k řešení případů s mezinárodním prvkem, který spočívá ve vyhledání rozhodného práva podle kolizních pravidel. Vytýká tomuto přístupu, že vychází z jakéhosi neexistujícího mezinárodního řádu, nadnárodního práva, které nazývá „superlaw“.¹¹⁾

Ehrenzweigova kritika představ o mezinárodním řádu je správná, pokud jde o autory internacionalistické školy. Ehrenzweig však podezírá z těchto představ celou řadu autorů a zřejmě každého, kdo chce používat obvyklých kolizních norem, a tak spatřuje představu tohoto superlaw např. i v názorech, které se opírají o potřebu mezinárodní spolupráce. Nepřekvapuje proto, že sem zahrnuje i autory ze socialistických států a tvrdí, že kolizní literatura socialistických států široce spočívá v přeformulování tradičních kolizních norem v duchu starého učení o zdvořilosti mezi suverény, k níž připojuje v závorce výraz koexistence.¹²⁾

Lze s ním souhlasit v tom, že žádné takové nadnárodní právo neexistuje. Ehrenzweig z toho však vyvozuje, že je proto třeba vycházet při řešení případů s mezinárodním prvkem zásadně z hmotného práva legis fori a tohoto práva nepoužívat jen tehdy, jestliže jeho výkladem při respektování hodnot a zájmů sledovaných státem fora (*forum policies*), k nimž patří např. autonomie vůle stran, ochrana důvěry, presumpce platnosti právního úkonu, pojistitelnost rizika, se zjistí, že odkazuje k cizímu právu.¹³⁾ Vzhledem k této snaze používat zásadně a především tuzemského práva a teprve poté, jestliže výklad jeho hmotněprávních norem k tomu dovede, přikročit k aplikaci zahraničního práva, označuje Ehrenzweig svou koncepci výstižně jako „trend to stay at home“ a dává přednost tomuto označení před někdy používaným „homeward trend“, které spíše implikuje představu návratu k právu fora poté, když již bylo stanoveno aplikovatelné zahraniční právo.¹⁴⁾ Ehrenzweigův systém kolizního práva tak spočívá na hmotněprávních normách tuzemského práva, které jsou podmíněny zmíněnými představami o hodnotách a zájmech sledovaných státem fora (*forum policies*).¹⁵⁾

Z toho, že tento přístup je nutný vzhledem k neexistenci zmíněného superlaw, je zřejmé, že nepřichází v úvahu tam, kde toto „superlaw“

¹¹⁾ A. A. Ehrenzweig: *Specific Principles of Private Transnational Law*. Recueil des Cours, 1968 — II, str. 228, 229.

¹²⁾ A. A. Ehrenzweig: *op. cit.*, str. 229.

¹³⁾ K. Siehr: Ehrenzweigs *lex-fori* Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht. *Rabels Z.*, 1970, str. 598, 599.

¹⁴⁾ A. A. Ehrenzweig: *op. cit.*, str. 215; týž: *Private International Law, General Part*, Leiden-Dobbs Ferry, N. Y. 1967, str. 104.

¹⁵⁾ K. Siehr: *op. cit.*, str. 599.

přece jen skutečně existuje. Ehrenzweig sám proto připouští, že je nutno použít zahraničního práva tehdy, jestliže to prikazuje „superlaw“, čímž je třeba rozumět mezinárodní smlouvu, popřípadě jiné pravidlo mezinárodního práva. Kromě toho však Ehrenzweig sám požaduje aplikaci zahraničního práva, jestliže to prikazuje pevně stanovená kolizní norma, ať formulovaná či neformulovaná. Vedle toho v určitých otázkách se zahraniční právo aplikuje mimo pochybnost, „by non-choice“. Je to v případě otázek označovaných jako „local data“; těmi jsou podle něho např. výklad listin zřízených podle cizího práva, otázka dodržování dopravních předpisů, poskytování vzájemnosti, skutečnost sňatku nebo rozvodu. Také tuzemské právo se v určitých případech aplikuje „by non-choice“. Je to pro tzv. „moral data“, čímž se myslí např. otázka nedbalosti, lsti, nespravedlnosti, dále v otázkách procesních, při výkladu faktických skutečností, na základě mezinárodního veřejného pořádku a na základě ujednání stran.¹⁶⁾

Z Ehrenzweigových formulací lze jeho systém řešení případů s mezinárodním prvkem vyjádřit takto:

V těch případech, v kterých (1) hmotněprávní normy státu fora se nepoužije již vzhledem k tomu, že prostorově (spatially) dopadá na danou otázku přímo (by non-choice), nebo se přímo „by non-choice“ nepoužije na otázky řízení a výkladu skutečností, na moral data, na základě mezinárodního veřejného pořádku a na základě ujednání stran, a v kterých (2) se nevyžaduje aplikace zahraničního práva vzhledem k tomu, že to vyžaduje „superlaw“, pevně stanovená kolizní norma nebo povaha normy zahraničního práva, tím že se vztahuje k otázkám „local data“, je výběr práva založen na (3) interpretaci toho hmotněprávního pravidla tuzemského práva, které buď strana nebo ve veřejném zájmu soud ex officio chtějí nahradit (displace) pravidlem zahraničního práva. (4) Jestliže tento výklad (při němž se mají sledovat představy o hodnotách a zájmech sledovaných státem fora) nevede k aplikaci pravidla zahraničního práva, pak se použije hmotněprávního pravidla státu fora subsidiárně (as „residuary“).¹⁷⁾ Zde je třeba poznamenat, že Ehrenzweig záměrně používá výrazu „residuary“, kterým nahradil dříve jím používaný výraz „basic“, aby, jak sám uvádí, reagoval na kritiky své koncepce, kteří mu podle něho s nedorozuměním vytýkali, že obhajuje aplikaci práva fora přednostně před zahraničními právy.¹⁸⁾

Lex fori se subsidiárně (jako „residuary rule“) použije, jestliže výkladem tuzemské hmotněprávní normy se dojde k závěru, že tuzemské právo na daný případ nedopadá, ale také není možno výkladem této tuzemské hmotněprávní normy dojít k aplikaci jiného zahraničního práva jako lex causae.¹⁹⁾ Z toho je patrné, že lex fori se v tomto případě nepoužije jako

¹⁶⁾ A. A. Ehrenzweig: op. cit., str. 214, 215; K. Siehr: op. cit., str. 605, 606.

¹⁷⁾ A. A. Ehrenzweig: op. cit., str. 214, 215, 256; týž: Private International Law, str. 92, 93, 103, 104.

¹⁸⁾ A. A. Ehrenzweig: op. cit., str. 214; týž: Private International Law, str. 93.

¹⁹⁾ K. Siehr: op. cit., str. 608.

náhradní právo, neboť nenastupuje na místo stanoveného použitelného zahraničního práva. Proto je vhodnější shora uvedené označení „trend to stay at home“ než „homeward trend“. Můžeme mluvit také o presumpci pro použití *lex fori* v tom smyslu, že nelze-li pozitivně stanovit prostorové vymezení pro použití vlastních hmotněprávních norem, lze mluvit o domněnce pro jejich univerzální používání.²⁰⁾

Nežádoucí důsledky, které z tohoto uplatnění *lex fori* pro řešení případů s mezinárodním prvkem mohou vyplývat, jestliže se případem zabývá soud, k jehož právu má posuzovaný případ málo významný vztah, se snaží tato koncepce zmírnit požadavkem, aby soud, který se případem zabývá, byl „forum conveniens“. Podle učení o tzv. *forum non conveniens* může, je-li dána pravomoc soudů více států, soud na základě vlastního uvážení odmítnout projednávání věci, jestliže řízení může být s ohledem na strany a svědky a v zájmu spravedlnosti lépe provedeno orgány jiného státu, které také mají pro daný případ pravomoc. Jde zde tak nikoliv o pozitivní vyhledávání vhodného soudu, ale negativní eliminování nevhodných soudů.²¹⁾

Z Ehrenzweigovy koncepce vyplývá další důležitý důsledek. Jeho postup při výběru práva se opírá o prostorový výklad každé jednotlivé hmotněprávní normy práva *fora*, která by měla být podle návrhu strany, popřípadě v některých případech *ex officio*, nahrazena (*displaced*) hmotněprávním ustanovením zahraničního práva. Výklad tuzemské hmotněprávní normy, pokud vede k nahrazení této normy normou zahraniční, odkazuje k jednotlivé zahraniční normě, neodkazuje k zahraničnímu právu jako celku. Mluví se zde proto o „rule selection“, na rozdíl od „jurisdiction selection“ (kde výrazu *jurisdiction* je třeba rozumět ve smyslu pravomoci zákonodárné, legislative *jurisdiction*, tzn. zákonodárství, právního řádu daného státu). Ehrenzweig uvádí, že po celou dlouhou dobu působení statutární teorie bylo samozřejmé vzhledem k hodnocení právních předpisů, zda si přejí být aplikovány jako statuty věcné nebo personální, že význam při řešení případů s mezinárodním prvkem měly jen jednotlivé cizí předpisy (statuta) a nikoliv právní řády jako celky. Nebylo zapotřebí a ani nebylo místo pro vztah k cizím právním systémům, což vysvětluje názorem o existenci *ius gentium* univerzálního imperia. Vztah k zahraničním právním řádům jako celkům přichází podle něho v úvahu až tehdy, když univerzální ideologie statutární teorie byla nahrazena uznáváním svrchovanosti cizích států. Vznik této éry „jurisdiction selection“ spojuje se jmény Manciniho, Savignyho a Bealea. Podle Ehrenzweiga však tato éra stěží překročila meze akademické utopie a v žádném případě netrvala dlouho. Jak pro něho tak pro současné americké autory je „rule selection“ zcela běžnou a samozřejmou záležitostí. Je však přesto ochoten učinit ústupky ve prospěch „jurisdiction selection“ (system selection) ve dvou případech: 1. jestliže strany smlouvy se svým ujednáním podrobily režimu cizího práva a 2. v těch výjimečných případech, kdy kolizní norma je založena na odkazu

²⁰⁾ K. Siehr: op. cit., str. 609.

²¹⁾ K. Siehr: op. cit., str. 609 a v pozn. 128 na str. 610.

k cizímu právnímu systému. Další ústupek vyplývá také z toho, že při výkladu hmotněprávního pravidla legis fori, jehož nahrazení cizím právním předpisem je požadováno, se má zjistit, zda (a) hodnoty a zájmy, jež jsou základem pro toto pravidlo, směřují spíše pouze k cizímu individuálnímu pravidlu než k cizímu systému, a je-li tomu tak, zda (b) aplikace cizího předpisu samotného uspokojuje hodnoty a zájmy sledované státem fora, či zda (c) vzhledem k souvislosti a vzájemné závislosti cizího právního pravidla s ostatními pravidly má být vykládáno a použito vzhledem k celému cizímu právnímu systému.²²⁾

Ehrenzweigovo pojetí se v mnohém podobá pojetí Wächtera, který spolu se Savignym v 1. polovině 19. století překonává statutární teorii. Také podle Wächtera má soudce při řešení případu s mezinárodním prvkem zásadně rozhodovat podle práva svého státu. V tomto rámci se řídí výslovnými normami mezinárodního práva soukromého svého státu, jinak má hledat rozhodnutí kolizní otázky ve smyslu a duchu těch právních norem svého státu, které se vztahují na rozhodovaný právní poměr. Nemůže-li s určitostí dospět k závěru z hmotněprávních norem svého státu, má v pochybnostech použít práva svého státu. Do jisté míry se nám Ehrenzweig jeví jako Wächter redivivus.²³⁾

Ehrenzweigovo pojetí, které by mohlo mít uplatnění v poměrech kolizního práva angloamerické právní oblasti, by nalezlo velmi úzký prostor v poměrech států s podrobným systémem pevně stanovených kolizních norem. Kdybychom přenesli jeho pojetí do čs. mezinárodního práva soukromého, pak bychom mohli československých hmotněprávních norem použít jako výchozího základu pro výběr práva jen pro ty vztahy, kde chybí kolizní normy. V oddíle zákona č. 97/1963 Sb. týkajícím se závazkových práv nenajdeme kolizní úpravu pro tzv. kvasikontrakty a kvasidelikty, např. pro jednatelství bez příkazu, upotřebení věci pro jiného, náklad učiněný za jiného, obětování věci ve společné nouzi, bezdůvodné obohacení. Např. v případě bezdůvodného obohacení by tak bylo třeba výkladem hmotněprávních ustanovení s přihlédnutím k hodnotám a zájmům sledovaných zákonodárcem zjistit, zda na daný případ má být tohoto hmotněprávního ustanovení použito, či zda má být nahrazeno hmotněprávním ustanovením zahraničního práva. Je otázkou, jaké hodnoty a zájmy čs. zákonodárce kromě spravedlivé úpravy postavení účastníků daného závazkového vztahu sleduje. Řekněme, že bychom vycházeli z toho, že úpravou bezdůvodného obohacení chce zákonodárce zachovat určitý pořádek v majetkových vztazích na svém území. To by znamenalo, že ustanovení je třeba prostorově omezit na případy, kdy k bezdůvodnému obohacení došlo na čs. území. Jestliže v konkrétním případě nedošlo k bezdůvodnému obohacení na čs. území, nahradíme čs. hmotněprávní normu hmotněprávní

²²⁾ A. A. Ehrenzweig: op. cit., str. 260, 261.

²³⁾ K. Siehr: op. cit., str. 613; C. G. Wächter: Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten. Archiv für die civilistische Praxis, 1841, str. 230 a násl., 261–270.

normou zahraničního práva. Jestliže bychom však s určitostí nemohli dojít k závěru, že tuzemská věcná norma omezuje své použití tak, že si nepřeje být na daný případ aplikována a vede k použití zahraniční právní normy, použijeme tuzemské hmotněprávní normy. Této použijeme i tehdy, kdyby si nepřála svou aplikaci na daný případ, ale jejím výkladem by se nepodařilo zjistit použitelnou zahraniční právní normu.

I v tomto omezeném uplatnění pokládáme Ehrenzweigův přístup za nevhodný a nežádoucí. Interpretací hmotněprávní normy s přihlédnutím k politice, kterou sleduje zákonodárce vydáním normy, se dostáváme na velmi nejistou půdu, kde nemáme žádná pevná pravidla a kde se může příliš projevovat soudcovská volná úvaha, popřípadě libovůle. Účastníci právních vztahů jsou zbaveni jistoty, neboť ani oni a dokonce ani jejich právní poradci a advokáti sotva mohou v případě očekávaného sporu předvídat, kam se soudce touto interpretací dostane. Lze proto souhlasit s tím, co kriticky o Ehrenzweigově učení uvádí Kegel, totiž že je neopodstatněné *de lege lata* a nežádoucí *de lege ferenda*.²⁴⁾

f) Použití *lex fori* v důsledku procesněprávní úpravy

Používání tuzemského práva při rozhodování o případech s mezinárodním prvkem je někdy důsledkem úpravy procesního práva.

V ČSSR se zahraničního práva v těch případech, kdy na ně odkazuje kolizní norma, používá *ex officio* a stejně tak se zjišťuje jeho obsah. Není třeba, aby se účastník řízení sám dovolával použití zahraničního práva ani aby dokazoval jeho obsah. Stejná situace není však ve všech státech. Setkáváme se s ní v ostatních socialistických státech, jak to odpovídá zásadě objektivní pravdy jako ústřední zásadě socialistického procesního práva, a dále v některých dalších evropských státech, a to NSR, Rakousku a Itálii. Na druhé straně v některých jiných státech, mezi nimi ve Velké Británii, Francii, USA, některých švýcarských kantonech a ve skandinávské praxi v řízení s projednací zásadou se používá zahraničního práva, na něž odkazuje kolizní norma, jen jestliže to některá ze stran navrhne.²⁵⁾

I nejnovější učebnice anglického mezinárodního práva soukromého shodně uvádějí, že podle ustáleného pravidla anglický soudce nezná zahraniční právo, které je pro něho otázkou skutkovou, i když skutkovou otázkou zvláštního druhu. Má-li ho být použito ve věci, která má vztah k zahraničnímu právu, musí strana jeho použití navrhnout a prokázat jeho rozdílný obsah od anglického práva. Jestliže strana nenavrhne použití zahraničního práva nebo se jí nepodaří prokázat, že zahraniční právo má obsah rozdílný od práva anglického, použije se práva anglického. Není-li

²⁴⁾ G. Kegel: The crisis of conflict of laws. Recueil des Cours, 1964 — II, str. 236.

²⁵⁾ A. Flessner: op. cit., *Rabels Z*, 1970, str. 548, který se odvolává na kolokvium o používání zahraničního práva v mezinárodním právu soukromém, uspořádané v roce 1966 Institutem Maxe Plancka v Hamburku.

totiž prokázán opak, platí domněnka, že zahraniční právo je shodné s právem anglickým.²⁶⁾

Stejně tak v USA je zahraniční právo skutečností, kterou zainteresovaná strana musí uplatnit, a je-li odpůrcem popírána, prokázat, jinak nebude přihlíženo k zahraničnímu vztahu projednávaného případu a bude se s ním zacházet zásadně jako s případem čistě vnitrostátní povahy. V některých případech veřejného zájmu (např. některé věci rodinného práva) se používá zahraničního práva *ex officio*, čímž se zabraňuje tomu, aby účastníci řízení neuplatněním zahraničního práva ve skutečnosti v těchto případech prováděli volbu *lex fori*.²⁷⁾

I po určitých změnách nebyl tento stav prakticky změněn. Např. podle zákonného ustanovení platného od roku 1943 pro stát New York smí soud *ex officio* zjistit a vzít na vědomí normy cizího práva. Záleží tedy na úvaze soudce. V praxi soudy samy zjišťují cizí právo, jde-li o právo jiného státu USA. Jde-li o právo zahraničního státu, zejména takového, který patří do jiné právní a jazykové oblasti, soudy téměř vždy odmítají z vlastní iniciativy zjišťovat zahraniční právo, takže je třeba návrhu strany.²⁸⁾

Vzhledem k tomu, že v uvedených státech se — s určitými výjimkami — přikročí k použití zahraničního práva, na které odkazují pravidla kolizního práva, a tím k použití těchto kolizních pravidel samotných, jen a teprve tehdy jestliže to některá z procesních stran navrhne, má kolizní právo těchto států povahu fakultativního kolizního práva, které shora zmiňovaný německý autor Flessner chce rozšířit vůbec i pro poměry v NSR. Shora uvedený stav je v uvedených státech platným právním stavem, a je proto třeba s ním při vedení sporů před tamními soudy počítat. Z hlediska našich představ je, jak již zmíněno, v rozporu se zásadou objektivní pravdy.

K používání tuzemského práva vede také snaha, aby v určitých případech soudního řízení, kdy existuje zvláštní spojení mezi hmotným právem a na ně navazující úpravou řízení včetně soudní příslušnosti (v některých případech tzv. nesporného řízení), měly pravomoc k řízení jen orgány toho státu, jehož hmotného práva má být použito. Vychází se z toho, že vzhledem k zmíněnému spojení jen těmito orgány může být použitelné hmotné právo aplikováno tak, aby plně splnilo svou funkci. Orgány jiného státu se mají takovými případy zabývat, používají-li práva druhého státu, jen se svolením tohoto státu, popř. ve výjimečných případech. Tuzemská pravomoc tak závisí na tom, zda se má podle kolizní normy použít tuzemského práva, jinak s uvedenými výjimkami nemá být dána. Vzhledem k této závislosti soudní pravomoci na použitelném právu mluví se o „forum

²⁶⁾ G. C. Cheshire, P. M. North: *Private International Law*, 8. vyd., London 1970, str. 123; A. W. Scott: *Private International Law (Conflict of Laws)*, London 1972, str. 86.

²⁷⁾ K. Siehr, *Rabels Z*, 1970, str. 594.

²⁸⁾ R. B. Schlesinger: *Die Behandlung des Fremdrechts im amerikanischen Zivilprozess*, *Rabels Z*, 1962, str. 63.

legis“ nebo také o tom, že pravomoc má spadat v jedno s právem použitelným podle kolizní normy (Gleichlaufstheorie).²⁹⁾

Určité prvky této teorie v tom, že je-li dána čs. pravomoc, postupuje se podle čs. hmotného práva, můžeme spatřovat v úpravě pravomoci ve věcech prohlášení za mrtvého (§ 43 ZMPS), v úpravě pravomoci ve věcech způsobilosti a opatrovnictví, kdy v případě cizince se čs. soud omezí na nutná opatření a uvědomí orgán domovského státu a teprve při jeho nečinnosti upraví poměry podle čs. hmotného práva (§ 42 ZMPS). Nelze však mluvit o forum legis, protože důvodem pro založení pravomoci není rozhodnutí otázky použitelného hmotného práva, ale otázka státní příslušnosti, resp. důsledky pro osoby a jmění v ČSSR či zájem na ochraně osoby vyžadující zvláštní péče, jestliže její domovský stát tuto ochranu sám nezařídí.

K použití tuzemského práva vedou dále ty případy, kdy mezinárodní smlouvou je rozdělena soudní pravomoc (mezinárodní soudní příslušnost) mezi smluvní státy pro určité případy mezinárodní povahy, přičemž příslušný soud použije svého hmotného práva. Je tomu tak např. v případě Haagské úmluvy o soudní příslušnosti a právu rozhodném ve věcech ochrany nezletilých z 5. 10. 1961 a Haagské úmluvy o soudní příslušnosti, rozhodném právu a uznání rozhodnutí ve věcech osvojení z 15. 11. 1965. Podle první úmluvy se pravomoc k opatřením na ochranu osoby nezletilého nebo jeho majetku řídí obvyklým bydlištěm nezletilého, přičemž příslušné orgány činí opatření podle svého hmotného práva (čl. 1, 2). Pokud orgány státu, jehož je nezletilý příslušníkem, přikročí k opatření k jeho ochraně, postupují také podle svého hmotného práva (čl. 4). Také podle druhé úmluvy příslušné orgány zásadně používají pro podmínky osvojení svého hmotného práva (čl. 4). Podobně najdeme v některých smlouvách o právní pomoci, které uzavřela ČSSR (s ALR, MLR, RSR), ustanovení ohledně pravomoci pro řízení o rozvod manželství, které v případě, že každý z manželů je příslušníkem jiného smluvního státu, rozděluje pravomoc mezi smluvní státy tak, že jsou příslušné soudy obou smluvních států, přičemž použijí svého hmotného práva.³⁰⁾

Tento způsob mezinárodně smluvené úpravy spojující přidělení případů do pravomoci jednotlivých smluvních států s používáním legis fori je vhodný jen pro určité kategorie případů (rodinného práva), není však vhodný pro vztahy majetkové.

²⁹⁾ M. Schwimann: Internationale Zuständigkeit in Abhängigkeit von der lex causae?, *Rabels Z.*, 1970, str. 205; P. Hébraud: De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître. *Rév. crit.*, 1968, str. 233.

³⁰⁾ Smlouva s ALR, č. 97/1960 Sb., čl. 21 odst. 2; smlouva s MLR, č. 91/1962 Sb., čl. 20 odst. 2; smlouva s RSR, č. 31/1959 Sb., čl. 24 odst. 2.

Podle smlouvy s PLR, č. 66/1962 Sb., je příslušný soud smluvního státu, na jehož území manželé mají nebo naposled měli bydliště, který použije také právního řádu svého státu (čl. 14 odst. 2).

g) Použití *lex fori* jako nouzové řešení

Za zvláštní případ přístupu k úpravě právních vztahů s mezinárodním prvkem, používajícího *lex fori* nelze pokládat ty případy, v nichž můžeme používání *legis fori* pokládat za určité východisko z nouze.

V prvé řadě sem můžeme zahrnout ty případy, kdy na základě kolizní normy bude stanoveno rozhodné zahraniční právo, jehož obsah se však nepodaří zjistit. Jestliže je založena tuzemská soudní pravomoc, pak pouze z tohoto důvodu nemůže soud odmítnout ve věci rozhodovat. Nemůže ani odkládat rozhodnutí, jestliže je zjevné, že se nepodaří obsah zahraničního práva zjistit v době, po kterou lze rozumně vyčkávat dosažení informací o zahraničním právu. V takovém případě vzniká otázka, jak nahradit nezjistitelné zahraniční právo, aby byl získán normativní základ pro vydání rozhodnutí. Podle našeho názoru je třeba odmítnout nahrazování nezjistitelného zahraničního práva právní úpravou, která je mu blízká, protože patří do stejné právní oblasti, nebo zásadami, k nimž by se dospělo srovnávací pravovědou. Pro takový postup není zákonného podkladu a není ani žádoucí *de lege ferenda*, protože vede k právní nejistotě. Jediným pevným základem pro vydání rozhodnutí je v tom případě tuzemské právo.

Tuzemské právo použité náhradou za nezjištěné a nezjistitelné zahraniční právo může mít dvojí povahu: 1. buď neztrácí charakter tuzemského práva, což pokládáme za správné, nebo 2. hledíme na ně, jako by šlo o zahraniční právo. Tato druhá možnost může vyplývat z domněnky uvedené shora pro anglo-americkou právní oblast, podle níž platí, že pokud není prokázán opak, neliší se zahraniční právo obsahově od *lex fori*, nebo, jak je tomu podle švýcarské judikatury, tuzemské právo má povahu tzv. náhradního práva (*Ersatzrecht*), což má ten důsledek, že v případě jeho nesprávného použití nemůže být podána kasační stížnost k Federálnímu soudu, jak je tomu v případě porušení ustanovení normálně použitého švýcarského práva.³¹⁾

Podle názoru některých přívrženců tzv. unilateralistické teorie (viz dále) se použije *lex fori* v těch případech s mezinárodním prvkem, na které podle své jednostranné kolizní normy nedopadá ani *lex fori* ani žádný jiný zahraniční právní řád, takže v nich dochází k určitému právnímu vakuu. Jiní přívrženci téže teorie se však v těchto případech nevyslovují tak jednoznačně pro použití *lex fori* a doporučují k nim diferencovanější přístup.³²⁾

Další skupinou případů, v nichž přichází v úvahu použití *lex fori* náhradou za zahraniční právo, jehož aplikace byla stanovena na základě kolizní normy, jsou ty situace, v nichž není možno použít určitého ustanovení zahraničního práva v důsledku výhrady veřejného pořádku a zbývající ustanovení nestačí k rozhodnutí. Vzniká tak otázka náhrady vyloučeného usta-

³¹⁾ A. F. Schnitzer: *Handbuch des internationalen Privatrechts*, sv. I, Basel 1950, str. 172–174, 175, 194.

³²⁾ Srov. dále pozn. 90.

novení. Použití ustanovení *lex fori* se zde jeví jako jedna z možností řešení.³³⁾

Uvedli jsme, že tyto případy použití *lex fori* nejsou jedním ze zvláštních přístupů k úpravě vztahů s mezinárodním prvkem. Je tomu tak, jak vyplývá z uvedeného, hlavně proto, že předpokládají přístup vycházející z používání kolizních norem a nastupují pouze tam, kde zahraniční právo na základě tohoto přístupu stanovené je nezjistitelné, nepoužitelné, nebo kde přístup doporučovaný unilateralistickou teorií selhává a nevede k stanovení aplikovatelného práva.

h) Teorie vycházející z představy o přípustnosti používání pouze tuzemského práva

K přednostnímu používání *lex fori* nevedou ve skutečnosti ty teorie obvyklé zejména pro angloamerickou právní oblast, které mají za základ představu, že soudce může své rozhodnutí opírat jen o tuzemské právo.

Teorie o ochraně nabytých práv má svůj počátek u Hubera, který tuto ochranu opíral o *comitas*. Práva, kterých bylo nabyto na území určitého státu, zachovávají svou platnost v druhých státech na základě zdvořilosti. Tuto teorii rozvinuli angloameričtí autoři, zejména Dicey v Anglii a Beale v USA, kteří ji opřeli o princip teritoriality. Soudce nemůže přímo uznávat a uplatňovat cizí právní předpisy ani přímo provádět cizí rozhodnutí, neboť všechny případy se musí řídit výlučně právem platným na území jeho státu. Mezinárodní právo soukromé nevede k výjimce ze zásady teritoriality, neboť to, co soudce uskutečňuje, je ochrana práv, kterých již žalující nabyt podle cizího právního řádu nebo cizího rozhodnutí. Extraterritoriální účinek se tak nepřiznává cizímu právnímu řádu samotnému, ale právům, které vytvořil. Podle Diceyho: „anglický soudce nikdy neprovádí právní řád jiného státu než svého vlastního, ale jestliže se populárně uvádí, že provádí cizí právní řád, pak to, co skutečně provádí, není cizí právní řád, ale právo získané podle právního řádu cizího státu“.³⁴⁾

Tato teorie se snaží vysvětlit a odůvodnit, proč se zahraničního práva používá, nezabývá se však otázkou, kdy, v kterých případech se ho používá. Tato otázka závisí na používání obvyklých kolizních norem a v tomto smyslu z ní nevyplývá pro *lex fori* žádné přednostní postavení.³⁵⁾

Tuto teorii musíme pokládat za určitou konstrukci, která se snaží smířit nutnost používání zahraničního práva s myšlenkou podřízenosti soudce pouze zákonům vlastního státu. Logicky lze proti ní namítnout, že otázka, zda určitého práva bylo v druhém státě nabyto, předpokládá posouzení této otázky z hlediska zahraničního právního řádu; nabyté právo (tj. ve smyslu subjektivního práva) může existovat jen ve vztahu k určitému

³³⁾ Z. Kučera: Mezinárodní právo soukromé, Praha 1975, str. 89, 90.

³⁴⁾ G. C. Cheshire, P. M. North: op. cit., str. 28; G. Kegel, Recueil, 1964 — II, str. 106.

³⁵⁾ G. Kegel, Recueil, 1964 — II, str. 106, 107.

cizímu právnímu řádu, vyplývá z něho, nejde o skutečnost zjevnou samu od sebe.³⁶⁾ Poskytuje-li tedy soudce ochranu právu nabytému podle cizího právního řádu, nevyhne se rozhodování o tom, zda toto právo podle cizího právního řádu vzniklo, a tedy aplikuje, ať chce či nechce, cizí právní řád.

Podle tzv. *local law theory* (teorie místního práva), jež se připisuje americkému autoru Cookovi, soud uznává a provádí práva vytvořená vlastním právním řádem. Soud používá pravidel svého vlastního práva, avšak setká-li se s případem s mezinárodním prvkem, nepoužije nutně pravidla svého právního řádu, kterým by se řídil obdobný případ čistě vnitrostátní povahy, ale z důvodů společenské účelnosti vezme v úvahu právní předpisy cizího státu a vytvoří své vlastní místní právo tak, že se co nejvíce podobá zahraničnímu právu. Cook sám uvádí: „Soud, který se zabývá případem se zahraničním prvkem, vždy používá na případ svého vlastního práva, avšak když toto činí, přijímá a provádí jako své právo rozhodovací pravidlo totožné nebo alespoň velmi podobné rozhodovacímu pravidlu, které najde v právním systému platném v jiném státě, s nímž jsou některé nebo všechny zahraniční prvky spojeny,“ přičemž takto vyhledané pravidlo má být pravidlem, jehož by v daném státě bylo použito nikoliv pro situaci právě projednávanou před soudem *fora*, ale podobnou, avšak čistě vnitrostátní situaci, která by pro cizí soud neobsahovala zahraniční prvek. To ovšem znamená, že tuzemský soud neposkytuje ve všech případech ochranu právu nabytému podle cizího právního řádu, neboť soud cizího státu může podle svých kolizních norem použít pro případ i jiného než svého práva. Soud tak neprovádí cizí právo, ale právo vytvořené podle svého vlastního právního řádu.³⁷⁾

V souvislosti s touto teorií se uvádí soudce Hand, který v rozhodnutí uvedl: „Když se soud zabývá deliktem kdekoli spáchaným, uvádí se někdy, že provádí závazek, který vznikl podle práva místa, kde vznikla škoda... Avšak žádný soud nemůže provádět jiné právo než svého vlastního suveréna, a jestliže se žalobce obrátí k jinému soudu než ve státě místa deliktu, může se pouze dovolávat závazku uznaného suverénem. Cizí suverén řídící se civilizovaným právem uloží závazek podle svého vlastního práva, který je co možno shodný (*homologous*) se závazkem vznikajícím v místě, kde došlo k deliktu.“ (*Guinness v. Miller*, 1923, 291, Fed. 768.)³⁸⁾ Toto stanovisko se liší od *local law theory* v tom, že přiznávání určitého práva cizím právním řádem je předpokladem pro to, aby mohlo být přiznáno shodné právo podle vlastního právního řádu, proto se nazývá *homologous right theory*.³⁹⁾

I ohledně těchto teorií lze říci to, co o teorii ochrany nabytých práv, tj.

³⁶⁾ G. C. Cheshire, P. M. North: *op. cit.*, str. 28.

³⁷⁾ W. W. Cook: *Logical and Legal Bases of Conflict of Laws*, Cambridge—Massachusetts 1942, str. 20, 21; G. C. Cheshire, P. M. North: *op. cit.*, str. 30, 31; G. Kegel, *Recueil*, 1964 — II, str. 107.

³⁸⁾ G. C. Cheshire, P. M. North: *op. cit.*, str. 30.

³⁹⁾ J. O. Falconbridge: *Essays on the Conflict of Laws*, 2. vyd., Toronto—Ontario 1954, str. 37.

že vysvětlují, proč se používá zahraničního práva, aniž by uváděly, kdy se zahraničního práva používá. Cook sám se ohledně výběru práva rozhoduje pro pragmatický přístup, tzn. zřídka se obvyklých kolizních norem, avšak nepreferuje přitom *lex fori*.⁴⁰⁾

V kontinentální nauce převládá v italské literatuře učení, podle něhož k použití zahraničního zákona je třeba jeho recepce do tuzemského práva prostřednictvím kolizní normy. Zahraniční právní norma se podle toho v důsledku příkazu kolizní normy stává pro konkrétní případ součástí tuzemského práva.⁴¹⁾ Také tento názor neznamená, že by se při zacházení s případy s mezinárodním prvkem přednostně používalo *lex fori*. Přesto však přijetí této koncepce by mohlo mít i praktické důsledky. Je-li zahraniční norma, byť jen pro konkrétní případ, součástí tuzemského práva, mohla by podléhat podle ústavních předpisů nebo soudní praxe některého státu kontrole z hlediska jejího souladu s ústavními předpisy. Tento stav by mohl být pro právní jistotu účastníků nežádoucí. Mezinárodní právo soukromé předpokládá, že se bude používat cizích norem, které platí ve státech s odlišným společenským zřízením a vycházejí tedy z jiných základních právních představ. Přesto však mezinárodní spolupráce vyžaduje, aby k jejich odmítnutí docházelo jen výjimečně na základě působení výhrady veřejného pořádku. Při kontrole ústavnosti používaných cizích norem vzhledem k vlastním ústavním zákonům by se však mohlo dospět k odmítání používání cizího práva v širším rozsahu, než jak vyplývá z výhrady veřejného pořádku.

Uvedli jsme, že tendence používat při úpravě vztahů s mezinárodním prvkem *lex fori* bez změny tak jako v případech čistě vnitrostátních by dovedena do důsledků znamenala negaci mezinárodního práva soukromého. Z jednotlivých přístupů požadujících ve větší či menší míře používání *legis fori*, kterých jsme si všimli, je patrné, že prakticky žádný z nich nejde do důsledného používání *legis fori* bez výjimek. Připustíme-li třebas jen možnost odchýlného zacházení se vztahy s mezinárodním prvkem na rozdíl od vztahů vnitrostátních, je dán důvod pro existenci mezinárodního práva soukromého. Protože toto odchýlné zacházení se musí opírat o určité právní normy, ať psané či nepsané, musíme chápat mezinárodní právo soukromé jako soubor právních norem výlučně určených pro úpravu občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Avšak i v rámci takto vymezeného odvětví mezinárodního práva soukromého je možná celá řada přístupů k úpravě vztahů s mezinárodním prvkem, mezi nimi i takových, které odmítají používání zahraničních právních řádů, nebo takových, které chtějí výběru použitelného právního řádu dosáhnout jinak než za pomoci tradičního postupu na základě obvyklých kolizních norem.

⁴⁰⁾ W. W. Cook: op. cit., str. 45, 46; G. Kegel: Recueil, 1964 — II, str. 107, zejm. v pozn. 21.

⁴¹⁾ R. Ago: Règles générales des conflits de lois, Recueil, 1936 — IV, str. 302, 303.

2. ZVLÁŠTNÍ VNITROSTÁTNÍ HMOTNĚPRÁVNÍ NORMY PRO VZTAHY S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

K používání hmotněprávních ustanovení legis fori na případy s mezinárodním prvkem může docházet dvojím způsobem: 1. Ustanovení legis fori se použijí nezměněně, tak jako by šlo o případy čistě vnitrostátní povahy; takto použitá hmotněprávní ustanovení legis fori nebyla vydána za účelem úpravy vztahů s mezinárodním prvkem, tuto funkci plní jen příležitostně, a nezahrnujeme je proto do mezinárodního práva soukromého. 2. Právní řád fora má určitá zvláštní ustanovení, která jsou vydána jen pro případy s mezinárodním prvkem; úprava těchto vztahů je jedinou funkcí těchto norem, a proto je zahrnujeme do mezinárodního práva soukromého.

Mezi zvláštními hmotněprávními normami legis fori určenými pro úpravu vztahů s mezinárodním prvkem rozlišujeme dále dvě kategorie:

a) normy, kterých se použije na konkrétní případ teprve tehdy, jestliže právní řád, jehož jsou součástí, má být podle kolizních pravidel použit na daný vztah; nejsou tedy tzv. normami přímými;

b) normy, kterých se na daný případ použije bezprostředně, tj. bez ohledu na to, zda kolizní norma v daném případě odkazuje na jejich právní řád, a bez ohledu na to, zda se na daný případ jinak použije či nepoužije právního řádu jiného státu. Mají tak vlastně stejnou povahu jako zmíněné „lois d'application immédiate“. Tvůrce tohoto označení sám je sem však nezařazuje, označuje jako lois d'application immédiate jen lois de police et de sûreté a lois d'ordre public, tj. normy, které jsou určeny nikoliv jen výlučně pro vztahy s mezinárodním prvkem.⁴²⁾ Budeme je zahrnovat mezi přímé normy, a to jako přímé normy vnitrostátního původu. Někteří autoři jen tyto normy (na rozdíl od norem sub a) zahrnují do mezinárodního práva soukromého jako tzv. „hmotné mezinárodní právo soukromé“ nebo „věcné normy v mezinárodním právu soukromém“.⁴³⁾ Domníváme se, že není důvodu, proč bychom i „nepřímé“ normy uvedené sub a) neměli zařadit do mezinárodního práva soukromého, chápeme-li je ve shora uvedeném vymezení. Jejich jedinou funkcí je podílet se na úpravě vztahů s mezinárodním prvkem, a proto je do tohoto odvětví právem zahrnujeme. I na ně dopadá pojem věcné normy mezinárodního práva soukromého a v zájmu terminologického rozlišení tento širší pojem, pod nějž spadají, vyhrazueme jen pro ně, zatímco pro normy uvedené sub b) použijeme užšího označení „přímé normy vnitrostátního původu“ nebo „vnitrostátní (národní) přímé normy“.⁴⁴⁾

Do hmotněprávních norem určených pro úpravu občanskoprávních

⁴²⁾ Ph. Francescakis v recenzi H. Batiffol: *Droit international privé*, Paris 1967, *Rév. crit.*, 1967, str. 436.

⁴³⁾ H. Bauer: *Les traités et les règles de droit international privé matériel*. *Rév. crit.*, 1966, str. 537–574; H. Neuhaus v recenzi tohoto článku v *Rabels Z.*, 1967, str. 769.

⁴⁴⁾ Z. Kučera: *op. cit.*, str. 12, 13, 225, 226.

vztahů s mezinárodním prvkem zahrnujeme i právní normy upravující postavení cizinců v občanskoprávních vztazích.

Cizineckým právem se obvykle rozumí souhrn právních norem, které upravují postavení cizinců odchýlně (nejčastěji hůře) než postavení vlastních občanů. Z hlediska této definice je přísně vzato ustanovení čs. práva o postavení cizinců v osobních a majetkových vztazích (§ 32 ZMPS) formulací zásady, k níž se dospělo abstrakcí od souhrnu čs. právních norem, která by platila, i kdyby nebyla takto legislativně vyjádřena. Pokud z určité právní normy nevyplývá odchýlné postavení cizince, takže tato norma by byla normou cizineckého práva ve smyslu uvedené definice, není právní podklad pro odchýlné zacházení. Význam uvedeného ustanovení je především v tom, že dává nezbytný zákonný podklad pro opatření, aby v určitých případech bylo určitým kategoriím cizinců rovnoprávné postavení odepráno.

O tom, zda normy cizineckého práva zařadíme mezi shora uvedené normy uvedené sub a), tj. normy, jejichž použití závisí na použití tuzemského práva,⁴⁵⁾ nebo mezi vnitrostátní přímé normy uvedené sub b), bude nutno rozhodnout podle obsahu a účelu dané normy. Zájmu státu vydávajícího tyto normy bude zřejmě lépe odpovídat, aby šlo o normy bezprostředně použitelné. Do této kategorie je třeba zařazovat ustanovení cizineckého práva v čs. právním řádu. Shora uvedené ustanovení § 32 ZMPS sem zařadíme, neboť bude-li rozhodnutím příslušného státního orgánu rozhodnuto, že pro určité kategorie cizinců se zásady rovného postavení nepoužije, je nepochybně smyslem tohoto rozhodnutí, že má být důsledně aplikováno bez ohledu na to, kterým právním řádem by se řídil konkrétní právní vztah. Např. bude-li takto příslušník státu X omezen v možnosti uzavírat smlouvy o užívání určitých věcí nebo např. smlouvy o provádění určitých druhů prací apod., pak se toto omezení uplatní bez ohledu na to, že se způsobilost cizince řídí jeho *lex patriae*, a bez ohledu na to, že by si se svým smluvním partnerem sjednal podle § 9 ZMPS použití zahraničního práva.

Ustanovení § 7 zákoníku práce o tom, že cizinec smí být přijat do pracovního poměru, jen jestliže mu bylo uděleno povolení k pobytu na území ČSSR, se uplatní bezprostředně bez ohledu na to, že by účastníci zamýšleli ve smyslu § 16 ZMPS podrobit pracovní smlouvu jinému právnímu řádu.

V čs. právu můžeme zařazovat mezi normy uvedené sub a), tj. takové, jejichž použití závisí na tom, zda podle kolizní normy se má použít čs. práva, zákoník mezinárodního obchodu (č. 101/1963 Sb.) upravující majetkové vztahy v mezinárodním obchodním styku. Vedle obdobného zákona vydaného v NDR (Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge, GBl. I, 1976, 61, srov. § 1 odst. 1) je takový detailní právní předpis patřící do této kategorie výjimkou; obvykle jde o ojedinělá ustanovení. Uvádí se např. § 1944 v NSR platného BGB stanovící delší lhůtu k odmítnutí dědictví,

⁴⁵⁾ G. Kegel: Internationales Privatrechts, III. vyd., München 1971, str. 40.

jestliže je dědic v cizině, nebo ustanovení v právu USA přerušující běh promlčecí doby, jestliže dlužník opustí státní území. U některých ustanovení můžeme však mít pochybnosti, zda jde o normu určenou pro úpravu vztahů s mezinárodním prvkem. Jak jsme již uvedli, neznámá každý vztah některého z prvků občanskoprávního vztahu k zahraničí mezinárodní prvek v daném vztahu. Jestliže např. účastník existujícího právního vztahu, z něhož je vůči druhému zavázán, opustí území daného státu, nemusí tím existující právní vztah se stát jen z toho důvodu vztahem s mezinárodním prvkem. Nezdá se nám proto správné zařazovat normu upravující běh promlčecí doby pro ten případ do mezinárodního práva soukromého. Tato norma upravuje určitou situaci odchylně od normálního tuzemského případu, protože tato situace má vztah k zahraničí (v anglické terminologii *foreign fact situation*), který však nemusí být natolik společensky významný, aby se daný právní vztah stal vztahem s mezinárodním prvkem.⁴⁶⁾

Normy uvedené sub b), tj. vnitrostátní přímé normy jsou poměrně vzácné. V čs. právním řádu bychom mohli uvést jako příklad ustanovení § 20 odst. 2 ZMPS stanovící, že k platnosti sňatku československého občana v cizině je třeba zachovat občanskou formu, ustanovení § 5 zákona o rodině č. 44/1963 Sb. upravující diplomatický a konzulární sňatek čs. občana v cizině, již uvedené ustanovení § 7 zákoníku práce, ve francouzském právu ustanovení, k němuž dospěla judikatura, že v mezinárodních závazkových smlouvách jsou vždy přípustné zlaté doložky, ustanovení sovětského právního řádu upravující způsob podpisování smluv sovětskými organizacemi zahraničního obchodu.

Tyto normy jsou vydávány k uskutečnění zvláště naléhavých společenských zájmů na určité úpravě vztahů s mezinárodním prvkem, tím lze vysvětlit jejich poměrně vzácný výskyt. Nebylo by v zájmu mezinárodní spolupráce, aby po vzoru římského *ius gentium* určeného pro vztahy mezi Římany a cizinci a mezi cizinci navzájem upravovaly státy svými vnitrostátními hmotněprávními normami vztahy s mezinárodním prvkem. Mělo by to za následek všechny nevýhody, které by byly spojeny s užíváním normálních hmotněprávních norem *legis fori* pro vztahy s mezinárodním prvkem. Rozdíl by snad byl jen v tom, že speciální normy pro vztahy s mezinárodním prvkem by patrně poskytovaly dokonalejší úpravu, nicméně sebedokonalejší úprava by byla státem *fora* vnucována bez ohledu na povahu a okolnosti občanskoprávních vztahů.

Vyskytují se názory, které podobně jako u *lois d'application immédiate* zeslabují tezi o bezprostřední aplikovatelnosti těchto norem. Stejně jako *lois d'application immédiate* podle těchto názorů nevylučují použití kolizního práva, nýbrž nahrazují normální kolizní normy zvláštními, a to jednostrannými, obvykle skrytými.⁴⁷⁾ Místo věcné normy v mezinárodním

⁴⁶⁾ G. Kegel: op. cit., Recueil, 1964 — II, str. 248, 254, se zmiňuje o rozdílu mezi special rules for foreign fact situations a for international fact situations.

⁴⁷⁾ J. Kropholler: Batiffol — Klassiker des internationalen Privatrechts. *Rabels Z.*, 1969, str. 99.

právu soukromém měly by se správně nazývat „věcné normy se zvláštním kolizním navázáním“. Východiskem je zde názor, jímž jsme se již dříve zabývali, že použití každé hmotněprávní normy závisí na příslušné normě kolizní nebo normě upravující používání práva.⁴⁸⁾

V těchto normách je podle těchto názorů zahrnuta jednostranná kolizní norma, které jako *lex specialis* se použije přednostně před obecnou kolizní normou stanovící použitelné právo. Tyto jednostranné kolizní normy se nevztahují k právnímu poměru či otázce, nýbrž k právní normě.⁴⁹⁾ Ustanovení o rozsahu použitelnosti nemusí být zahrnuto v každé jednotlivé normě, ale může být stanoveno zvláštní normou, vztahující se k celé skupině věcných norem. Doporučuje se proto používat názvu, jehož autorem je R. de Nova, a to „*leggi con apposita delimitazione della sfera di efficacia*“.⁵⁰⁾

K názoru vycházejícímu z toho, že každému použití hmotněprávních norem předchází použití kolizní normy, byť neuvědoměle, jsme již zaujali výše stanovisko. Názor právě uvedený ve skutečnosti vychází z toho, že každá norma vymezující oblast uplatnění určitého předpisu, ať již výslovná nebo z obsahu určitého předpisu vyplývající, je normou kolizní. Kolizní normou je podle toho každá norma, která sama věcně neupravuje postavení účastníků, ale odkazuje, resp. předpokládá použití jiných norem obsahujících věcnou úpravu.

Nepokládáme za účelné takové rozměňňování výrazu kolizní norma. Tento výraz bude vhodné vyhradit jen pro takovou normu stanovící použití jiných, věcných norem, která odpovídá na otázku, kterého z několika v úvahu přicházejících právních řádů se má použít, a tím řeší, resp. předchází pochybnosti ohledně aplikace příslušného právního řádu. Kolizní norma přichází v úvahu tam, kde se taková otázka klade. V oblasti mezinárodního práva soukromého je tomu tehdy, jestliže volíme určitý přístup k úpravě vztahů s mezinárodním prvkem, spočívající v tom, že pro tuto úpravu vybíráme některý z právních řádů, k nimž má příslušná situace vztah. Pro tento výběr je třeba kolizní normy; ať jde o kolizní normy dnes obvyklého typu, vycházející z určité situace, právní otázky či vztahu, či o kolizní normu vycházející ze statutární teorie a stanovící rozsah uplatnění pro určitou kategorii norem, ať jde o kolizní normy dvoustranné či jednostranné, ať je chápeme jako pravidla odkazující k celému právnímu systému či jen k určitým normám, vždy je jejich funkcí dojít k výběru práva, kterým se má daná situace řídit.

Naproti tomu přímé normy jsou výrazem jiného přístupu k úpravě vztahů s mezinárodním prvkem, a to přístupu používajícího pro tuto úpravu tuzemského právního řádu, byť upraveného s ohledem na mezinárodní prvek. Zde se neklade otázka, kterého z několika právních řádů použít,

⁴⁸⁾ H. Neuhaus v recenzi článku H. Bauera, *Rabels Z*, 1967, str. 770.

⁴⁹⁾ J. Kropholler: *op. cit.*, str. 99.

⁵⁰⁾ H. Neuhaus v recenzi Ph. Francescakis: *Conflict de lois (Principes généraux)*, *Rabels Z*, 1969, str. 195.

charakteristická pro uvedený kolizní přístup. Zásadně by mohl zákonodárce používat těchto norem na všechny vztahy s mezinárodním prvkem. Pokud sám dobrovolně vymezuje rozsah jejich aplikace, nepřenechává tím za těmito mezemi volné místo pro zahraniční právo, jak to např. činí jednostranná kolizní norma. Přenechává tím místo pro uplatnění kolizního přístupu, tj. svým kolizním normám, které mohou, ale nemusí vést k aplikaci zahraničního práva. Norma obsažená nebo výslovně uvedená v přímé normě, vymezující její uplatnění, tak rozhraničuje mezi oblastí této přímé normy a oblastí kolizních norem, tj. jiného normového souboru vlastního práva, tak jako např. norma vymezující oblast uplatnění hospodářského zákoníku ve vztahu k ZMO. Chceme-li také tyto normy nazývat kolizními, jde o kolizi jiné úrovně, a je proto nevhodné tohoto názvu zde používat, neboť vede k nedorozumění.

Výjimečná povaha vnitrostátních přímých norem by mohla vést k pochybnostem v otázce používání těchto norem, jsou-li součástí zahraničního práva. Pokud na zahraniční právo odkazuje kolizní norma, takže jde o vnitrostátní přímé normy *legis causae*, není důvodu pro odmítání jejich aplikace, vycházíme-li ze zásady, že zahraniční právo vykládáme a aplikujeme tak, jak by je vykládal a aplikoval zahraniční soudce, samozřejmě s možností použít výhrady veřejného pořádku.⁵¹⁾ V případě zpětného nebo dalšího odkazu zahraničního práva k jinému právu použilo by se přesto těchto norem, neboť jejich použití předchází koliznímu přístupu. V oblasti vyhrazené pro aplikaci tuzemské vnitrostátní přímé normy pochopitelně aplikace zahraniční vnitrostátní přímé normy nepřichází v úvahu. Pokud tyto normy nejsou součástí ani *legis fori* ani *legis causae*, není důvod pro jejich použití. Výjimka by přicházela v úvahu, pokud by bránily dlužníkovi, jehož bydliště nebo majetek je v třetím státě, o jehož normy jde, v plnění závazku. Tato otázka si však vyžaduje zvláštní zkoumání, jež je mimo rámec tématu této práce.

3. ZVLÁŠTNÍ HMOTNĚPRÁVNÍ ŘEŠENÍ VZTAHŮ S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

Zvláštní způsob úpravy případů s mezinárodním prvkem spočívá v různých variantách řešení, které alespoň pro určité situace nechce používat ani *lex fori* ani pozitivního zahraničního práva, ale chce pro některé situace vytvářet zvláštní hmotněprávní normy. Nejdůkladněji je varianta tohoto přístupu zpracována v díle E. Steindorffa.⁵²⁾

Steindorff rozlišuje od vztahů národních (vnitrostátních) vztahy mezinárodní. U vztahů národních přichází mimo pochybnost v úvahu aplikace

⁵¹⁾ H. Neuhaus, *Rabels Z*, 1969, str. 195.

⁵²⁾ E. Steindorff: *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a. M. 1958.

příslušného právního řádu.⁵³⁾ U vztahů mezinárodních rozlišuje mezinárodnost v širším a užším smyslu.

U vztahů mezinárodní povahy v širším smyslu jde o to, že u nich přichází v úvahu právní řád na prvním místě použitelný a vedle něho je s případem fakticky spojen ještě jiný právní řád. Vysvětluje to na případech závazkových smluv, deliktů a kvalifikace, kde jako primárně použitelné právní řády přicházejí v úvahu právo zvolené stranami, právní řád příznivější pro poškozeného a *lex fori*. Mezinárodní povaha vztahu daná tím, že je zde kontakt ještě s dalším právem, má ten důsledek, že je třeba zkoumat způsobilost k použití primárně použitelného práva s ohledem na tento další právní řád. Tato způsobilost je dána, jestliže spojení případu s právem primárně použitelným skutečně podstatně převažuje nad spojením s konkurujícími právními řády, nebo jestliže jsou tyto s právním řádem primárně použitelným obsahově harmonické. Není-li tomu tak, jde o mezinárodní případ v užším smyslu.

V mezinárodních případech v užším smyslu neodpovídá mezinárodní povaze vztahu posouzení podle jediného právního řádu vzhledem k tomu, že konkurující právní řády, s nimiž je případ spojen, nejsou obsahově harmonické a kontakt s žádným z nich nepřevažuje nad ostatními. Rozhraničení je tak dáno dvěma složkami: intenzitou spojení konkurujících právních řádů a jejich obsahem.⁵⁴⁾

V těch případech, kdy není správné použít jediného právního řádu, je třeba vytvořit řešení přiměřené skutkové podstatě. Vytváří se tak nové zvláštní hmotné právo, přičemž se berou v úvahu konkurující právní řády.⁵⁵⁾ Steindorff odmítá „nacionalizaci“ těchto vztahů, čímž rozumí jejich podřízení určitému národnímu právnímu řádu.⁵⁶⁾ S vytvářením zvláštního hmotného práva souvisí i odmítání aplikace různých právních řádů na jednotlivé složky daného případu.⁵⁷⁾

Proti zcela pochopitelné kritice spatřující v tomto řešení, které — jak Steindorff sám připouští — znamená v mnoha případech účelové rozhodnutí případ od případu, ohrožení právní jistoty, se autor brání tím, že uvádí, že prostor pro toto účelové rozhodování se prakticky kryje s prostorem, v němž řešení poskytovaná naukou mezinárodního práva soukromého jsou sporná a měřítko pro rozhodování nejsou jistá.⁵⁸⁾ Má tím na mysli oblast kvalifikace pro vztah mezi *lex fori* a *lex causae*, deliktů s ohledem na komplikace při určení místa deliktu (u tzv. distančních deliktů) a závazkových smluv vzhledem k snaze o prosazování imperativních ustanovení ostatních práv vedle *lex causae* zvolené stranami.⁵⁹⁾

⁵³⁾ E. Steindorff: op. cit., str. 225.

⁵⁴⁾ E. Steindorff: op. cit., str. 273, 274.

⁵⁵⁾ E. Steindorff: op. cit., str. 275, 276; G. Kegel, Recueil, 1964 — II, str. 241, 244.

⁵⁶⁾ E. Steindorff: op. cit., str. 50.

⁵⁷⁾ G. Kegel, Recueil, 1964 — II, str. 244.

⁵⁸⁾ E. Steindorff: op. cit., str. 276, 277.

⁵⁹⁾ G. Kegel, Recueil, 1964 — II, str. 244.

Zvláštní hmotněprávní řešení pro vztahy s mezinárodním prvkem doporučuje E. Langen. Podle něho má soudce zkoumat slučitelnost svého právního řádu s právním řádem zahraničním, jehož použití by eventuálně přicházelo v úvahu. Jestliže se oba právní řády shodují, má použít *lex fori*. Jestliže se neshodují, má, pokud tomu nebrání kogentní normy obou práv, hledat kompromis mezi *lex fori* a zahraničním právem. Pouze pokud by tento postup byl v rozporu s tuzemským nebo zahraničním veřejným pořádkem, má provést výběr rozhodného národního práva.⁶⁰⁾

Obdobně podle H. Kronsteina soudce může v základě rozhodovat jen podle vlastního práva a podle vlastních hodnotících měřítek. Má však do svého rozhodnutí přijmout i zahraniční právní myšlenky a sloučit je s domácími se prvky *legis fori* v jednotu. Proto by měly být ve spolupráci internationalistů a hospodářských právníků vytyčeny typické mezinárodní konfliktní případy a vypracována pro ně přiměřená řešení bez zapojení kolizních norem.⁶¹⁾

Vedle těchto názorů vycházejících ze zvláštních hmotněprávních řešení jako základního přístupu k určitým kategoriím vztahů s mezinárodním prvkem je možno uvést názory doporučující zvláštní hmotněprávní řešení v případech, kdy kolizní přístup nevede k výsledku. Jde o výjimečné případy adaptace a mezer způsobených v zahraničním právním řádu v důsledku vyloučení některého jeho ustanovení na základě výhrady veřejného pořádku.⁶²⁾ V případech adaptace, v nichž je třeba odstranit rozpor mezi normami z různých právních řádů použitelných v téže situaci, je možno přizpůsobit neobvyklé situaci kolizní normu nebo hmotné právo, je však možné i vytvořit zcela novou věcnou normu, která neodpovídá žádnému z použitých právních řádů, např. v případě odporujících si domněnek o přežití osob, které zahynuly společně při havárii, vytvořit domněnku o tom, že všechny zahynuly současně. Kegel takové normy označuje za věcné normy vlastního mezinárodního práva soukromého.⁶³⁾

Wengler sem zařazuje jako zvláštní případ situace, v nichž určitá osoba vzhledem k ustanovení různých právních řádů, z nichž jeden je aplikovatelný podle práva *fora* a druhý nikoliv, je postavena do rozporné situace, kdy jí tyto právní řády ukládají odporující si povinnosti, popř. jeden z nich subjektivní právo a druhý tomu odporující povinnost. Wengler chce tyto případy řešit prostředky aplikovatelného hmotného práva (např. nemožnost plnění, zabránění dvojímu plnění) a jako výjimku doporučuje vše-

⁶⁰⁾ E. Langen: *Transnational Commercial Law*, Leiden 1973, str. 33, 203–245; E. J. Cohn, recenze tohoto díla v *Aussenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters, Recht der internationalen Wirtschaft*, 1975, str. 655.

⁶¹⁾ H. Neuhaus ve zprávě o přednášce H. Kronsteina: *Auswirkungen neuer Unternehmensstrukturen auf das IPR*, *Rabels Z*, 1971, str. 581, 582.

⁶²⁾ G. Kegel, *Recueil*, 1964 – II, str. 247, 251, 252.

⁶³⁾ G. Kegel: *Leo Raape und das IPR der Gegenwart*. *Rabels Z*, 1966, str. 6; A. E. v. Overbeck: *Les règles de droit international privé matériel*. *Nederlands Tijdschrift voor International Recht*, 1962, str. 362 a násl.

obecnou normu, podle níž nikdo ve státě fora nemůže být donucován k plnění v zahraničí, jestliže lze s určitostí očekávat, že toto plnění je tam zakázáno.⁶⁴⁾

4. VÝBĚR ROZHODNÉHO PRÁVA Z NĚKOLIKA DOTČENÝCH PRÁVNÍCH ŘÁDŮ

Oproti názorům, které při úpravě případů s mezinárodním prvkem vycházejí z lex fori, nezměněného nebo speciálně upraveného pro tyto vztahy, nebo chtějí vytvořit zvláštní hmotné právo, stojí velká skupina názorů, jež jsou pro výběr tuzemského nebo zahraničního práva. V této velké skupině je však třeba rozlišovat další dvě skupiny podle způsobu výběru rozhodného práva. Do jedné lze zařadit výběr prováděný podle obvyklých kolizních norem, do druhé dosti pestrhou řadu stanovisek, jimž je však společný odmítavý postoj k používání kolizních norem, alespoň ve známém obvyklém smyslu.

a) *Výběr přihlížející k obsahu dotčených hmotněprávních norem*

Zmíněná druhá skupina jinak se od sebe lišících stanovisek vytýká přístupu koliznímu v obvyklém smyslu ignorování obsahu hmotněprávních norem přicházejících v úvahu a výsledku, k němuž se dospěje. Mluví se o „mechanicky slepých“ kolizních normách, o Savignyho pásce na oči apod.⁶⁵⁾ Společným znakem těchto různých stanovisek je, že před výběrem rozhodných norem berou v té či oné míře v úvahu obsah právních norem.

Můžeme sem zařadit i učení amerického autora B. Currieho, i když současně by mohl být uváděn mezi těmi, kteří dávají přednost používání práva fora. Pro výběr rozhodného práva podle něho rozhoduje, zda je dán zájem určitého státu na aplikaci svých právních norem, kterými sleduje určité cíle. Přednost má stát fora, pokud je dán jeho zájem na dosažení cílů sledovaných jeho normami.

Jestliže strana požaduje, aby soud použil práva cizího státu, které se liší od práva fora, má soudce zjišťovat cíle, které jsou vyjádřeny v příslušných normách, a okolnosti, za kterých je pro příslušný stát rozumné prosazovat svůj zájem na aplikaci norem tyto cíle sledujících. Zjistí-li soudce, že jen jeden stát má takový zájem, použije práva tohoto jediného zainteresovaného státu. Zde jde o tzv. nepravý, falešný konflikt (false conflict). Zjistí-li soud zjevný střet mezi zájmy dvou států a i po opětovném výkladu, který provede s určitou umírněností a restriktivně, zájmů a cílů jednoho

⁶⁴⁾ G. Kegel, Recueil, 1964 — II, str. 252; W. Wengler, Archiv für die civilistische Praxis, 158 (1960), str. 545, 548, 550.

⁶⁵⁾ P. M. Gutzwiller: Von Ziel und Methode des IPR, Schw. Jb. f. int. R., 1968, XXV, str. 161 a násl.; P. H. Neuhaus: Neue Wege im europäischen IPR?, Rabels Z, 1971, str. 406, 407; A. N. Makarov v recenzi práce Gutzwillera, Rabels Z, 1971, str. 334 a násl.; J. E. Deelen: De blinddock van von Savigny, Amsterdam 1966.

nebo druhého státu zjistí, že ani touto cestou není možno tento střet odstranit, použije práva fora, když jedním ze zainteresovaných států je stát fora. Není-li stát fora zainteresován a jde o rozpor mezi zájmy dvou cizích států, nedává Currie zcela jednoznačný závěr. Někdy doporučuje použít lex fori, avšak alternativně doporučuje také použít pravidla, které je lepší, cennější, humánnější a lépe odpovídá zájmům společnosti. Není-li žádný stát zainteresován, je třeba použít práva fora.⁶⁶⁾

Currieho přístup znamená jasnou preferenci pro lex fori. V případě účasti tuzemského subjektu na sporu, je-li ochrana tohoto subjektu v zájmu státu fora, vede k použití lex fori.⁶⁷⁾

Zjišťování, zda v daném případě existuje zájem státu na prosazení cílů sledovaných jeho právní normou, skrývá možnost subjektivního výkladu soudu. Pomoc proti tomu neposkytuje ani další návrh Currieho, aby zákonodárce doplnil hmotněprávní normy normami stanovícími, kdy hmotněprávní normy mají být aplikovány v případech s cizím prvkem. Tyto normy nejsou kolizními normami v obvyklém smyslu. Podobají se jednostranným kolizním normám. Nemají však obecnou povahu, nevztahují se k určitým institutům občanského práva, nýbrž jen k hmotněprávním normám, nesměřují k použití určitého právního řádu, nýbrž jen určitých hmotněprávních norem.⁶⁸⁾

Těmto specifickým normám ohraničujícím použití hmotněprávních norem na případy s cizím prvkem se přisuzuje schopnost vyjadřovat zájmy státu na aplikaci jeho norem na rozdíl od prázdných a bezbarvých všeobecných kolizních norem, z kterých nevyplývají různé zájmy a cíle sledované jednotlivými hmotněprávními normami, které mají být na jejich základě použity.⁶⁹⁾

Currie měl svým učením vliv i na západoevropské autory, zejména západoněmecké. Tento vliv je patrný na názorech západoněmeckého autora Joergese. Podle něho ve vztazích mezinárodního práva soukromého jde o kolize cílů stanovených v právních normách a o poruchy jejich funkcí. Z cílů upravených v normách se podává zájem na jejich prosazení a z funkcí norem zájem na splnění jejich úkolů. V případě střetu zákonů jde tak o konflikt společenských zájmů. Tento stav nastal podle něho poté, co došlo ke změně ve funkci soukromého práva. Klasické kolizní právo Savignyho spočívá na představě jedince hospodářského podle svých zájmů. Soukromé právo je v té době systémem norem zajišťujících, avšak nevytvářejících směnné vztahy mezi konkurujícími vlastníky zboží. Tomu pak odpovídá představa soukromoprávně uspořádaných a homogenních společností. Tento stav se změnil procesem zespolečenštění státu a pronikáním

⁶⁶⁾ B. Currie, 63 Col. L. Rev. (1963), str. 1242, 1243; G. K e g e l, Recueil, 1964 — II, str. 124, 126, 127.

⁶⁷⁾ G. K e g e l, Recueil, 1964 — II, str. 126.

⁶⁸⁾ G. K e g e l, Recueil, 1964 — II, str. 163.

⁶⁹⁾ D. St. L. Kelly: Localising rules and different approaches to the choice of law process. Intern. and Comp. Law Quarterly, 1969, str. 273.

státního vlivu na uspořádání společnosti. Tím se změnila funkce soukromého práva a odpadl základ, z něhož mohl vycházet Savigny při stanovení univerzálně použitelných kritérií pro podřazení právních pojmů pod jednotlivé právní řády. Odpadnutím předpokladů spočívajících v klasických soukromoprávních úpravách a homogenitě států účastnících se na mezinárodních vztazích došlo k strukturální změně v otázce používání práva. Zájmy na určitém právním vztahu v mezinárodním styku závisí na společenském vývojovém stavu dotčených právních řádů, např. prý použití normy o rozsahu odpovědnosti za škodu způsobenou výrobky vyvolává jiné problémy v Řecku nebo Jugoslávii než v NSR.⁷⁰⁾

Ze změny funkce soukromého práva vyplývá požadavek opustit při řešení otázky použití práva právní poměr jako východisko a vycházet, tak jako statutární teorie, z právního předpisu.⁷¹⁾ Přejímá se rozlišování pravých a nepravých konfliktů. Pouze tam, kde jde o pravé konflikty, je třeba hledat vyrovnání mezi společenskými zájmy stojícími proti sobě. Přesný návod se však pro toto vyrovnání neposkytuje. Rozhodnutí o použití práva má vycházet ze společenských zájmů dotčených států, respektovat „comitas“, zvážit sociální problémy dotčených řádů a formulovat vyrovnání vyhovující vlastnímu veřejnému pořádku. Problémem mezinárodního práva soukromého je otázka, podle jakých směrnic se má v kolizních případech řídit comitas, jeho krizí je rozpad vnitrostátních a mezinárodních základů a jeho dilematem jsou potíže, které se kladou stanovení nových základů.⁷²⁾

Nebezpečí tohoto učení pro mezinárodní vztahy je zjevné. Proklamuje snahu chránit zájmy vládnoucí třídy konkrétní společnosti monopolistického kapitalismu, přičemž se snaží vzbudit zdání respektování jakési „comitas“, pro kterou však není schopno stanovit přesná kritéria. Při zjišťování společenských zájmů skrytých v hmotněprávních normách se má vycházet z nerovnosti jednotlivých společností a jejich právních řádů.

Bez jakýchkoliv jasných směrnic se má docházet k výběru hmotněprávních norem podle názoru P. M. Gutzwillera. Podle něho se mezinárodní právo soukromé nemá omezovat na určení zásadně použitelného právního řádu, nýbrž má určit v jednotlivém případě hmotněprávní rozhodovací pravidlo. Kolizní normy v obvyklém smyslu pokládá zásadně za nevhodné, zcela je však neodmítá, nýbrž doporučuje zeslabit jejich uplatnění v poměru k uplatnění vnitrostátních věcných norem. Pokládá za dovolené a žádoucí odchýlit se v konkrétním případě od kolizních norem. Doporučuje upravit případ s cizím prvkem na základě těch věcných norem mezi všemi potencionálně použitelnými normami, které nejvíce uspokojují z hlediska výsledku, kterého se v konkrétním případě dosahuje.⁷³⁾ Tato bezprostřední

⁷⁰⁾ Ch. Joerges: Die klassische Konzeption des internationalen Privatrechts und das Recht des unlauteren Wettbewerbs. *Rabels Z.*, 1972, str. 433, 467–470.

⁷¹⁾ Ch. Joerges: op. cit., str. 468.

⁷²⁾ Ch. Joerges: op. cit., str. 472.

⁷³⁾ P. M. Gutzwiller, viz v pozn. 65; A. N. Makarov, *Rabels Z.*, 1971, str. 336.

volba mezi jednotlivými věcnými normami se má provádět s ohledem na hmotněprávní a mezinárodněprávní zájmy zúčastněných právních společností.⁷⁴⁾

Tento názor je zřetelně ovlivněn přístupem D. Caversa, který odmítá tradiční kolizní normy jako mechanická pravidla, která abstrahují od obsahu práva, na které odkazují, a nejsou s to kontrolovat věcná řešení pro sporný případ.⁷⁵⁾ Střet zákonů se mu jeví nikoliv jako rozpor právních řádů, ale konkrétních hmotněprávních norem a řešení z nich vyplývajících, a proto je třeba při jeho řešení vycházet z pravidel hmotného práva, která jsou v rozporu. Soudce má porovnat řešení vyplývající ze všech norem, které se střetávají, a má mezi nimi vybrat použitelnou normu tak, že vezme v úvahu zájmy stran (spravedlnost očekávanou stranami) a také cíle společenské politiky sledované normami, jež se střetávají. Přitom má mít na zřeteli dvě úvahy: 1. že vztahy, na něž se vztahují vnitrostátní normy, si vyžadují jiného zacházení, mají-li zahraniční prvek; 2. že navázání na ten či onen zákon značně závisí na skutečném kontextu, tj. na okolnostech případu, v nichž dochází k navázání, a na řešeních, k nimž dospívají jednotlivé střetávající se zákony.⁷⁶⁾

Cavers se pokusil o formulaci pravidel, která mají odpovídat jeho uvedené metodě a vést k výběru práva. Nepoužívá pro ně výrazu kolizní normy a nazývá je „principles of preference“. Snaží se tak dokázat dvojí: jednak že jeho postup nespočívá zcela v oblasti řešení ad hoc a jednak že pravidla jím vytvořená nejsou návratem ke kolizním normám, které odsuzuje.⁷⁷⁾

Tyto principles of preference mají dvě zvláštnosti: 1. jsou velmi specializovány, vztahují se na jednotlivé skutkové hypotézy, např. pro výběr práva pro odpovědnost za způsobení škody stanoví pět principů a tím ještě nemají být všechny případy pokryty; 2. odvolávají se na obsah střetávajících se hmotněprávních norem.⁷⁸⁾ Těmto principům přiznává však jen pomocnou úlohu, pokud otázka výběru práva není řešena platnou normou.⁷⁹⁾

Jako příklad lze uvést první z pěti principles of preference pro odpovědnost za způsobení škody: „Jestliže normy o odpovědnosti platné ve státě, kde škoda vznikla, stanoví vyšší standard pro chování nebo finanční ochranu proti škodě než normy státu, v němž došlo k jednání škůdce nebo v němž má bydliště, pak určují standard a ochranu pro daný případ normy státu, v němž ke škodě došlo, ledaže by mezi poškozeným a škůdcem byl takový vztah, že otázka by měla být ponechána právu upravující-

⁷⁴⁾ P. H. Neuhaus: *Neue Wege...*, *Rabels Z.*, 1971, str. 406.

⁷⁵⁾ D. F. Cavers: *The choice-of-law process*, Ann Arbor, 1965; D. J. Evrigenis: *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*. *Recueil des Cours*, 1966 – II, str. 334.

⁷⁶⁾ D. F. Cavers: *A critique of the choice of law problem*. 47 *Harv. Law Rev.*, 173 (1933), str. 113 a násl.; D. J. Evrigenis: *op. cit.*, str. 335.

⁷⁷⁾ D. F. Cavers: *The choice-of-law process*, str. 113, 114, 121, 122.

⁷⁸⁾ D. F. Cavers: *op. cit.*, str. 139 a násl.

⁷⁹⁾ D. F. Cavers: *op. cit.*, str. 177.

mu tento vztah.⁸⁰⁾ Kriticky se k tomu uvádí, že pokud se otázka přenechává na konci pravidla právu upravujícímu vztah mezi škůdcem a poškozeným bez ohledu na obsah tohoto práva, jde o návrat ke staré, mechanické kolizní normě, kterou Cavers odsuzuje.⁸¹⁾

Uvedený přístup svými principles of preference, kterých by mohl být vzhledem k nespočetným variacím skutkových hypotéz nespočetný počet,⁸²⁾ znamená pragmatický a značně libovolný přístup.

Je pravda, že při tomto přístupu se nefavorizuje lex fori, stejně tak jako nefavorizuje lex fori ani již zmíněný představitel local law theory W. W. Cook, který také doporučuje pro výběr práva pragmatický přístup.⁸³⁾

Všem uvedeným přístupům je společné zkoumání hmotněprávních norem přicházejících v úvahu před stanovením rozhodného práva. Uvádějí se tři důsledky, k nimž lze přitom dospět: 1. zjištění, že jednotlivé v úvahu přicházející normy se obsahově shodují; 2. přání vidět konkrétní užitek použitelných norem; 3. otevřené favorizování určitých právních úkonů nebo osob.⁸⁴⁾ Tyto důsledky nejsou za všech okolností nepoužitelné a neúčinné a v praxi i v zákonodárství se s nimi někdy operuje.⁸⁵⁾

b) Výběr na základě obvyklých kolizních norem

Po přístupech, které před výběrem rozhodného práva berou v úvahu obsah potencionálně použitelných hmotněprávních norem, dostáváme se k důležitému a v platném zákonodárství základní postavení zaujímajícímu přístupu provádějícímu výběr rozhodného práva pomocí tradičních kolizních norem zásadně bez ohledu na obsah dotčených právních řádů.

V tomto kolizním přístupu můžeme rozlišovat dva způsoby výběru práva, které se projevují i v konstrukci kolizních norem:

1. Starší metoda, která je označována jako statutární teorie, má svůj počátek ve škole postglosátorů a pokračovala v dalších školách před Savignym, spočívá v tom, že přijímá jako výchozí základ pro řešení kolizní otázky právní předpis. Zkoumá jeho obsah a povahu. Hmotněprávní normy občanského práva se rozřídí do určitých kategorií. Pro každou kategorii norem se stanoví rozsah uplatnění.⁸⁶⁾

Kolizní normy na základě této metody vytvořené vycházejí z hmotněprávních předpisů. Nevztahují se k právnímu řádu jako celku, ale k určité skupině hmotněprávních předpisů. Při jejich výkladu a aplikaci není podle některých názorů předmětem kvalifikace určitý skutkový základ, který může mít povahu právního poměru či právní otázky, ale uvedené hmotně-

⁸⁰⁾ D. F. Cavers: op. cit., str. 139.

⁸¹⁾ D. J. Evrigenis: op. cit., str. 350.

⁸²⁾ D. J. Evrigenis: op. cit., str. 347.

⁸³⁾ Viz pozn. 40.

⁸⁴⁾ P. H. Neuhaus, Rabels Z, 1971, str. 407–410.

⁸⁵⁾ Srov. československý ZMPS, § 22 odst. 2; § 23 odst. 2; § 24 odst. 1 věta druhá; § 26 odst. 3.

⁸⁶⁾ Z. Kučera: Mezinárodní právo soukromé, Praha 1975, str. 20.

právní předpisy.^{86a)} Příkladem takové normy může být, jinak svou konstrukcí ojedinělé, ustanovení § 7 ZMPS („Ustanovení o zápisech do veřejných knih platná v místě, kde nemovitost je, se použijí i tehdy, když právní důvod vzniku, zániku, omezení nebo převodu knihovního práva se posuzují podle jiného právního řádu“).

2. Novější kodifikace mezinárodního práva soukromého používají kolizních norem vycházejících z určité situace, právního vztahu či otázky, kterou podle určitého kritéria navazují na některý právní řád. Tak je tomu také v čs. zákonu o mezinárodním právu soukromém a procesním. Kolizní normy tohoto druhu se podle převažujícího mínění vztahují k danému právnímu řádu jako celku, popřípadě hmotnému právu daného státu jako celku, nikoliv jen k určité úzké kategorii hmotněprávních předpisů.

Vedle uvedeného rozlišování kolizních norem podle toho, zda vycházejí ze skupiny hmotněprávních předpisů nebo z určitého právního vztahu či otázky, můžeme rozlišovat dvě metody kolizního řešení vztahů s mezinárodním prvkem: metodu unilateralistickou a metodu bilateralistickou.

1. Metoda unilateralistická, která na rozdíl od metody bilateralistické nemá oporu v pozitivních právních řádech, odpovídá kolizním normám vytvářeným statutární teorií, a označuje se proto za přímou dědičku statutární teorie.⁸⁷⁾

Pro toho, kdo se chce hlásit k unilateralistické metodě, nestačí jen používat jednostranných kolizních norem, jestliže by je rozšiřujícím výkladem v praxi rozváděl na normy dvoustranné. Unilateralistická metoda vyžaduje přijetí úplného systému řešení kolizních otázek. Tento úplný uzavřený systém obsahuje v první řadě sérii norem, které jednostranně vymezují oblast použití tuzemských právních předpisů, a vedle těchto norem pak obsahuje pro případy, které nejsou těmito normami zahrnuty, další normu, která přikazuje použít pro tyto případy zahraničního práva, které si přeje být aplikováno, tzn. je třeba vyhledávat, zda některý právní řád podle svých kolizních norem má být na daný případ aplikován. Tento způsob vyhledávání právního řádu připomíná konstatování státní příslušnosti určité osoby; také je třeba zjistit, zda některý stát ji podle svých předpisů pokládá za svého příslušníka.

Pouze uvedenému systému lze přiznat povahu a označení unilateralistického systému.⁸⁸⁾

Názory autorů hlásících se k tomuto systému se poněkud rozcházejí ve dvou otázkách:

- a) v případech, kdy situace nezajímající tuzemský právní řád chtějí upravovat dva nebo více cizích právních řádů,
- b) v případech, kdy žádný právní řád si nepřeje být aplikován.

^{86a)} W. Wengler: *The General Principles of Private International Law. Recueil des Cours*, sv. 104, 1961, str. 349, 350.

⁸⁷⁾ P. Gothot: *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé. Rév. crit.*, 1971, str. 10.

⁸⁸⁾ P. Gothot: *op. cit.*, str. 3.

V otázce a) se má podle některých dát přednost tomu z právních řádů, jehož kolizní norma vychází ze stejných kritérií jako *lex fori*. Proti tomu se však vyslovují i jiné názory na řešení, zejména se zřetelem na hledisko efektivity a reálnou možnost jednotlivých právních řádů uskutečnit svou snahu po aplikaci.⁸⁹⁾

V otázce b) někteří doporučují použít *lex fori*, jiní, kteří v těchto případech spatřují skutečně mezinárodní situace pohybující se v prostoru mimo jakékoliv národní právní řády, doporučují diferencovanější přístup.⁹⁰⁾

2. Metoda bilateralistická se vyznačuje, jak již vyplývá z jejího názvu, používáním dvoustranných kolizních norem, tj. takových norem, které podle svého kolizního kritéria mohou navazovat jak na tuzemské tak na zahraniční právo. Jde o metodu, které lépe odpovídají kolizní normy vycházející z určitého právního vztahu či otázky. Do této metody může, jak bylo shora uvedeno, spadat i používání jednostranných kolizních norem, jestliže se nepřijímá uvedený unilateralistický systém řešení kolizních otázek. Jde o metodu, která odpovídá platnému právnímu stavu také v československém kolizním právu.

5. MEZINÁRODNĚ JEDNOTNÁ HMOTNĚPRÁVNÍ ÚPRAVA VZTAHŮ S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

V současné době nabývá stále většího významu vytváření mezinárodně sjednocené hmotněprávní úpravy jako přístup k úpravě občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. Tento přístup je charakteristický pro úpravu občanskoprávních vztahů v oblasti mezinárodního obchodního a hospodářského styku.

V názorech teorie hlásících se k tomuto způsobu úpravy lze rozlišovat dvě odchylné skupiny:

1. Předtím než mezinárodně sjednocené hmotněprávní normy začaly být vytvářeny formou mezistátních smluv uzavíraných zainteresovanými státy, vytvářela praxe mezinárodního obchodu prostředky, které by pomáhaly mírnit potíže vyplývající z rozdílů mezi jednotlivými právními řády při úpravě právních poměrů s mezinárodním prvkem. Patří sem častým, stálým a opakovaným užíváním vytvořené zvyklosti zachovávané v mezinárodním obchodním styku, mezinárodní obchodní zkratky, standardní ustanovení opakující se ve formulářových smlouvách a obchodních podmínkách pro obchodování určitými druhy zboží, popřípadě pro poskytování určitých služeb, vytvářených velkými obchodními společnostmi, zájmovými svazy nebo nyní i orgány mezinárodních organizací, jako např. Evropskou hospodářskou komisí, a rozhodovací praxe některých mezinárodně význam-

⁸⁹⁾ P. Gothot: op. cit., str. 32–34.

⁹⁰⁾ P. Gothot: op. cit., str. 29–32.

ných rozhodčích institucí činných při rozhodování sporů z mezinárodního obchodního styku v rozhodčím řízení.

Někteří autoři proto vzhledem k praktickému významu uvedených prostředků docházejí k názoru, že se jimi vytváří nová „lex mercatoria“, zvláštní právní systém, který má autonomní povahu v tom smyslu, že je nezávislý jak na právech národních tak na právu mezinárodním. Označují jej také jako světové právo mezinárodního obchodu, Welthandelsrecht, commercial law of nations apod.⁹¹⁾

Podle Clive M. Schmitthoffa právo mezinárodního obchodu získává nový charakter, překračuje národní omezení, schválením výslovným nebo mlčky ze strany suverénních národních států se proměňuje v autonomní právní systém s charakteristickými rysy, které jsou v podstatě podobné ve všech částech světa.⁹²⁾

Ph. Kahn vychází z konstrukce mezinárodní společnosti prodávajících a kupujících, která má tendenci stát se nezávislou na státech. Připouští však, že přiznat tuto nezávislost je alespoň v současném období příliš dalekosáhlý krok, takže situaci z toho vyplývající pokládá za nikoliv příliš jasnou; mluví však o tendenci k autonomii stále větší, stále plnější a rozšířenější v různých oblastech mezinárodního obchodního styku.⁹³⁾

2. S uvedeným pojetím směřujícím k uznání existence jakéhosi nadnárodního práva, nezávislého na jednotlivých státech a na mezinárodním právu, nelze souhlasit. Právní normy mohou být vytvářeny jen státy, ať již jako součást práva mezinárodního nebo práva jednotlivých států. Úprava vyplývající z mezinárodních obchodních zvyklostí, obchodních podmínek, standardně používaných formulací a zkratk se stane pro účastníky závaznou jen tím, že ji učiní součástí své smlouvy, která se však musí opírat o určitý platný právní řád.

Mezinárodně sjednocené hmotněprávní předpisy pro úpravu občansko-právních vztahů v mezinárodním styku mohou se stát obecně závaznými jen tím, že jsou sjednány státy v mezinárodních smlouvách, tj. normách mezinárodního práva, a podle ústavních předpisů daného státu se stanou součástí jeho právního řádu.

Takto sjednané právní normy se v mezích své působnosti aplikují bezprostředně, bez ohledu na kolizní normy, jejichž působení v mezích své úpravy odstraňují. Patří proto mezi přímé normy. Na rozdíl od přímých norem vnitrostátních, které by měly mít uplatnění jen výjimečné, mají tyto mezinárodní přímé normy velmi důležitý význam pro úpravu právních vztahů s mezinárodním prvkem. Jejich problematika včetně vztahu k úpravě dané kolizními normami si vyžaduje zvláštní pozornosti.

⁹¹⁾ C. M. Schmitthoff: Das neue Recht des Welthandels. Rabels Z, 1964, str. 47 a násl.

⁹²⁾ C. M. Schmitthoff: op. cit., str. 59–61; G. Kegel, Recueil, 1964 – II, str. 259.

⁹³⁾ Ph. Kahn: La vente commerciale internationale, Paris 1961, str. 365–367; G. Kegel, Recueil, 1964 – II, str. 259.

Většině jednotlivých, jinak se od sebe dosti lišících možností přístupu k úpravě občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem je společné, že předpokládají existenci zvláštní úpravy odchylné od úpravy určené pro vztahy čistě vnitrostátní. I ty přístupy, které dávají ve větší či menší míře přednost nezměněnému použití hmotněprávních norem legis fori, nejdou do takových důsledků, že by zvláštní zacházení se vztahy s mezinárodním prvkem zcela vylučovaly.

Zvláštní úprava občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem je, možno říci, všeobecně uznávána. Existence zvláštních právních norem, jejichž funkcí je provádění této úpravy, je reálným jevem v právních řádech snad všech států. Existence této úpravy se opírá o staletou zkušenost a praxi, takže již z toho důvodu by nemělo být o její účelnosti pochybováno.

Občanskoprávními vztahy s mezinárodním prvkem se uskutečňuje mezinárodní hospodářský styk a styk mezi lidmi z různých států. Měly by proto přispívat k mírovému soužití mezi jednotlivými státy a k mezinárodní hospodářské a kulturní spolupráci. Mají-li toto poslání plnit, je nutné, aby tomu odpovídala svou dokonalostí jejich právní úprava.

K dokonalosti právní úpravy vztahů s mezinárodním prvkem je podle našeho názoru v první řadě třeba právní jistoty. Právní jistota v těchto vztazích vyžaduje: 1. informovanost účastníků právních vztahů o tom, kterými právními normami se od svého počátku jejich právní vztah řídí; 2. předvídatelnost výsledku soudního nebo podobného řízení, dojde-li k němu vzhledem k tomu, že ve vztahu mezi účastníky nastala nějaká porucha. Jestliže účastníci neznají, kterými právními normami je upraven jejich vztah, nebo nejsou ani schopni si tuto znalost obvyklými odbornými prostředky opatřit, neplní právní úprava svou funkci a nelze pak vůbec ani o nějaké právní úpravě mluvit. Předvídatelnost výsledku sporu se znalostí norem upravujících vztah účastníků souvisí a vyplývá z ní. Účastníkům právního vztahu má být dána možnost, aby při svém rozhodování o tom, zda mají či nemají vstoupit do určitého právního vztahu, tzn. v oblasti mezinárodního obchodu zda mají přikročit k určité zahraničně obchodní operaci, mohli zakalkulovat i tu okolnost, kde a podle kterých norem se bude rozhodovat případný spor, k němuž by mohlo dojít. Bez této možnosti je pro účastníky vznik právního vztahu krokem do neznáma.

Domníváme se, že uvedeným požadavkům na dokonalost právní úpravy nevyhovují ty způsoby úpravy, které by jako základní přístup přijímaly používání tuzemského práva a odmítaly by zásadně aplikaci zahraničních právních řádů. Výsledek sporu by záležel na tom, v kterém státě by došlo k rozhodování. Nezměněné používání legis fori tak jako v čistě vnitrostátních vztazích by vedlo k zjevným nespravedlnostem v případech s relativně mezinárodním prvkem a neodpovídalo by mezinárodnímu charakteru vztahů s absolutně mezinárodním prvkem. Také používání zvláštních norem pro vztahy s mezinárodním prvkem, vnitrostátních přímých norem,

by vedlo k různému rozhodování. Na rozdíl od přímých norem přijímaných mezinárodními smlouvami, které vytvářením vhodné úpravy pro vztahy s mezinárodním prvkem odstraňují rozdíly mezi jednotlivými právními řády, vnitrostátní přímé normy tyto rozdíly neodstraňují, ale negativním přístupem k aplikaci zahraničního práva je ještě prohlubují.

Požadavku právní jistoty zcela odporují názory vyslovující se pro zvláštní hmotněprávní řešení, které je řešením ad hoc případ od případu bez pevných předem daných pravidel.

Nejdokonalejším prostředkem právní úpravy vztahů s mezinárodním prvkem je mimo pochybnost úprava používající mezinárodně sjednocených přímých norem. Lze ji vytvořit věcně pokud možno nejdokonalejší úpravu vzájemných práv a povinností účastníků, přihlížející k mezinárodní povaze vztahů, a poskytnout jim právní jistotu. Za současného stavu však zdaleka ještě nezasahuje všechny možné kategorie občanskoprávních vztahů, pro něž je vhodná, tzn. vztahů vznikajících v mezinárodním hospodářském styku, kde je možno vycházet z ekonomické ekvivalence práv a povinností účastníků.

Mimo sféru úpravy mezinárodně sjednocenými přímými normami nejlépe odpovídá mezinárodní povaze svého předmětu úprava používající podle určitých kritérií buď tuzemského nebo zahraničního práva, tj. vybírající mezi právními řády, s nimiž má daný právní poměr určitý vztah. Pokládáme přitom za základní ten přístup, který vychází z tzv. kolizní spravedlnosti, tzn. nezajímá se zásadně o hmotněprávní výsledek aplikace rozhodného práva, nýbrž vyhledává z několika v úvahu přicházejících právních řádů ten, k němuž má daný poměr nejintenzivnější vztah. Tento přístup je také zárukou proti diskriminaci v zacházení s jednotlivými právními řády, nebezpečné pro mezinárodní spolupráci. Domníváme se, že je třeba vycházet ze základního rozdílu mezi občanským právem a správním, popřípadě finančním právem (tj. podle terminologie nauky v kapitalistických státech veřejným právem). Tento rozdíl podržuje i socialistická společnost a socialistická právní věda. Pro občanskoprávní vztahy majetkové je typické rovné postavení účastníků, jež je výrazem ekonomické ekvivalence, která vyplývá ze zbožné peněžních vztahů.⁹⁴⁾

Stát občanskoprávními normami sleduje spravedlivou, vyváženou a z uvedené ekonomické ekvivalence vycházející úpravu práv a povinností účastníků. Touto úpravou může napomáhat rozvíjení hospodářských styků (§ 1 ZMO), nečiní si však nárok na to, že jen právě jeho úprava je za všech okolností nejspravedlivější, a je ochoten ve vztazích s mezinárodním prvkem přijmout úpravu jiných států vycházející z rovného postavení účastníků vztahů, tj. úpravu danou jejich občanskoprávními předpisy.

Výběr práva podle stabilních kolizních norem vycházející z těchto úvah poskytuje účastníkům větší jistotu než výběr práva podle subjektivně chápaných státních zájmů nepřiměřeně rozšiřovaných do sféry, v níž je zá-

⁹⁴⁾ Československé občanské právo, sv. I, Praha 1974, str. 13, 14; jde o partii zpracovanou V. Knappem.

kladem rovné postavení účastníků občanskoprávního vztahu. Jen výjimečně tam kde převažuje společenský zájem na ochraně určitých osob nebo zachování platnosti určitých úkonů, je možno při výběru práva přihlížet k výsledku, k němuž se aplikací hmotného práva dospěje.

Uvědomujeme si nedokonalost kolizního přístupu spočívající v možnosti rozdílného rozhodování v důsledku rozdílů mezi národními kolizními normami. Pomoc proti tomu poskytuje institut volby práva a možnost sjednat si místo a způsob rozhodování. Zvláštní význam má zde i mezinárodní unifikace kolizních norem.

Tím, že se vyslovujeme pro úpravu mezinárodně sjednocenými přímými normami a úpravu pomocí kolizních norem, neodmítáme zcela přístupy ostatní. Vycházíme však z toho, že uvedené dva přístupy jsou přístupy základními, v nichž spočívá mezinárodní právo soukromé.

Zbývající přístupy, popřípadě některé z nich, mohou plnit určitou pomocnou funkci, zejména jako východisko z nouze tam, kde kolizní přístup s ohledem na disharmonii v použitelných právních rádech nevede k výsledku, např. v případě adaptace, náhrady za nepoužité cizí ustanovení při použití výhrady veřejného pořádku. Mohou se uplatnit i tehdy, má-li stát výjimečně mimořádný společenský zájem na prosazení určité úpravy. Z tohoto hlediska a v tomto smyslu je možno souhlasit s názorem, že jednotlivé možnosti úpravy vztahů s mezinárodním prvkem nejsou od sebe odděleny propastí a existují mezi nimi přechody.⁹⁵⁾

Uvedené dva základní přístupy, které reálně jsou vyjádřeny v převažujícím počtu norem československého mezinárodního práva soukromého, si zasluhují zvláštní teoretické pozornosti, zkoumání jejich problematiky a vzájemného vztahu a uplatnění při úpravě občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem. To musí mít i důsledky pro pojetí obecné části mezinárodního práva soukromého. Kromě tradičně zahrnované problematiky obecných otázek kolizního práva je třeba do ní zařadit i obecné otázky společné přímým normám, jakožto jednomu ze základních způsobů úpravy občanskoprávních vztahů s mezinárodním prvkem, a otázky jejich vztahu k úpravě prováděné normami kolizními.

ZDENĚK KUČERA

Zivilrechtsverhältnisse mit internationalem Element und die Methoden ihrer rechtlichen Regelung

ZUSAMMENFASSUNG

Die Studie befasst sich am Anfang mit dem Begriff des internationalen Elements im Rechtsverhältnis zivilrechtlichen Charakters. Ein Zivilrechtsverhältnis hat ein internationales Element dann, wenn ein Kontakt zum Ausland in folgenden Fällen besteht: 1. bei Subjekten des Rechtsverhältnisses, wenn ein Teilnehmer ausländische

⁹⁵⁾ G. Kegel: Leo Raape und das IPR der Gegenwart. Rabels Z, 1966, str. 9.

Staatsangehörigkeit oder seinen Wohnort, bzw. Domizil im Ausland besitzt, oder im Falle einer juristischen Person diese nach dem ausländischen Recht gegründet wurde, oder ihren Sitz im Ausland hat, oder an ihrer Errichtung oder Existenz ausländische Subjekte teilnehmen; 2. bei einer für Entstehung und Existenz des Rechtsverhältnisses rechtlich relevanten Tatsache, wenn diese Tatsache im Ausland sich verwirklicht oder sich verwirklichen soll, wobei diese Tatsache sowohl als Rechtshandlung oder andere Tatsache als auch als Benehmen eines Teilnehmers des Rechtsverhältnisses, das Objekt dieses Rechtsverhältnisses ist, verstanden werden soll; 3. beim Objekt des Rechtsverhältnisses, wodurch das indirekte Objekt, d. h. die Sachen, Rechte oder immaterielle Ergebnisse der menschlichen Tätigkeit, die das Benehmen der Teilnehmer des Rechtsverhältnisses betrifft, sich versteht, wenn dieses Objekt im Ausland sich befindet oder sonst lokalisiert ist oder an den Raum des ausländischen Staates gebunden ist oder im Ausland erreicht werden soll; 4. bei einem Rechtsverhältnis, das mit einem anderen Rechtsverhältnis rechtlich zusammenhängt oder von ihm abhängig (akzessorisch) ist, wenn das letztgenannte Rechtsverhältnis von einer ausländischen Rechtsordnung geregelt wird. Es handelt sich also um Fälle, in welchen Kontakt zum Ausland bei einem Element des Zivilrechtsverhältnisses besteht. Es genügt aber nicht jedweder Kontakt zum Ausland, sondern nur ein bedeutender. Da es sich hier um gesellschaftliche Verhältnisse handelt, die von der Rechtsordnung geregelt sind, muss dieser Kontakt vom Gesichtspunkt der Gesellschaft als bedeutend angesehen werden, damit man von einem internationalen Element im Rechtsverhältnis sprechen könne.

Unter den Rechtsverhältnissen mit internationalem Element kann man mit Jitta unterscheiden die Rechtsverhältnisse, die in allen ihren Elementen einen Kontakt nur zu einer einzigen Rechtsordnung aufweisen, die sogen. Rechtsverhältnisse mit relativ internationalem Element oder ausländische innerstaatliche Rechtsverhältnisse; die Rechtsverhältnisse, die in ihren Elementen Kontakte zu zwei oder mehreren Rechtsordnungen aufweisen, sodass sie vom Standpunkte jeden Staates als Verhältnis mit internationalem Element angesehen werden. Diese Rechtsverhältnisse, die man als Rechtsverhältnisse mit absolut internationalem Element bezeichnen kann, kann man ferner differenzieren: auf Rechtsverhältnisse, die in einem Element Kontakt zur lex fori haben, und auf Rechtsverhältnisse, die keinen Kontakt zur lex fori, sondern nur zu zwei oder mehreren ausländischen Rechtsordnungen aufweisen, wobei man im letzten Fall noch unterscheiden kann je nachdem, ob die Kollisionsnormen dieser ausländischen Rechtsordnungen im konkreten Fall alle zur Anwendung derselben Rechtsordnung führen oder nicht. Im bejahenden Fall spricht sich der Verfasser positiv für die Anwendung der sich aus diesen zu gleichem Ergebnis führenden Kollisionsnormen ergebenden Kollisionsregel anstatt der inländischen Kollisionsnorm aus, und zwar in Fällen, auf die sich das Europäische Übereinkommen über die Handelschiedsgerichtsbarkeit vom Jahre 1961 (Art. VII. Absatz 1) bezieht.

Für die rechtliche Regelung der Rechtsverhältnisse mit internationalem Element ist eine Mehrzahl von Methoden denkbar. Wenn man die Notwendigkeit einer besonderen Regelung oder Behandlung im Unterschied von den innerstaatlichen Rechtsverhältnissen anerkennt, besteht damit der Grund für die Existenz des internationalen Privatrechts. Eine der möglichen Methoden der Regelung ist auch die Anwendung der lex fori im unveränderten Zustand sowie in Verhältnissen ohne internationales Element. Diese die Existenz des internationalen Privatrechts negierende Methode ist aber nirgendwo bis in diese letzten Konsequenzen durchgeführt. Sogar die Meinungen, die sich dieser Art von Behandlung der Rechtsverhältnisse mit internationalem Element nähern, lassen in mehr oder weniger ausgedehntem Ausmass zu, dass diese Rechtsverhältnisse anders als innerstaatliche Rechtsverhältnisse behandelt werden. Man trifft Ansichten, denen zufolge lex fori in Fällen von minderem Wert angewandt werden soll, oder die die Anwendung von Kollisionsnormen nur als eine fakultative Möglichkeit empfehlen, nur wenn sich eine Partei vor Gericht an die Anwendung von ausländischem Recht ausdrücklich beruft. Zur Anwendung von lex fori führt auch die aktive Konzeption des *ordre public*, nach der gewisse in der Rechtsordnung

der *lex fori* ausgedrückte Grundsätze in dem durch sie begrenzten Bereich der Anwendung des ausländischen Rechts im Wege stehen und eine unmittelbare Anwendung der *lex fori* zur Folge haben.

Im Zusammenhang mit der Frage der Anwendung der *lex fori* auf Zivilrechtsverhältnisse mit internationalem Element befasst sich der Autor auch mit der Auslegung der sogenannten *lex fori* Theorie von A. A. Ehrenzweig.

Zur Anwendung der *lex fori* führt auch der prozessrechtliche Zustand in den Staaten, nach deren Prozessrecht das ausländische Recht vor Gericht nicht *ex officio* angewandt und festgestellt wird, sondern nur auf Antrag der prozessführenden Partei, die den Inhalt des ausländischen Rechts beweisen muss. Auch die sogenannte Gleichlaufstheorie führt zur Anwendung der *lex fori* sowie eine solche durch internationale Abkommen durchgeführte Einteilung der internationalen Zuständigkeit der Vertragsstaaten, nach der die Fälle, die der Gerichtsbarkeit des Vertragsstaates zugeordnet sind, nach seiner *lex fori* beurteilt werden. Als eine Notlösung kann man die Anwendung der *lex fori* in den Fällen betrachten, in welchen das ausländische Recht nicht festgestellt werden kann oder eine seiner Vorschriften wegen Verstoßes gegen *ordre public* nicht angewandt werden kann und die Frage ihres Ersatzes sich stellt. Es werden dann noch die Theorien erwähnt, die von der Vorstellung der Zulässigkeit der Anwendung nur des inländischen Rechts ausgehen, u. z. die *vested rights theory*, die *local law theory*, die *homologous right theory* und die italienische Lehre von Rezeption des ausländischen Rechts mittels der Kollisionsnorm in das inländische Recht.

Die *lex fori* kann auch spezielle materiellrechtliche Regeln enthalten, deren Funktion ausschliesslich die Regelung der Zivilrechtsverhältnisse mit internationalem Element ist, die direkt, d. h. unmittelbar ohne vorläufige Anwendung einer Kollisionsnorm angewandt werden. Man kann sie als innerstaatliche direkte Normen bezeichnen. Der Autor stimmt nicht der Meinung zu, nach der diese Normen die Anwendung von Kollisionsnormen nicht ausschliessen, sondern die üblichen Kollisionsnormen durch besondere einseitige, meistens versteckte Normen ersetzen. Es handelt sich um Normen, die den Anwendungsbereich der direkten Normen begrenzen. Diese Normen haben aber nicht den Charakter einer Kollisionsnorm. Sie sind Ausdruck einer anderen Behandlung der Verhältnisse mit internationalem Element als der kollisionsrechtlichen. Sie haben nicht die Funktion unter mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen die anwendbare zu bestimmen, sondern die Anwendung des eigenen Sonderrechts für Verhältnisse mit internationalem Element zu begrenzen. Ausserhalb dieser Grenzen geben sie unmittelbar keinen Raum für Anwendung ausländischen Rechts, sondern für die der Kollisionsnorm der eigenen Rechtsordnung.

Der Autor erwähnt dann Lösungen, die weder *lex fori* noch ausländisches Recht benutzen wollen, sondern für bestimmte Situationen besondere materiellrechtliche Regeln vorsehen wollen.

Bei Auswahl des anwendbaren Rechts aus mehreren in Betracht kommenden Rechtsordnungen kann man zwischen der Auswahl mittels üblicher traditioneller Kollisionsnorm und der Auswahl, die durch den Inhalt der in Betracht kommenden Rechtsnormen beeinflusst wird, unterscheiden.

Heutzutage gewinnt wachsende Bedeutung die Regelung der Zivilrechtsverhältnisse mit internationalem Element im Gebiete der wirtschaftlichen Beziehungen durch international vereinbarte materiellrechtliche direkte Normen. Der Autor lehnt die Vorstellung eines autonomen internationalen Welthandelsrechts ab und geht davon aus, dass die Regeln ihre rechtlich bindende Kraft dadurch bekommen, dass sie von Staaten in internationalen Abkommen, d. h. Regeln des Völkerrechts, gebildet werden und nach den Verfassungsvorschriften der Vertragsstaaten zum Bestandteil ihrer Rechtsordnungen werden.

Die Anwendung von traditionellen Kollisionsnormen und der international vereinbarten direkten Normen betrachtet der Autor für grundlegende Methoden der Regelung der Verhältnisse mit internationalem Element. Die anderen Methoden werden nicht ganz abgelehnt, können aber nur eine Hilfsfunktion erfüllen da, wo die

übliche kollisionsrechtliche Methode wegen Disharmonie der angewandten Rechtsordnungen zum ungenügenden Ergebnis führt. Die angeführten zwei Methoden erfordern eine besondere Aufmerksamkeit der Theorie. Ihre Benutzung hat auch Folgen für die Auffassung des allgemeinen Teils des internationalen Privatrechts. Ausserhalb der traditionellen Problematik der allgemeinen Fragen des Kollisionsrechts muss er auch die allgemeinen Fragen, die den direkten Normen als einer der grundlegenden Methoden der Regelung der Verhältnisse mit internationalem Element gemeinsam sind, und die Fragen ihrer Beziehungen zu der Regelung durch Kollisionsnormen enthalten.

ZDENEK KUČERA

Les rapports de droit civil avec élément international et les méthodes de leur réglementation juridique

RÉSUMÉ

L'étude s'occupe d'abord de la notion de l'élément international dans le rapport de droit civil. Un tel rapport contient l'élément international si un contact avec l'étranger est donné: 1. dans les sujets du rapport lorsqu'un participant du rapport possède la nationalité étrangère ou a sa résidence ou domicile à l'étranger ou si dans le cas d'une personne morale cette personne a été établie d'après le droit étranger ou a son siège à l'étranger ou les sujets étrangers participent à sa constitution ou l'activité; 2. dans un fait qui est juridiquement relevant pour la naissance ou existence d'un rapport si ce fait s'est produit ou doit se produire à l'étranger soit comme un acte ou un autre fait juridique soit comme une activité ou non-activité d'un des participants qui fait l'objet du rapport; 3. dans l'objet du rapport, c'est-à-dire l'objet dans le sens indirect qui contient les choses, les droits ou les résultats immatériels de l'activité humaine si cet objet se trouve à l'étranger ou y est autrement localisé ou lié au territoire de l'État étranger ou doit être acquis à l'étranger; 4. dans le cas d'un rapport juridique qui est lié juridiquement à un autre rapport juridique ou dépend de celui-ci (est accessoire) si ce rapport est réglé par un droit étranger. Il s'agit alors des cas dans lesquels le contact avec l'étranger existe dans un élément du rapport du droit civil. Mais il ne suffit pas quelconque contact avec l'étranger mais un contact important est nécessaire. Parce qu'il s'agit des rapports sociaux qui sont réglés par le droit l'importance de ce contact doit être considérée du point de vue de la société pour qu'on puisse parler d'un élément international dans le rapport civil.

Parmi les rapports juridiques avec élément international on peut distinguer avec Jitta les rapports qui dans tous leurs éléments ont un contact seulement avec un seul droit, lesquels on peut appeler rapports avec élément relativement international ou rapports internes étrangers; les rapports qui ont dans leurs éléments contacts avec deux ou plusieurs droits et peuvent ainsi être considérés comme rapports avec élément international du point de vue de chaque État. Ces rapports lesquels on peut appeler rapports avec élément absolument international peuvent être divisés: en rapports qui ont dans un de leurs éléments contact avec la *lex fori* et en rapports qui n'ont aucun contact avec la *lex fori* mais ont un tel contact avec deux ou plusieurs droits étrangers. Les derniers peuvent être encore divisés d'après cela si dans le cas concret toutes les règles de conflit de ces droits étrangers mènent à l'application de la même loi ou non. En cas positif l'auteur s'exprime pour l'application d'une règle résultante de toutes ces règles de conflit des droits étrangers qui mènent au même résultat au lieu de la règle de conflit du droit domestique dans les cas qui tombent sous le domaine de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de l'année 1961 (art. VII, al. 1).

On peut s'imaginer un assez grand nombre des méthodes de la réglementation juridique des rapports civils avec élément international. La raison d'être du droit international privé est donnée si l'on reconnaît la nécessité d'une réglementation ou d'un traitement spécial de tels rapports à côté des rapports internes. Une des méthodes possibles c'est aussi l'application de la *lex fori* sans changements telle-quelle est appliquée dans les rapports sans élément international. Mais on ne trouve pas entre les auteurs cette méthode qui nie l'existence du droit international privé menée jusqu'à telles conséquences. Même les opinions qui s'approchent à cette méthode du traitement des rapports avec élément international admettent plus ou moins que ces rapports soient traités autrement que les rapports internes. On peut trouver l'opinion d'après laquelle la *lex fori* doit être appliquée dans les cas d'une valeur inférieure ou l'opinion qui recommande l'application de la règle de conflit seulement comme une possibilité facultative si une partie se réfère devant le tribunal expressément à l'application du droit étranger. C'est aussi la conception active de l'ordre public qui mène à l'application de la *lex fori* parce que d'après elle certains principes exprimés dans le droit de la *lex fori* font obstacle dans le domaine délimité par eux à l'application du droit étranger et entraînent l'application immédiate de la *lex fori*.

En s'occupant de la question de l'application de la *lex fori* pour le traitement des rapports civils avec élément étranger l'auteur mentionne aussi la *lex fori* — théorie de A. A. Ehrenzweig.

La réglementation de la procédure peut mener à l'application de la *lex fori* dans les États dans lesquels le tribunal n'applique pas et ne fait pas la recherche pour constater le contenu du droit étranger *ex officio* mais c'est seulement sur l'initiative d'une partie en litige qui doit demander l'application du droit étranger et prouver son contenu. Ce sont aussi la théorie nommée en allemand *Gleichlaufstheorie* d'après laquelle la compétence des tribunaux d'un État dépend de l'application de son droit en qualité de la *lex causae* et la division de la compétence internationale par un accord international entre les États contractants qui en attribuant la juridiction à l'État contractant dispose de l'application de sa *lex fori* qui mènent à l'application de la *lex fori*. On peut considérer comme une solution subsidiaire l'application de la *lex fori* dans les cas dans lesquels le droit étranger ne peut pas être constaté ou ses dispositions ne peuvent pas être appliquées comme contraires à l'ordre public et il faut résoudre la question de leur remplacement. On mentionne aussi des théories dont point de départ est l'idée de l'admissibilité exclusive de l'application du droit domestique: la théorie des droits acquis, la *local law* théorie, la *homologous right* théorie et la théorie italienne sur la réception du droit étranger par la règle de conflit dans le droit domestique.

La *lex fori* peut aussi contenir des règles spéciales du droit matériel avec la fonction exclusive de régler les rapports civils avec élément international. Ces règles sont appliquées directement, immédiatement, sans l'application préalable de la règle de conflit. On peut les appeler les règles directes internes. L'auteur n'est pas d'accord avec l'opinion d'après laquelle ces règles n'excluent pas l'application des règles de conflit mais remplacent les règles de conflit habituelles par des règles spéciales, unilatérales et souvent cachées. Il s'agit de règles qui délimitent le domaine d'application des règles directes. Mais ces règles ne possèdent pas de caractère de règles de conflit. Elles sont expression d'un autre traitement des rapports civils avec élément international que de celui fait par des règles de conflit. Leur fonction n'est pas de faire choix du droit applicable entre plusieurs droits en question mais de délimiter l'application du droit domestique spécialement destiné pour les rapports avec élément international. Au dehors de ces limites elles ne donnent pas l'espace pour l'application immédiate du droit étranger mais pour l'application de la règle de conflit de leur propre droit.

L'auteur mentionne les solutions qui ne désirent pas d'appliquer la *lex fori* ou le droit étranger mais qui s'efforcent de statuer pour certaines situations des règles spéciales de caractère matériel.

Le choix du droit applicable entre plusieurs droits en question peut être distingué

d'après cela si l'on procède à ce choix en utilisant les règles de conflit habituelles ou si l'on prend en considération le contenu des règles matérielles en question.

Aujourd'hui une importance croissante appartient à la réglementation des rapports civils avec élément international dans le domaine des contacts économiques par les règles directes matérielles internationalement unifiées. L'auteur refuse l'idée d'un droit autonome du commerce mondial. D'après son opinion telles règles deviennent obligatoires par le fait qu'elles ont été convenues par les États dans les accords internationaux et qu'elles deviennent d'après la procédure prévue par le droit constitutionnel des États contractants partie de leurs droits.

L'auteur considère l'application des règles de conflit traditionnelles et des règles directes internationalement unifiées comme méthodes principales de la réglementation des rapports avec élément international. Les autres méthodes ne sont pas totalement refusées mais elles peuvent remplir seulement une fonction auxiliaire dans les cas où les règles de conflit à cause de discordance des droits appliqués manquent à donner des résultats satisfaisants. Les deux méthodes mentionnées exigent un intérêt spécial de la théorie. Leur application produit aussi des conséquences pour la conception de la partie générale du droit international privé. À côté des problèmes traditionnels des questions générales du droit de règles de conflit cette partie générale doit traiter les questions générales communes aux règles directes représentant une des méthodes principales de la réglementation des rapports civils avec élément international et les problèmes de leurs rapports à la méthode utilisant des règles de conflit.