

vy vhodně reaguje na potřeby praxe, zároveň však otevírá další prostor k diskusi.

### Summary

This paper analyses and compares the regulation of industrial property licensing agreement before and after the effective date of the new civil code. The general section introduces the conceptual change in the understanding of the licensing agreement as well as the new concept of immaterial things. The special part presents in further detail the regulation of the

formation, form, parties and content of the licensing agreement as well as the possible disposition therewith. The broadening of the scope of the licensing agreement (industrial and other intellectual property rights), the possibility to negotiate a royalty-free license, the changes in the subject entitled to enforce the rights from the license, the preference of an exclusive license as well as to possibility to assign the license with written consent of the licensor were identified as major changes. Overall, the new legislation concerning licensing agreements is evaluated as adequately reflecting the needs of practice.

## Kolize kolizních norem – aneb k úpravě kvalifikace a zpětného odkazu v zákoně o mezinárodním právu soukromém

Naděžda Rozehnalová\*

### I Úvod

Cílem mezinárodního práva soukromého, jako právní disciplíny, je řešení kolizí právních řádů států. Vnitrostátní a mezinárodní úpravy využívají různých metod či prostředků k tomu, aby byla zodpovězena otázka, jakým právním řádem se bude řídit posuzovaný soukromoprávní vztah s mezinárodním prvkem. Metodou užívanou v řadě právních řádů, zejména potom evropských, je metoda kolizní. Ta využívá kolizních norem k tomu, aby byla kolize právních řádů vyřešena a byl určen právní řád, který řídí posuzovaný právní vztah. Nadpis naší studie však ukazuje na to, že existují i další možné problémy, resp. kolize, které souvisejí s užitím kolizních norem. A to zejména tam, kde se opíráme o kolizní normy neunifikované na universální mezinárodní úrovni. Což je dnes větší situace. Realitou současného světa jsou kolizní normy unifikované na národní úrovni a/nebo kolizní normy unifikované na regionální úrovni.<sup>1</sup>

\* Prof. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., profesor na Katedře mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta Masarykovy univerzity Brno.

<sup>1</sup> Z posledního období lze doporučit k otázce národních kodifikací publikaci SYMEONIDES, C. S. *Codifying Choice of Law Around the World*. University Press: Oxford, 2014, s. 1 – 37. K problematice regionálního unifikovaného práva v české literatuře zejména: PAUKNE-

Problémy s užitím kolizních norem mohou být různé. My se soustředíme na dva, které spolu v určitých aspektech souvisejí a které jsou výslovně upraveny v zákoně č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (dále jen ZMPS): kvalifikaci (§ 20) a zpětný či další odkaz (§ 21). Onu souvislost, která nám spojuje obě otázky a dovoluje nám jejich propojení do jedné studie, se pokusíme uvést s využitím publikace významného německého teoretika F. Kahna z počátku minulého století. Kahnovo dílo „*Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*“<sup>2</sup> je hodnoceno literaturou jako jeho nejvýznamnější dílo a současně také jako první dílo, kde byl jasně uveden problém později nazvaný „*kvalifikační problém*“ či „*kvalifikace*“. Kahn rozlišuje tři druhy kolizí: zjevnou kolizi, kolizi

ROVÁ, M. *Evropské mezinárodní právo soukromé*. 21. vyd. Praha: C. H. Beck, 2013. ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. *Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I)*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013.

<sup>2</sup> KAHN, F. *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Bd. 30, 1981, s. 7 a násl., s. 56 a násl., s. 107 a násl. Převzato z: *Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte*. /Převzato: 23. 9. 2014/

hraničních určovateli a skrytou kolizi. Zjevnou kolizi nazývá situaci, kdy se využívá různých hraničních určovateli pro stejné kolizní normy. Například pro způsobilost k sňatku *lex patriae vs. lex domicilii*. Druhým případem je kolize hraničních určovateli, kdy jsou pro stejné pojmy dána různá naplnění – například užití navázání na trvalé bydliště a jeho různé naplnění. Třetím případem je skrytá, latentní, kolize a souvisí s vazbou kolizního práva na právo hmotné. Její podstata je dána různorodostí práva hmotného jednotlivých států a následnou růzností v hodnocení právních vztahů. Prvý případ je ztotožňován právě s otázkou možného následného využití jevu zpětného a dalšího odkazu, zatímco onen třetí s otázkou kvalifikace.

Cílem statě je uvést oba instituty pohledem nové české úpravy. Vzhledem k tomu, že se v případě kvalifikace jedná o nové legislativní ukotvení, poukázat i na to, nakolik nová či překvapující tato úprava je. Tedy nakolik je kontinuální se stávajícím doktrinálním vývojem, či naopak nakolik je překvapující. Článek by měl rovněž poukázat na význam správného metodologického uchopení práce s kolizní normou.

## II Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém

### II.1 Úvod do problému včetně historického vstupu

Existuje jev kvalifikace, nebo jde o důsledek například problematické formulace či konstrukce kolizní normy?<sup>3</sup> Pokud se shodneme na existenci problematiky „kvalifikace“, je třeba si položit otázku, jak jej definovat a jaký je předmět kvalifikace? Máme-li jasno o těchto otázkách, je vhodné tento jev vůbec právně regulovat a „konzervovat“ vybranou metodu do právní normy? Není vhodnější nechat diskuse na právní praxi a právní teorii? Vždyť jak uvedla polská autorka K. Bagan – Kurluta: „nedostatek regulace institutu kvalifikace přináší osobě aplikující právo svobodu, omezuje však současně i jistotu o účincích“.<sup>4</sup> Ponechání institutu mimo právní regulaci totiž umožňuje soudci využít různé metody či jejich kombinaci a reflektovat zvláštnosti daného faktického stavu. Dle konkrétních okolností případu

<sup>3</sup> Tato úvodní otázka není vůbec překvapivá. Velmi kriticky k jevu kvalifikace například NEUNER, R. *Der Sinn der Internationalprivatrechtlichen Norm - Eine Kritik der Qualifikationstheorie*. Brunn - Prag - Leipzig - Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1932.

<sup>4</sup> BAGAN-KURLUTA, K. *Qualification of concepts and its problems in cases with foreign element in Poland and the United Kingdom*. In: *Studies in Logic, Grammar and Rhetoric*, 32 (45) 2013, s. 72

tak může vázat kvalifikaci na tuzemské hmotné právo, nebo naopak může akcentovat autonomní prvky v kolizním právu a využít cizí právo či jiné metody. Na druhé straně může tato volnost, která přichází v lepším případě v průběhu řízení, v horším až při vydání rozhodnutí, představovat pro účastníky další z nepředvídatelných prvků procesu rozhodování. A pro soudce, který se neseťkává pravidelně se spory s mezinárodním prvkem, může naopak neregulování přinést mechanistické tlíhnutí k tuzemskému právu.

Tyto otázky se objevují od konce 19. století, kdy nezávisle na sobě dva autoři – německý právní teoretik *Franc Kahn* a Francouz *Etienne Bartin* identifikovali otázku kvalifikace a snažili se nastínit její obecné řešení. Od té doby byly napsány desítky knih a stovky článků obsahujících diskuse o vhodné metodě uchopení jevu kvalifikace.<sup>5</sup> Diskuse o této problematice je diskusí jak o správném uchopení metody a práci s kolizní normou, tak i diskusí o formulaci rozsahu kolizní normy. Je to rovněž diskuse o tom, jak v případě existence národních kolizních norem zajistit mezinárodní rozhodovací harmonii.

**Vymezení kvalifikace.** Termín „kvalifikace“ má jak v právní terminologii, tak v obecném jazyce více významů.<sup>6</sup> Jako pojem užitý v mezinárodním právu soukromém jej lze pro účel našeho článku uvést s pomocí vymezení v § 20 odst. 1 část věty první (podobně i odstavec třetí téhož paragrafu) ZMPS:

„Právní hodnocení určitého právního poměru nebo otázky za účelem vyhledání použitelného kolizního ustanovení pro určení rozhodného práva....“<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Poměrně bohatý rejstřík článků i knih viz zejména: MISTELIS, L.A. *Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

<sup>6</sup> Existují právní odvětví, kde je pojem „kvalifikace“ využíván pravidelně a teorie či praxe s ním pracuje. Existují jiná, kde tomu tak není. Byť jde o myšlenkový metodologický proces, který probíhá ve všech oblastech hmotného práva obdobně. Typickým příkladem prvního je trestní právo a mezinárodní právo soukromé. V konkrétních podmínkách se nicméně obsah tohoto procesu, resp. důsledky jeho užití, liší. V případě trestního práva jde o interakci konkrétní skutkové podstaty a právní skutkové podstaty. Výsledkem je subsumpce případu pod určitou právní normu daného právního řádu s následnou možností konstatovat určitý právní následek. V mezinárodním právu soukromém jde – jak uvidíme – o poněkud odlišný proces.

<sup>7</sup> Viz také KUČERA, Z. *Mezinárodní právo soukromé*, Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 9. vydání, s. 141. Toto vymezení konvenuje s naším přístupem k této otázce – kvalifikační otázka je jevem spojeným s pravidelným použitím kolizní normy. Teprve kvalifikační problém je problematikou, která nastává pouze v některých situacích.

Ve výše uvedené zákonné definici je naznačena i metodologická cesta. Lze ji zjednodušeně vyjádřit následovně: hodnocení právní, které je realizováno s využitím institutů hmotného práva určitého státu a za účelem subsumpce pod rozsah užití kolizní normy. V tomto smyslu jde současně o základní metodologické uchopení práce s kolizní normou. Tedy nikoli o mimořádnou, jen v některých krajních případech přicházející do úvahy, situaci. V tomto významu také vidíme účel diskuse o kvalifikaci.

Kvalifikace tak, jak je výše uvedena, je vázána na:

- aplikaci multilaterálních (resp. dvoustranných či oboustranných) kolizních norem. Nikoli na normy unilaterální (jednostranné), které vymežují působnost právního řádu.<sup>8</sup>
- tradiční kolizní metodu. Nikoli na případy, kdy tato byla nahrazena jiným typem úvah o rozhodném právu.<sup>9</sup> Zvláštností může tento proces vykazovat v případě řízení před rozhodci,<sup>10</sup> tam, kde je zastávána pozice tzv. fakultativního kolizního práva<sup>11</sup> či je dána preference na přímou vazbu hmotného práva fóra.
- aplikaci norem vnitrostátního původu. Unifikované normy mezinárodního a regionálního původu, u nichž se objevuje požadavek autonomního výkladu pojmů, „naplňují“ pojmy užití v rozsahu jinou cestou. Zcela samostatnou problematiku představují normy obsažené v evropském kolizním právu, kde může vést jednotná interpretace realizovaná SD EU ke vzniku nových pojmů, které nejsou navázány na konkrétní právní řád.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> K vymezení multilaterálních a unilaterálních norem v české literatuře: KUČERA, Z. Systematika a třídění kolizních norem. In Studie z mezinárodního práva, Svazek 16, Praha: Nakladatelství České akademie věd ACADEMIA, 1982.

<sup>9</sup> Zde odkazujeme na oblast anglosaského práva. Zejména doporučujeme: ROBERTSON, A.H. A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws. In: Harvard Law Review, 1939, s. 747 – 772.

<sup>10</sup> HEISKANEN, V. And/Or: The Problem of Qualification in International Arbitration. Arbitration International, Vol. 26, No. 4, s. 441 – 466.

<sup>11</sup> K teorii fakultativního kolizního práva zejména FLESSNER, A. Fakultatives Kollisionsrecht. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 34. Jahrg., H. 3/4, KONRAD ZWEIGERT zum 60. Geburtstag (1970), s. 547-584.

<sup>12</sup> Viz například: BARATTA, R. Process of Characterization in the EC Conflict of Laws, in Yearbook of Private International Law, Volume 6, 2004. V české literatuře: ROZEHNALOVÁ, N., VALDHANS, J., DRLIČKOVÁ, K., KYSELOVSKÁ, T. Mezinárodní právo soukromé Evropské unie (Nařízení Řím I, Nařízení Řím II, Nařízení Brusel I). Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, s. 40 - 46.

Tato otázka zde pro svou teoretickou odchylnost není řešena.

Při procesu kvalifikace existuje více kroků, které jsou nedílnou součástí celého aplikačního procesu kolizní normy a které by více či méně mohly odpovídat našemu vymezení. Jak uvádí ve svém článku Čermák, mohou být rovněž takto označovány. Což bývá často důvodem rozličného výkladu problému.<sup>13</sup> Je vhodné označit, který z nich bude v této kapitole analyzován.

Prvým krokem je ten, který jsme uvedli výše – kvalifikace konkrétního právního poměru či otázky za účelem nalezení kolizní normy, tj. právní hodnocení relevantních skutečností s cílem následného podřazení otázky pod rozsah kolizní normy. Vždy se jedná o případ přesahující ony pomyslné hranice právního řádu jednoho státu.

Ve druhém navazujícím kroku – použití hraničního určovatele uvedeného v kolizní normě – nalézáme rovněž prvky hodnocení, kvalifikace. Proces například hodnocení místa uzavření smlouvy či hodnocení nejužšího spojení má nejenom interpretační stránku (interpretace právního pojmu), ale zahrnuje i hodnocení skutková. Nebo domicil či bydliště rovněž obsahují vedle interpretace termínu užitého v kolizní normě i nutné hodnocení skutečností.

Třetím krokem v procesu hledání práva pomocí kolizní metody je určení právního řádu, resp. určení konkrétních norem tohoto právního řádu, kterým se právním poměr či otázka, kvalifikované v prvním kroku a vyjádřené v terminologii právního řádu užitého k tomuto hodnocení, budou řídit. I zde hovoří někteří autoři o kvalifikaci a doktrína se v tomto směru rozvinula v kvalifikaci prvního a druhého stupně, resp. v teorii stupňové kvalifikace.<sup>14</sup>

Náš zájem se týká onoho prvního kroku. Stranou našich úvah ponecháváme otázku předmětu kvalifikace – otázku, která v české literatuře byla zajímavým způsobem analyzována Čermákem, na jehož výklad odkazujeme.<sup>15</sup>

**Hledání cest v minulosti.** Pohlédneme-li do minulých i současných pojednáních o kvalifikaci, nalézáme zde mimořádně bohatou diskusi. A to od úvah navázaných na konkrétní právní řád, přes odpoutání se od něj a hledání řešení na průsečíku právních řádů.

BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA J., Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H. Beck, 2014, s. 133 – 135.

<sup>13</sup> ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, č. 6, 1999, s. 497 a násl.

<sup>14</sup> KROPHOLLER, J. Internationales Privatrecht, Mohr Siebeck: Tübingen, 2006, 6. Auflage, s. 130 – 131.

<sup>15</sup> ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, č. 6, 1999, s. 497 a násl.

Krátký přehled je vhodné začít s metodou vycházející z nacionálně-positivistických pozic, které zastávali „objevitelé kvalifikace“ Kahn s Bartinem – kvalifikací *lex fori*. Tedy případem, kdy právně hodnotíme otázku dle hmotného práva místa rozhodování sporu. Východiskem koncepce je myšlenka o náležitosti kolizní normy určitému národnímu právu a její legislativní i aplikační propojení na hmotné právo tohoto státu. Je však třeba poznamenat, že ani u svých prvých zastánců tato metoda neabsolutizuje pozici práva fóra. Výjimkou se využívá zpravidla u kvalifikace věcí movitých a nemovitých (*lex rei sitae*) a v případě smluv (*lex loci contractus*).<sup>16</sup> Výhody a nevýhody této metody se téměř vyrovnávají. Pro soudce je blízké kvalifikovat případ dle tuzemského práva. Využití této kvalifikace představuje v rámci aplikace hmotných a kolizních norem nesporně logický krok. Pro strany je tento přístup předvídatelný. Rovněž interpretace norem je vedena zpravidla zásadou interpretace dle práva, k němuž norma náleží. Ostatně řada názorů shlíží na kvalifikaci jako na proces interpretace a proto postup dle zásady *ejus est interpretari cujus est condere* má své odůvodnění. Ne nepodstatným argumentem je poukaz na jednotu právního řádu. Mezinárodní právo soukromé je součástí určitého právního řádu a to i přesto, že hodnocená faktická situace má vazby na zahraničí. Termíny využívané kolizními normami by měly vycházet z tohoto právního řádu. Používali se například termín „rozvod“, měl by být stejně použit v právu hmotném, procesním i kolizním. Ostatně samotná argumentace „pro“ tuto metodu se v čase měnila. Zatímco dříve převažovala argumentace směřující k pozitivistické ideologii a státní suverenitě, dnes se výrazněji objevuje argumentace opírající se o konsistenci právního řádu a proti argumentaci na řešení v kruhu, které přináší metoda dle *lex causae*. Existují a existovaly další argumenty proti této metodě či její dominanci. Battifol poukazuje na vznikající izolaci při jejím použití.<sup>17</sup> Bystrický hovoří o expanzivnosti této metody s důsledky těmi, že soudce může dát cizímu právu jiný smysl a obsah, než jaký ve skutečnosti má.<sup>18</sup> Široce kritizoval tuto metodu Rabel (stejně ovšem napadá i kvalifikaci dle *lege causae*): řada otázek či institutů je v jednotlivých

<sup>16</sup> KAHN, F. Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts. In: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 30: N.F Bd. 18, 1891, s. 80 – 97.

Digitale Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. BARTIN, E. De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, CLUNET, 1897, s. 223.

<sup>17</sup> Battifol, H., Aspects philosophiques du droit international privé. Paris: Dalloz, 1956, poznámka 133.

<sup>18</sup> BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 97.

vých národních právech různě kvalifikována, interpretace rozsahů kolizních norem stejným způsobem jako hmotných norem daného právního řádu násobí kolize právních řádů, které jsou následně mezinárodně neřešitelné, prohlubováním národních řešení se ztěžuje unifikace.<sup>19</sup>

Poměrně krátce po vydání Bartinových prací přichází F. Despagnet s metodou kvalifikace *lex causae*, tj. dle právního řádu, jímž se bude či má řídit posuzovaný právní vztah. V literatuře je uváděna především jeho práce „*Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*“.<sup>20</sup> Jde zřejmě o prvního proponenta této doktríny. Nicméně název doktríny přinesl až Martin Wolff ve třicátých letech. S ním bývá dnes většinou i spojována.<sup>21</sup> Dle Wolffa vede kvalifikace dle *lege fori* - bez zohlednění cizího práva - k „falsifikaci“ obsahu tohoto cizího práva. Metodologie, kterou přináší, se snaží zvýraznit právě onu další vazbu případu na jiné právní řády. Literatura se dnes více věnuje problémům spojeným s touto metodou jako metodou jedinou. Slabou stránkou je nelogičnost tohoto úvodního kroku – tj. právní hodnocení dle práva, ke kterému máme na základě kolizní normy teprve dospět. S tím souvisí i metodologická výhrada směřující k tomu, že je nutné rozlišovat mezi kvalifikací vztahu a interpretací práva. Naopak za silnou stránku je považována skutečnost, že se tato metoda lépe vypořádává s tzv. kvalifikačním problémem spočívajícím v neexistenci institutu v právu fóra. A rovněž i případy zpětného a dalšího odkazu tvoří jisté pnutí při užití metody *lex fori* a naopak se s nimi lze lépe vypořádat u této metody.<sup>22</sup>

Ne náhodou se objevují kombinace těchto metod. Přístupů je více. Zmínit je možné tzv. stupňovou kvalifikaci, která se objevila v rakouské doktríně i praxi.<sup>23</sup> Kvalifikace prvního stupně probíhá dle *lege fori*. Je-li povoláno cizí právo, přichází kvalifikace druhého stupně, zde již dle *lege causae*. Toto „překvalifikování“ již probíhá nezávisle na pojmech

<sup>19</sup> RABEL, E. Das Problem der Qualifikation. Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1931, s. 241 – 243.

<sup>20</sup> WEBER, H. Die Theorie der Qualifikation. Tübingen: Mohr (Paul Siebeck), 1986, s. 54 a násl.

<sup>21</sup> WOLFF, M. Private International Law. London: Clarendon Press (2d ed. 1950), s. 146 a násl. Také viz WOLFF, M., Das internationale Privatrecht Deutschlands. 3. Auflage, Berlin, Göttingen, Heidelberg: Springer, 1954, s. 49 – 59.

<sup>22</sup> Podrobněji MISTELIS, L.A. Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck. 1999, s. 193

<sup>23</sup> KROPHOLLER, J. Internationales Privatrecht. Mohr Siebeck: Tübingen, 2006, 6. Auflage, s. 130 – 131. V české literatuře také ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, 6/1999, s. 510 – 511.

práva fóra a s plným dopadem rozhodného práva. Kritiky směřují jak k záměně problému kvalifikace za problém předběžné otázky, tak důsledkům přístupu, kdy se mohou násobit podmínky pro přiznání nároku.<sup>24</sup> Do jisté míry je zde popřena sama funkce kolizních norem fóra – určit právní řád, kterým se má řídit právní vztah. Na straně druhé je zde akcentováno to, že pojmy určitého právního řádu jsou naplňovány právě tímto právem. S různě pojímanou více stupňovitostí se setkáváme u řady autorů z oblasti common law, kteří rozlišují primární a sekundární kvalifikaci. Namátkově je možné uvést Robertsona<sup>25</sup> a Falconbridge (tzv. *via-media* jako řešení oscilující rovněž mezi *lex fori* a *lex causae*).<sup>26</sup> V souvislosti se stupňovou kvalifikací a jejím překonáváním se rovněž objevuje pojem „směřované, resp. usměrněné navázání“ – „*kanalisierte Verweisung*“, popírající pevné uchopení stupňů.<sup>27</sup>

Kvalifikace *lex fori* a dle *lex causae*, případně jejich kombinace, představují případy, kdy vycházíme při hodnocení z konkrétních právních řádů. Tyto vazby popírá přístup internacionální či autonomní, snažící se odtrhnout od konkrétního právního řádu a nalézt řešení odpovídající povaze faktických vztahů na průsečíku právních řádů. Jmenovat je třeba především italského teoretika S. Gemmu<sup>28</sup> a v období po první světové válce nejznámějšího proponenta tohoto přístupu E. Rabela. Právě s jeho jménem je dnes tato metoda spojována. Rabel přichází nejprve s krátkým nastíněním problematiky v roce 1929. O dva roky

<sup>24</sup> KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Doplněk, 1975, 2. vydání, s. 98 – 99.

<sup>25</sup> ROBERTSON, A.H. A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws. In: Harvard Law Review, 1939, s. 747 – 772. Zde navíc s vysvětlením přístupu Cheshire.

<sup>26</sup> FALCONBRIDGE, J.D. Characterization in the Conflict of Laws, L.Q.R., 1937. Charakteristika nicméně vzhledem k nedostupnosti převzata z: TURPIN, C.C. Characterization and Policy in the Conflict of Laws. In: 1959 Acta Juridica 222, 1959. Rovněž také MISTELIS, L.A. Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck. 1999, s. 196. Rovněž také ALLAROUSSE, V. A comparative approach to the conflict of characterization in private international law. Case Western Reserve Journal of International Law, Summer 91, Vol. 23, Issue 3, s. 493 a násl. /převzato EBSCO 10. 10. 2014/

<sup>27</sup> ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, 6/1999, s. 510 – 511.

<sup>28</sup> Gemma se vymezuje zejména vůči Bartinovu přístupu ke kvalifikaci. Odmítá kvalifikaci jako institut založený na určitém právním řádu. Vrací se k Savignyho snaze o zprostředkování skutečné povahy právního vztahu aplikací právních norem všech dotčených právních řádů. Tak, jak je Despagnet hodnocen jako zakladatel směru tendujícího k hodnocení dle *lex causae*, je Gemma hodnocen jako zakladatel myšlenek autonomního hodnocení

později vychází jeho obsáhlejší studie ke kvalifikaci, která byla následně vícekrát vydána v řadě jazyků.<sup>29</sup> Zatímco Kahn nalézá, definuje a analyzuje kolize a snaží se v rámci národního práva vymezit řešení, má Rabel jiný cíl: nalézt obecně platné kolizní právo a to cestou komparativního naplňování pojmů uváděných v kolizních normách tak, že budou odtrženy od národního hmotného práva. A to jakéhokoli. V tomto naplnění lze potom hledat harmonii v mezinárodním rozhodování. Sám svůj přístup nazývá spíše „metodou“ než doktrínou. Jeho přístup vychází z emancipace a autonomie mezinárodního práva soukromého na právu hmotném.

Další z metod, které jsou dnes využívány a jsou připomínány, je Neuhausova funkční kvalifikace. Podstatou je myšlenka o nutnosti hodnocení kolizní normy nikoli úvahami právně technickými, nýbrž s přihlédnutím k funkci institutu v právním řádu.<sup>30</sup> Na druhé straně není ovšem možné opomenout i názory, které zcela popírají existenci jevu kvalifikace a dovozují, že se jedná o případ špatného legislativního uchopení kolizních norem. Zde odkazujeme především na Neunera a jeho několikrát zmiňovanou práci.<sup>31</sup>

Současný svět přináší plejádu přístupů. Stěží by bylo možné je zde vyjmenovat. Zde jen odkazujeme a doporučujeme publikaci Mistelise, která se pokouší o shrnutí přístupů dřívějších i moderních. Autor se zde vyslovuje k problematice kvalifikace, kterou se pokouší vnímat z pohledu procesního, a v tomto směru ji uchopit. Nesporně jeho analýza problému poukazuje na různý pohled na kvalifikaci v závislosti na jednotlivých fázích řízení.<sup>32</sup>

## II.2 Česká doktrína a stávající česká úprava

Pohled českých teoretiků na problém kvalifikace do jisté míry mapuje vývoj světový a předurčuje nesporně podobu úpravy tak, jak se objevila v novém zákoně o mezinárodním právu soukromém. Toto tvrzení je vhodné alespoň krátce rozvinout.

<sup>29</sup> RABEL, E. Das Problem der Qualifikation. Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, 1931, s. 241 – 288.

<sup>30</sup> NEUHAUS, P. H. Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts. Tübingen: J.C.B. Mohl (Paul Siebeck). 2. Auflage, 1962, s. 129 – 132.

<sup>31</sup> NEUNER, R. Der Sinn der Internationalprivatrechtlichen Norm - Eine Kritik der Qualifikationstheorie. Brunn – Prag-Leipzig - Wien: Verlag Rudolf M. Rohrer, 1932.

<sup>32</sup> MISTELIS, L.A. Charakterisierungen und Qualifikation im internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck. 1999.

Autor, kterým bude vhodné začít, je J. Krčmář s dílem Úvod do mezinárodního práva soukromého, část I. Propedeutická.<sup>33</sup> S odkazem zejména na práce Bartina, Kahna, Gemmy, Despagneta se přiklání k řešení Bartinovu a kvalifikaci *lex fori*. U kvalifikace movitostí a nemovitostí doporučuje řešení dle práva polohy věci. To ovšem s výhradou výslovného ustanovení v zákoně.

Mezi dvěma světovými válkami přichází se svou učebnicí mezinárodního práva soukromého brněnský autor ruského původu M.A. Zimmermann.<sup>34</sup> Výstižné hodnocení pojetí kvalifikace u Zimmermanna jako zastávce normativní teorie podává ve své studii Čermák.<sup>35</sup> Na něj s hodnocením, a zejména s poukazem na analýzu pnutí mezi východisky normativní teorie a povahou či potřebami kolizního práva a norem, odkazujeme. Výstižně vysvětluje u Zimmermanna právě onu absenci obecného řešení a soustředění se na jednotlivé případy.

Po druhé světové válce je nejprve nutné zmínit R. Bystrickýho a jeho práce jak učebnicového, tak článkového typu<sup>36</sup>. Bystrický odmítá to, že by existovala jednotná abstraktní odpověď na konflikt kvalifikací. Odmítá apriorní hlediska vycházející z kvalifikace *lex fori* či *lex causae*. Ta vedou nutně k formálnímu použití zákona a k jeho úzce dogmatickému pojetí. Zdůrazňuje propedeutiku postupu. Zdůrazňuje souvislost kvalifikace a výkladu kolizních norem spolu s jejich aplikací na konkrétní skutkový stav. Problém kvalifikace nepředchází výkladu kolizní normy, nýbrž naopak je důsledkem správného výkladu kolizní normy při její aplikaci na daný skutkový stav. Soudce postupuje od abstraktní kolizní normy ke konkrétnímu skutkovému stavu a nikoli naopak. Jeho přístup je označován jako přístup ad hoc. Sám k tomu uvádí, že není ani účelné, ani správné dávat soudci závazné směrnice pro řešení všech kvalifikačních problémů. To, co je možné, je vytyčit určitá vodítka.<sup>37</sup>

Nejvýraznější osobou v novodobé historii mezinárodního práva soukromého a současně duchovním

<sup>33</sup> KRČMÁŘ, J. Úvod do mezinárodního práva soukromého. Část I. Propedeutická. Praha: Bursík a Kohout. 1906.

<sup>34</sup> ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933. S. 63 a násl. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond/k/datu/12.5-2014/>

<sup>35</sup> ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právnick, 1999, s. 514-515.

<sup>36</sup> BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 90 – 102. BYSTRICKÝ, R. Zum Problem der Qualifikation. Fragen des Internationalen Privatrechts, Berlin 1958, s. 36 a násl.

<sup>37</sup> BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 102 – 103.

otecem stávající české zákonné úpravy je Z. Kučera. Jeho kurs Mezinárodního práva soukromého se dočkal devíti vydání a postupně v něm krystalizovala i úvaha o přístupu ke kvalifikační otázce.<sup>38</sup> Své úvahy v tomto směru uvedl rovněž v samostatné studii publikované v devadesátých letech<sup>39</sup> a v komentáři publikovaném v osmdesátých letech.<sup>40</sup> Jeho přístup k problematice metod lze – na průsečíku jednotlivých výše uvedených publikací – charakterizovat následovně:

1. **Neexistuje jediné řešení.** Kučera uvádí (např. výslovně ve 4. vydání své učebnice), že řešení vyžaduje diferencovaný a analytický přístup. Zvažovat je třeba, zda v konkrétním případě vystačíme s určením jediného právního řádu (respektive metody pozn. autora), či nikoli. Upozorňuje také na to, že je nutné si uvědomit, v jaké fázi o dané otázce uvažujeme. Právě případ, kdy byla kvalifikována základní situace a byl určen právní řád, a teprve poté následují další kvalifikace otázky, plně jinak zahrnuté pod určený statut, vyžaduje jiný přístup.
2. **Využití vyjmenovaných metod závisí na typu situace.** Postupně v jednotlivých vydáních krystalizuje i otázka odlišení situací, ve kterých se pohybujeme. Rozlišuje situaci relativně samostatnou (v pozdějších dílech přesněji situace s relativně samostatnou právní úpravou), situaci relativně nesamostatnou (resp. také nesamostatné situace spojené se situacemi upravenými jiným právem) a kvalifikaci základní situace spolu s dalšími kvalifikacemi po určení rozhodného práva pro tuto základní situaci. Pro jednotlivé varianty uvádí i různá možná řešení a především jejich varianty. Tuto jeho analýzu doporučujeme jako jistý další metodologický doplněk k zákonné úpravě. Umožňuje totiž pochopit a uchopit jednotlivé rozdílné situace.
3. **Východiskem úvah je metoda *lex fori*.** V případě situací s relativně samostatnou právní úpravou jde o ponechání kvalifikace plně v dosahu práva fóra. V případě situace relativně nesamostatné, kdy jsou pro dvě na sobě závislé otázky stanoveny různé kolizní normy, sice vychází rovněž z práva fóra. Pokud by však společné použití norem vyčleněných ze dvou či více právních řádů

<sup>38</sup> Poslední vydání KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009.

<sup>39</sup> KUČERA, Z. The Problem of Classification. In: Miscellany of Papers in International Law, Acta Universitatis Brunensis, Iuridica No. 92, Brno 1991, s. 99 a násl.

<sup>40</sup> KUČERA, Z., TICHÝ, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. Praha: Panořama. 1989, s. 51 – 58.

vedlo k neudržitelným výsledkům, doporučuje využít funkční kvalifikaci. Toto řešení připodobňuje adaptaci. V případě posledním využívá kombinace *lex fori* a *lex causae*. V některých vydáních výslovně vyčleňuje otázku kvalifikace rozdílu mezi movitými a nemovitými věcmi. Například ve druhém vydání nevidí důvod pro jiné úvahy. Lze si vystačit jak s *lege causae* (i kdyby toto nebylo současně právem polohy věci), tak i s *lege fori*. Záleží na typu situace. V jiných vydáních se o této otázce vůbec nezmiňuje.

Je to právě Kučerova teorie, která se stala základem pro zákonnou úpravu.

Cennou je rovněž již několikrát připomínaná a zmiňovaná studie Čermákova, kde analyzuje jak světovou literaturu k této otázce, tak se vyslovuje k české doktríně.<sup>41</sup>

**Zákonná úprava.** Nový zákon o mezinárodním právu soukromém obsahuje v § 20 výslovnou definici kvalifikace jako postupu při použití kolizní normy a upravuje využití jednotlivých metod. Zvláštní úprava pro kvalifikaci movitostí a nemovitostí, kde je obsažen přímý odkaz na určité právo, které má konkretizovat a naplnit určitý právní pojem, je obsažena v § 69 odst. 1 věta druhá.

Prvou otázkou je, nakolik vůbec má či nemá být tento typ problematiky obsažen v zákonné úpravě. Jedná se totiž o uchopení metodologie přístupu k nakládání s kolizní normou. Jak vyplývá z předchozího výkladu, neexistuje na tuto otázku ve světové literatuře jednotná odpověď. Není obvyklé, aby tato otázka byla výslovně v zákoně upravena. Zejména potom tam, kde by založila vysoký stupeň formalizace v uchopení problematiky. V tom je česká úprava poměrně výjimečná. Pro odpověď na položenou otázku je třeba se vrátit k základním předpokladům zákonného řešení a charakterizovat předloženou úpravu. Právní úprava v této oblasti by měla zajistit řešení předvídatelné s akcentem na právní jistotu stran na jedné straně, a přitom řešení dostatečně pružné tak, aby odráželo specifika jednotlivých případů. To obzvláště platí tam, kde se jedná o aplikační postup, který nemá zcela jednoznačné řešení. Pokud z tohoto pohledu analyzujeme českou úpravu, je třeba říci následující. Samotná úprava využití jednotlivých metod tak, jak je v ustanovení § 20 uvedena, je flexibilní. Sice přístup tam uvedený je možné označit za výchozí, nicméně není postupem výlučným. Pro konkrétní případy je možné využít i jiné přístupy. To je významné pro méně standardní situace i pro oblast rozhodčího řízení. Uvedená úprava rovněž není překvapující. Tak, jak jsme uvedli českou doktrínu, navazuje nesporně na dlouhodobě zastávaný doktrinální přístup.

Základní úprava institutu kvalifikace je obsažena v § 20, speciální úprava pro kvalifikaci věcí movitých a nemovitých potom v § 69 odst. 1 věta druhá. Důvodem pro speciální úpravu je nesporně jak významná vazba k tomuto místu, tak i rozdíl mezi předmětem kvalifikace. V případě kvalifikace movitosti a nemovitosti je předmětem nepřímý předmět právního vztahu. Zvláštní úprava není dána ani pro případ závazků tam, kde byla využita volba práva. Což je situace, o které se rovněž domníváme, že by mohla být přímo podrobena kvalifikaci dle *legis causae*. Zde lze najít jak argumenty pro, tak i proti. Pro je nesporně univerzální využití tohoto navázání a vysoký předpoklad použití zvoleného právního řádu. Proti je nesporně to, že v daném případě dochází k onomu nesprávnému aplikačnímu postupu pro použití kolizní normy, o kterém jsme hovořili. Tyto argumenty je třeba zvažovat.

**Využití metod** v novém zákoně. Východiskem pro kvalifikaci je právo fóra – zde postup dle českého práva. Pokud bychom chtěli blíže přiblížit tuto variantu a její využití pro konkrétní případ, jde o situaci, kterou Kučera nazývá „relativně samostatnou situací“. Či spíše pro odlišení od faktické situace „právně relativně samostatnou situací“. Odstavec 2 doplňuje tuto základní variantu kvalifikační funkční. V souladu s ní tam, kde se má pro právní hodnocení použít právní ustanovení z více než jednoho právního řádu, je možné při hodnocení přihlídnout k funkci, kterou tato ustanovení plní v rámci svého právního řádu. Základem je kvalifikace *lex fori*, nicméně je možné využít i kvalifikaci funkční. Opět v souladu s již uvedeným přístupem Kučery by se zde jednalo o případy „relativně právně nesamostatných situací“, jejichž příklady uvádí (vazba formy a plné způsobilosti k právním jednáním, postavení manželky v řízení o vypořádání majetku a v dědickém řízení). Další variantu přináší odstavec 3: tam, kde je určeno rozhodné právo, tam využití kvalifikace dle tohoto práva. Tedy dle kvalifikace dle *legis causae*. Nejedná se o stupňovitou kvalifikaci, spíše o kvalifikaci pokračující, kde je akcent kladen na vazbu rozhodného práva. Například kvalifikace smlouvy a jejího typu, přijetí a konstatování existence platné volby práva a následná kvalifikace věci a jejího příslušenství.

Vedle základní situace v ustanovení § 20 ZMPS je třeba připomenout speciální pravidlo obsažené v § 69 odst. 1 věta druhá: kvalifikaci věcí movitých a nemovitých, která se řídí dle místa polohy věci. Jak již bylo uvedeno na jiných místech, dominance práva tohoto místa, a to včetně veřejného či procesního práva, a také rozdílná povaha předmětu kvalifikace nesporně odůvodňují tuto výjimku.

Samostatnou otázkou představuje právní hodnocení skutečností užitých v navázání kolizní normy. Tuto problematiku reflektuje ustanovení § 20 odst. 4. Výslovně je užito české právo, tedy postup dle metody

<sup>41</sup> ČERMÁK, K. Kvalifikace v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1999, s. 514-515.

lex fori. Od tohoto právního hodnocení skutečnosti je nutné odlišit jiný proces – interpretaci pojmů užitých v navázání kolizní normy – tj. hraničních určovatelů. Podléhají interpretaci právního řádu, ke kterému kolizní norma náleží.

## II.4 Závěr

Úprava v ZMPS nevyvolává pochybnosti pro uchopení definice kvalifikace a metod kvalifikace jako spíše pro to, že vůbec došlo k legislativnímu zakotvení této otázky.<sup>42</sup> Pro zvážení faktů „pro“ nesporně hovoří vůbec upozornění na existenci celého procesu. Upozornění, které napomáhá správnému uchopení aplikace kolizní normy a neopouští konstatování předpokladů pro její využití na podvědomém využití práva fóra. V tom lze vidět přínos této úpravy.

Na druhé straně hodnocení kolizí samotných je jinou otázkou. Je to otázka nastavení rozsahů kolizních norem. Ve světle tohoto hodnocení se ukazuje zcela nesmyslné navazovat v kodifikacích kolizní normy přímo na normy hmotného práva, jak se objevila tato otázka v počátku prací na novém občanském zákoníku. Opomeneme-li úvahy o relativní samostatnosti mezinárodního práva soukromého<sup>43</sup> a o vazbách faktické situace na jiné právní řády, onen pomyslný „přenos“ mezi právními řády zajistí jen a pouze využití obecných systémových pojmů a navazování na ně. Zjednodušeně lze říci – čím méně dílčích kolizních norem, tím méně potenciálních kolizí.

## III Zpětný a další odkaz

### III.1 Úvod do problému a historie jevu

Problematiku zpětného a dalšího odkazu spojuje s kvalifikací mnohé. Především je to vůbec základní uchopení práce s kolizní normou a otázka, zda v případě zpětného odkazu není celý problém „vyroben“ špatným uchopením odkazu. S tím souvisí i jev naznačený v názvu článku – kolize kolizních norem, v tomto případě kolize zjevná. Zajímavá si-

<sup>42</sup> Viz i komentářová literatura: BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P., PTÁČEK, L., SVOBODA J., Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H. Beck 2014. PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. Zákon o mezinárodním právu soukromém. Praha: Wolters Kluwer, 2013.

<sup>43</sup> KROPHOLLER, J. Internationales Privatrecht. Mohr Siebeck: Tübingen, 2006, 6. Auflage, s. 124 – 125.

tuace může nastat také v případě některých druhů kvalifikací – konkrétně stupňové – tam, kdy by při primárním odkazu nastala situace zpětného či dalšího odkazu.

Na rozdíl od kvalifikace, která byla sice uchopena doktrinálně, nicméně nikoli legislativně, patří problematika zpětného<sup>44</sup> a dalšího odkazu<sup>45</sup> k těm, které jsou legislativně upraveny pravidelně jak na vnitrostátní, tak na regionální<sup>46</sup> či universální úrovni. Právě úprava tohoto jevu je způsobilá předcházet násobením a vytváření problémových situací tzv. bludného kruhu<sup>47</sup> (*právní ping-pong, lawn tennis, Spiegelkabinett, merry-go-round, chaise croisé*).<sup>48</sup>

Uvedená problematika a její řešení mají dva rozměry: právně technický a právně filosofický. Technická stránka sleduje konstrukci kolizní normy, formulaci navázání, dosah dopadu, logiku řešení atd.; právně filosofická se táže spíše po úmyslu zákonodárce či smyslu takového řešení, konečnosti řešení a jeho příspěvku směrem k rozhodovací harmonii při užití různých variant přístupu k tomuto jevu. Jde o otázku zasahující celé mezinárodní právo soukromé.<sup>49</sup> Jedná se o otázku uchopení odkazu na cizí prá-

<sup>44</sup> Jinak také *remise, renvoi, Rückverweisung, renvoi au premier degré*. Zpětný odkaz je případ, kdy kolizní norma tuzemského práva přikazuje použít zahraniční právo a dle kolizní normy zahraničního práva se má použít zpětně tuzemské právo. Bližší KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009, s. 159.

<sup>45</sup> Jinak také *transmise, double nebo multiply renvoi, Weiterverweisung, renvoi au second degré*. Další odkaz je případ, kdy kolizní norma tuzemského práva přikazuje použít zahraniční právo a dle kolizní normy zahraničního práva se má použít právo dalšího státu. KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009, s. 159.

<sup>46</sup> Nařízení Řím I - článek 20, odmítnutí zpětného a dalšího odkazu s výjimkou vymezených situací. Nařízení Řím II - článek 24, odmítnutí zpětného a dalšího odkazu, Nařízení Řím III - článek 11, vyloučení zpětného a dalšího odkazu. Nařízení o dědictví se staví k otázce zpětného a dalšího odkazu odchylně - viz článek 34.

<sup>47</sup> Či jak uvádí starší česká literatura - téměř pejorativně - vadného kruhu.

<sup>48</sup> Vedle výše uvedených pojmů zpětný odkaz, další odkaz a bludný kruh se v české literatuře, s odkazem na německou literaturu, objevil i termín „skrytý zpětný odkaz - versteckte Rückverweisung“ a to s úvahou na jeho využití. ČIHULA, T. Skrytý zpětný odkaz - teorie tohoto institutu a jeho praktické využití. Právník, 2003, č. 8, s. 745 a násl.

<sup>49</sup> SAUVEPLANNE, J. G. Renvoi, Chapter 6. Volume III. Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1990, s. 4.



vo: zda odkazujeme jen na normy hmotné či na cizí právo jako celek, tudíž i na normy kolizní. A také jak vůbec vnímat vlastní kolizní normy a jejich odkaz na cizí právo. Ne náhodou je tato problematika v některých pracích kritizována jako důsledek špatného uchopení aplikace kolizních norem a následného zařazení v praxi.<sup>50</sup>

Existence zpětného a dalšího odkazu se váže zpravidla k národním kolizním normám, typu jejich odkazu a navázání. Nicméně i při existenci unifikovaných úprav, ať již například vzhledem k tomu, že nebylo dosaženo universální úpravy a nadále existují i národní či regionální kolizní normy, tomuto jevu „kolize kolizních norem“ nelze zabránit. Stejně jako u kvalifikace, i zde se týká problematika zpětného odkazu jen případů multilaterálních (či i dvoustranných kolizních norem). Problém nevzniká tam, kde je využita unilaterální norma stanovící pouze působnost vlastního právního řádu.<sup>51</sup>

Diskuse o vhodnosti řešení situace zpětného a dalšího odkazu se prolínají mezinárodním právem soukromým od doby identifikace problému koncem 19. století do dnes.<sup>52</sup> Odborná literatura uvádí jako jeden z prvních citovaných případů<sup>53</sup>, na němž byly demonstrovány problémy spojené se zpětným odkazem, případ Forgo, který byl projednáván a rozhodnut v roce 1878 francouzským kasačním soudem.<sup>54</sup>

<sup>50</sup> VON OVERBACK, A. E. Renvoi in the Institute of International Law. American Journal of Comparative Law, 1963, s. 544, poznámka 1 s odkazem na RABEL, E. The Conflict of Laws: A Comparative Study (2nd ed., Ann Arbor, 1958) Vol. 1, s. 75.

<sup>51</sup> LALIVE, P. Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général). Recueil des Cours, 1977, s. 279.

<sup>52</sup> Přehled k této problematice v jednotlivých právních řádech v české literatuře zejména: ČERMÁK, K. Zpětný a další odkaz v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1998, č. 10 – 11, s. 157 a násl.

<sup>53</sup> LORENZEN, E.G. The „Renvoi“ Theory and the Application of Foreign Law. I. „Renvoi“ in General. In: Columbia Law Review. Vol. 10, No. 3, 1910, s. 191 – 193. Uvádí zde řadu případů. Některé i z doby předcházející případu Forgo. Konkrétně z judikatury anglických soudů je to případ Collier v. Rivaz vedený u Prerogative Court Canterbury (1841) a z rozhodování německých soudů potom případ Krebs vs. Rosalino vedený u OLG Lübeck a rozhodnutý 21. 3. 1861. /in MyJSTOR cit. 8. 8. 2014/. SONNETAG, M. Renvoi Im Internationalen Privatrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 1. Auflage, 2001, s. 17 - 22. Sonnetag rovněž poukazuje na dřívější případy. Konkrétně na již zmíněný případ Krebs vs. Rosalino, Collier vs. Rivaz. Dále jde v odkazu na rozhodnutí milánského soudu z první poloviny 17. století.

<sup>54</sup> DÖLLE, H., Internationales Privatrecht. Eine Einführung in seine Grundlagen. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller. 1968, s. 67. V české literatuře také v pracích

Samotný počátek vědecké diskuse se váže ke konci 19. století a je spojen se jménem P. S. Manciniho.<sup>55</sup> Ten v nich zúročil své zkušenosti z případu *Samama*, v němž vystupoval jako právní zástupce a kde se objevila rovněž tato problematika.<sup>56</sup>

Celou diskusi o přístupu k této otázce významně ovlivňuje na jedné straně idea mezinárodní rozhodovací jednoty a na straně druhé (zcela pragmaticky) možnost aplikace tuzemského práva.<sup>57</sup> Universální rozhodovací jednotka je v realitě národních systémů mezinárodního práva soukromého iluze. Nicméně právě otázka zpětného odkazu může přinést rozhodovací jednotu alespoň do vazeb mezi *lex fori* a *lex causae*.

V zásadě se nabízejí dvě řešení a jejich následné kombinace: přijmout odkaz a nepřijmout odkaz. Od těchto krajních pozic se potom liší varianty uvádějící jednu z nich jako základ a výjimky z nich atd. Toto až zjednodušené technické konstatování „přijmout“ vs. „nepřijmout“ za sebou skrývá nesčetné diskuse o kolizích právních řádů a přístupu k nim. Lišit se mohou i pozice v rámci jednotlivých oblastí. Jiný základní přístup se objevuje v oblasti závazků ze smluv, jiný ve věcech statusových, dědických atd. Liší se i přístup v mezinárodních smlouvách či regionálních unifikačních nástrojích. Zajímavý posun v názorech představují i tzv. mezinárodní resoluce přijaté na zasedání Institut de Droit international. Zvláštní pozici zastává anglické právo se svou doktrínou „foreign – court – theory“.<sup>58</sup> V souladu s ní soudce rozhoduje tak, jak by rozhodl soudce v rámci jurisdikce, na jejíž právo kolizní norma rozhoduje. Tedy nikoli na základě příkazu, resp. typu příkazu vlastní kolizní normy.

Jednotlivé právní úpravy přistupují k legislativnímu řešení této otázky různě. Spíše výjimkou je u národních úprav vyloučení možnosti přijmout zpětný a další odkaz.<sup>59</sup>

Bystrického, Čermáka či Kučery, které jsme průběžně citovali.

<sup>55</sup> Byť například dobová literatura (viz zmiňovanou práci Krčmáře) uvádí Labbého a jeho práci.

<sup>56</sup> SONNETAG, M. Renvoi Im Internationalen Privatrecht. Tübingen: J.C. B. Mohr/ Siebeck, 1. Auflage, 2001, s. 24.

<sup>57</sup> Blíže NEUHAUS, P. H. Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 2. Auflage, 1962, s. 270

<sup>58</sup> K této otázce například: MARTIN, M. Constitutional review of foreign law in English and German courts. A comparative study. Oxford University Comparative Law Forum. 2002./http://ouclf.iuscomp.org/articles/martin.shtml – citována 7. 8. 2014/.

<sup>59</sup> Jako příklad lze uvést Řecko (článek 32 Občanského zákoníku). Nicméně i zde existují výjimky a samotný odmítavý přístup je doktrínou kritizován. Viz VRELLIS,

**Česká doktrína a názory k otázce zpětného a dalšího odkazu.** Rozsáhle se věnoval problematice zpětného a dalšího odkazu ve vazbě na formální různost kolizních norem na počátku minulého století J. Krčmář. Ať již v samostatné stati,<sup>60</sup> tak i ve svém propedeutickém úvodu do mezinárodního práva soukromého<sup>61</sup> uvedl jednak analýzu tehdejších postojů vybraných teoretiků, jednak svůj pohled na řešení. Při studiu jeho názorů si ovšem musíme připomenout několik momentů. Konec 19. století a počátek století 20. přináší jiný obraz norem mezinárodního práva soukromého oproti předchozímu období. Do jisté míry jednotný přístup vycházející ze statutární teorie se mění a jednotlivé právní řády přinášejí své kolizní normy, v řadě případů se lišící v uchopení navázání na jiný právní řád. Otázka těchto kolizí je – jak jsme viděli i výše – rozsáhle diskutována a jsou hledána řešení. Různost kolizních norem působí nepříznivě na uspořádání mezinárodních soukromoprávních poměrů. Mimo jiné se objevuje onen příklon soudů a některých teoretiků k pragmatickému řešení právě pomocí zpětného a dalšího odkazu. Pohled Krčmáře na řešení kolizí přijímáním zpětného, příp. dalšího odkazu, není tomuto jevu příznivý.<sup>62</sup>

Další vyjádření nacházíme v době mezi světovými válkami v Zimmermanově učebnici Mezinárodního práva soukromého.<sup>63</sup> Jeho názor je poměrně opatrný. Snad vzhledem k typu diskusí probíhajících ve 30. letech, kdy učebnice vznikala. Snad, a to je nutné si uvědomit, je omezen možnostmi normativní teorie. Pro pochopení je třeba se vrátit do části, kde rozebírá navázání. Zde výslovně stanoví postoj normativní teorie k normám kolizním, podřízenost tzv. přímého navázání mezinárodnímu právu soukromému.<sup>64</sup> Zpětný a další odkaz vysvětluje pomocí koncepce prvotních (přímých) a nepřímých navázání. Do přímých navázání řadí navázání *lex patriae* a *lex rei*

*sitae*. Do nepřímých *lex domicilii*, *lex loci celebrationis*, *lex electa* atd. Uchopení ukazuje na případu Forgo: přímé navazování se realizovalo odkazem na právo jeho státní příslušnosti; jen toto právo poskytuje nezpochybnitelnou kolizní zásadu; odkazující-li potom na jiné právo, realizuje tzv. nepřímý odkaz. Tím je následně navazování ukončeno.<sup>65</sup>

Bystrický ve své učebnici z padesátých let, která reflektuje zákon 41/1948 Sb., odráží spíše pragmatický pohled na institut zpětného a dalšího odkazu.<sup>66</sup> Poznamenat je třeba, že zákon č. 41/1948 Sb. sice obsahoval v některých kolizních normách výslovné připuštění zpětného odkazu (§ 17, § 23; rovněž také zákon směnečný a šekový v § 91). Nicméně nikoli v obecném institutu tak, jak tomu bylo u zákona č. 97/1963 Sb. Podobně také některé mezinárodní smlouvy. Bystrický zdůrazňuje, že ve všech případech (nikoli jen tam, kde je to výslovně uvedeno), kdy československá kolizní norma odkazuje na cizí právo a toto obsahuje zpětný odkaz na české právo, mají soudy tento zpětný odkaz přijmout. Cizí právo je aplikováno v zájmu hladké realizace mezinárodního styku. Není však důvodu, když se cizí právo prohlašuje „*desinteresovaným*“, resp. když deleguje rozhodování zpět českému právu, proč by nemělo být aplikováno toto domácí právo. Rovněž odkazuje na zásadu rozumného uspořádání vztahů v případech násobných odkazů. Výslovně uvádí, že tyto by měly být použity jen jednou. Odkazuje na to, že otázka přijetí či nepřijetí zpětného a dalšího odkazu souvisí se správným výkladem kolizní normy při její aplikaci na konkrétní skutkový stav. Problém, na který poukázal a který rozvinul v případě dědického práva Donner, je, zda se může zpětný a další odkaz přijmout pouze při existenci výslovného zmocnění v kolizní normě či nikoli. A zda je možné zvažovat využití tohoto institutu i v jiných případech. Souhlasí s názorem Bystrického, že není vhodné omezovat jeho aplikaci jen tam, kde by zákon výslovně toto uvedl. U Donnerovy stati jsou ovšem zajímavé další poznámky: jednak se vyslovuje k pozici soudce s tím, že ponechání příliš velké volnosti nemusí zde být ke zdaru výsledku. Jednak uvádí, že řešení je nutné hledat v typu odkazu. A za správný vidí od-

S. Private International Law in Greece. Aalphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2011, s. 45 a násl.

<sup>60</sup> KRČMÁŘ, J. O odporu mezi normami kolizními, jmenovitě o zpětném a dalším poukazu. Sborník věd právních a státních, III, s. 479 a násl.

<sup>61</sup> KRČMÁŘ, J. Úvod do mezinárodního práva soukromého. Část I. Propedeutická. Praha: Bursík a Kohout. 1906, s. 145 a násl.

<sup>62</sup> KRČMÁŘ, J. Úvod do mezinárodního práva soukromého. Část I. Propedeutická. Praha: Bursík a Kohout. 1906, s. 192 -193.

<sup>63</sup> ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933, s. 98 a násl. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond /k datu 12.5-2014/>

<sup>64</sup> ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933, s. 74. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond /k datu 12.5-2014/>

<sup>65</sup> ZIMMERMANN, M.A. Mezinárodní právo soukromé. Brno: Čs. A.S. Právnick, 1933, s.106 a násl. Pro zájemce dostupné i na: <http://science.law.muni.cz/content/cs/open-access/historicko-pravni-fond /k datu 12.5-2014/>

<sup>66</sup> BYSTRICKÝ, R. Základy mezinárodního práva soukromého. Praha: Orbis, 1958, s. 83 a násl. Viz také krátké dotknutí se v případě dědického práva ve stati: K základním otázkám mezinárodního dědického práva soukromého v Československu, ČMP, č.

kaz na právní řád jako celek, tj. včetně jeho kolizních norem.<sup>67</sup>

Po přijetí zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, který odráží předcházející diskuse hovořící o vhodnosti přijetí, nicméně s ponecháním možnosti soudci zvážit přijetí odkazu, odpovídá-li to rozumnému a spravedlivému uspořádání vztahů, se objevují další práce. Samozřejmě je nutné uvést především práce Kučerovy. Své názory rozpracoval zejména ve svém mnohonásobném kursu mezinárodního práva soukromého.<sup>68</sup> Nicméně také v publikaci věnované komparaci v oblasti soukromého práva<sup>69</sup> a samozřejmě v komentáři k zákonu o mezinárodním právu soukromém.<sup>70</sup> Je poměrně zajímavé, že zejména v učebnicovém kursu se vyslovuje spíše pro flexibilní řešení závislé na tom, jakou intenzitu má daný případ k tuzemskému právu. Což – jak uvidíme – nebylo promítnuto takto do nového zákona a přiklonil se zde spíše k pojetí, které uvedl ve své komparativní studii.<sup>71</sup>

Již na několika místech jsme zmínili další práce, které se věnují otázkám zpětného a dalšího odkazu. Práce Čermákova široce zasahuje jak názory doktríny, tak právní úpravu jiných států. Jeho analýza článku 35 zákona č. 97/1963 Sb. přináší konzistentní pohled na problematiku. Zajímavé je, že se rovněž přiklání k vynechání možnosti přijmout či odepřít užitím termínu „lze“ a vyjadřuje se pro jednoznačnější úpravu.<sup>72</sup>

Čihulova práce, která se objevuje v roce 1999 rovněž v časopise Právník, přináší poměrně obsáhlý výklad problematiky skrytého zpětného odkazu tak, jak je pojat v německé doktríně.<sup>73</sup> Zajímavé na Čihulově práci je kritický pohled na českou doktrínu

<sup>67</sup> DONNER, B. Zpětný odkaz a československé dědicke kolizní právo. Časopis pro mezinárodní právo. 1958, s. 338 a násl.

<sup>68</sup> KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno - Plzeň: Doplněk a Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 7. opravené a doplněné vydání, 2009, s. 157 – 169.

<sup>69</sup> KUČERA Z. Vybrané otázky srovnávacího mezinárodního práva soukromého. Praha: Carolinum, 1996.

<sup>70</sup> KUČERA, Z., TICHÝ, L. Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. Praha: Panorama. 1989, s. 197 – 202.

<sup>71</sup> KUČERA Z. Vybrané otázky srovnávacího mezinárodního práva soukromého. Praha: Carolinum, 1996, s. 48 a násl.

<sup>72</sup> ČERMÁK, K. Zpětný a další odkaz v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1998, č. 10 – 11, s. 172.

<sup>73</sup> Jde o případ, kdy je kolizní norma odvozena z procesní normy cizího státu určující soudiště. Čihula zde demonstruje uvedenou otázku na střetu koncepcí kontinentálního práva a amerického práva při užití „jurisdiction“. ČIHULA, T. Skrytý zpětný odkaz – teorie tohoto institutu a jeho praktické využití, Právní, 2003, č. 8, s. 747 a násl.

i znění zákona, které neumožňují danou variantu. A přimlouvá se za její začlenění do textu budoucího zákona a za diskusi v této oblasti.

**Úprava v novém zákoně.** Úprava v ustanovení § 21 ZMPS se liší od úpravy předchozí v následujících momentech:

- Neumožňuje soudci zvažovat přijetí či nepřijetí zpětného odkazu. Odkaz na cizí právo je uchopen jako odkaz na právo jako celek. Zpětný odkaz potom již jako odkaz na hmotné normy českého práva.
- Výslovně je upraven i další odkaz. V tomto případě je přípustný jen jeden další odkaz s tím, že toto cizí právo musí být potvrzeno i kolizními normami tohoto dalšího právního řádu. Pokud není, použije se právo české ve smyslu hmotného práva.
- Ke zpětnému a dalšímu odkazu se nepřihlíží v oblasti závazkového a pracovního práva.
- Zvláštní úprava je dána pro věci směnečné a šekové (§ 31 odst. 1 věta druhá, nevýslovný, speciální zpětný odkaz). Rovněž také pro aplikaci práva rozhodného v řízení rozhodčím je v zákoně zvláštní úprava (§ 119 věta druhá: Ke kolizním ustanovením rozhodného práva lze přihlídnout jen tehdy, jestliže to vyplývá z volby práva učiněné stranami.) Nicméně naposledy uvedená úprava neříká nic jiného než § 21 odst. 2.

Uvedená úprava, stejně jako předchozí, neupravuje výslovně střet tohoto institutu se subsidiárními normami, které zachovávají platnost určitého úkonu. Zde se ovšem názory v literatuře jednoznačně kloní k použití subsidiární normy.<sup>74</sup>

Samozřejmě, tato úprava se použije tam a pouze tam, kde nespadá do působnosti nařízení či mezinárodní smlouvy.

## IV.2 Závěr

Úprava zpětného a dalšího odkazu se posunula z řešení, které umožňovalo širší rámec zvážení soudci, do řešení, které je pevněji uchopeno a vymezeno. Jakoby se zde více objevila ona úvaha, která zazněla ve jmenovaných pracích Kučery i Čermáka o vhodnosti omezení volnosti dané rozhodujícím orgánem, a to ve prospěch pevného uchopení zpětného odkazu a jednoznačné omezení řetězení dalších odkazů ve prospěch posílení vnější rozhodovací harmonie.

<sup>74</sup> Příkladmo: ČERMÁK, K. Zpětný a další odkaz v mezinárodním právu soukromém. Právník, 1998, s. 187. BŘÍZA, P., BŘICHÁČEK, T., FIŠEROVÁ, Z., HORÁK, P. PTÁČEK, L., SVOBODA J., Zákon o mezinárodním právu soukromém. Komentář. 1. Vydání. Praha: C.H. Beck 2014, s. 137.

## V Zcela na závěr

Oba jevy obecné části mezinárodního práva soukromého mají mnoho společného – mimo jiné i to, že existují kritiky spojující oba jevy s nevhodnou aplikací či nevhodným legislativním uchopením kolizní normy. Jak vyplývá i z historického přehledu, byly tyto kritiky nejsilnější v počátcích diskuse. Potom jakoby mizí a dochází k „smíření“ se s těmito jevy a jejich uchopením jako pravidelných institutů kolizního práva. Lze snad i připustit skutečnost, že věda mezinárodního práva soukromého prodiskutovala oba jevy a došla k řešením, která zajišťují na universální úrovni i jistou stabilitu. V případě české úpravy i legislativním řešením. Tím ovšem nemizí podstata jevu naznačená nadpisem naší práce: kolize kolizních norem; kolize skrytá, jejíž podstatou je rozdílný obsah právních pojmů užitých v navázání, či kolize zjevná, spočívající v rozdílných výkladech či užitích hraničních určovatелů. Samozřejmě, legislativní uchopení řeší důsledky, ne příčiny. Zatímco v případě zpětného či dalšího odkazu si lze představit legislativní řešení – universálně jednotné uchopení hraničních určovatелů a jejich významů, je to v případě kvalifikace nemožné. Vždyť problém spočívá právě v rozdílnosti hmotného práva. Jisté zmírnění mohou přinést formulace rozsahů, které se pokoušejí reflektovat obecné právní pojmy.

A jaký smysl má náš článek pro praxi? Nesporně jde o správné metodologické uchopení kolizních norem, kdy jsme vůbec schopni uvedené jevy uchopit a případně řešit i problémy tam, kde nastanou.

## Význam výhrady podle článku 95 pro aplikaci Úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží

Jana Svěráková\*

Vídeňská úmluva je jedním z nejvýznamnějších pramenů práva mezinárodní obchodu. Otázka její aplikovatelnosti však není vždy jednoznačně zodpověditelná – v případě České republiky obzvláště vzhledem k vázanosti výhradou podle čl. 95 Úmluvy. S ohledem na složitost problematiky byl tento článek rozdělen na dvě části, přičemž v části první byl rozebrán především historický aspekt vzniku výhrady podle čl. 95<sup>1</sup> a dále též obecné úvahy o aplika-

\* Mgr. Jana Svěráková, právník, Energetický regulační úřad, Jihlava.

## Summary

The new Czech Act on Private International Law, adopted under No. 91/2012 Coll., entered into force on 1 January 2014. Contrary to the old Act on Private International Law (Act No. 97/1963 Coll.), the new law contains regulation of many general issues of private international law, which have not been covered by the former Act. For example, the new PIL Act contains express provisions on overriding mandatory rules, preliminary question, qualification, application of foreign law etc. Obviously, the application of the new PIL Act is limited by the European (EU) legislation and international conventions. This paper is focused on analysis of two problems connected with the application of the conflict-of-law rules: characterization (or qualification) and renvoi. Both questions are considered to be the classic problems of private international law. In this paper, the new Czech regulation of characterization (§ 20) and renvoi (§ 21) is analyzed. According to the author, the characterization is primarily a matter of method, and not only the rare case of conflicts of characterization. The central issue of this paper is how the new PIL Act follows the doctrinal development, how is the purpose of characterization and renvoi reflected in the Czech legal theory; and also how to use these provisions in specific conflict cases.

ci Vídeňské úmluvy z pohledu územně personálního aspektu. Analyzována byla též základní aplikace

<sup>1</sup> Výhradu učinil nevelký počet států, některé však patří mezi obchodní velmoci. Výhrada dnes platí pro Českou republiku, Čínu, USA, Singapur, Slovenskou republiku a Svatého Vincenta a Grenadiny. Blíže viz Status 1980: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *UNCITRAL* [online]. Aktualiz. 18. 07. 2011 [cit. 18. 07. 2011]. Dostupné z: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)>.