

Teorie veřejného pořádku a kritéria jeho použití

Zdeněk Kapitán*

ÚVOD

Veřejný pořádek je fenoménem, který bývá často proklínán jako nechtěná, složitá a nepřehledná kategorie, jejíž znalost jakoby ani nepatřila k výbavě právníkova odborného uvažování. Druhou situací je jeho nadužívání, k němuž dochází tím, že je veřejný pořádek vnímán jako prostředek, jak se zbavit nepohodlného cizího práva v situaci, kdy jsme postaveni před nutnost se ve vztahu s mezinárodním prvkem obsahem cizího práva zabývat. Oba uvedené extrémy rozhodně nejsou žádoucí, protože první z nich je přinejmenším krátkozrakým alibismem, druhý je možná ještě nebezpečnější bláhovostí, která svědčí často o neprofesionalitě.

Tento příspěvek se pokouší bez nároku na vyčerpání materie nabídnout ucelenější pohled na systém veřejného pořádku s cílem zpřehlednit v první řadě jeho ne právě jednoduše pojímatelný obsah nabídnutím alternativy na první pohled nepřiliš jednotné terminologie a dále také zpřístupnit metodologickou stránku zacházení s ním.

Nutno podotknout, že předmětem rozboru v tomto příspěvku je pouze večený pořádek jako kategorie náležející svým zařazením do mezinárodního práva soukromého, nezabývá se proto veřejným pořádkem, jak je regulován veřejným právem, tedy s významem, jenž se dotýká bezpečnosti [např. § 2 písm. b) zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů či čl. 30 Smlouvy o založení ES (dále jen „SES“)].

1. DOGMATICKÉ ZÁKLADY VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

1.1. OBECNÝ OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Některé státy upravují veřejný pořádek s akcentem na jeho právní stránku s tím, že předmětem veřejné-

ho pořádku jsou podstatné zásady práva (Německo), základní hodnocení tuzemského právního řádu (Rakousko), základní zásady právního řádu (Polsko), účel tuzemského zákona (Německo do novely EGBGB roku 1986). Někdy do jeho rámce zahrnují například zásady společenského zřízení (Česká republika, Albánie), či dobré mravy (Itálie, Řecko, Japonsko). Dobré mravy jsou někdy chráněny kvalitativně rovnocenným způsobem jako veřejný pořádek, a to jako samostatná kategorie, stojící vedle něj (Francie, Německo do roku 1986).¹ Švýcarská právní úprava dokonce upravuje veřejný pořádek pouze jako abstraktní kategorii, kterou označuje univerzálně ve všech úředních jazykových verzích svých zákonů jako „*ordre public*“, aniž stanoví náplň této kategorie či zakotvuje způsob jejího obsahového určení.²

Obecně lze říci, že v rámci úpravy veřejného pořádku jednotlivé státy s větší či menší mírou konkrétnosti definují hodnoty, jež nacházejí svůj odraz v právu, a proklamují vůli tyto hodnoty chránit vyloučením aplikace cizího práva v případě, že by byla s těmito hodnotami v rozporu. Tak se stává veřejný pořádek prostředkem ochrany před negativními vlivy existence rozdílných hodnot sdílených různými státy.³ Bližší rozbor těchto hodnot a konkrétní předpoklady jejich ochrany prostřednictvím výhrady veřejného pořádku budou předmětem samostatného rozboru (viz kapitola 3.).

1.2. ÚČEL VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Metodologický přístup k veřejnému pořádku spočívá ve srovnání účinků aplikace zahraničního (rozhodného) práva se základními právními představami tuzemská,⁴ rozhodně se tedy nejedná o posuzování hodnot cizího práva.⁵ Výrazem rozporu účinků aplikace cizího práva s právními hodnotami *legis fori* – to však pouze s ohledem na skutkové okolnosti konkrétní

* JUDr. Zdeněk Kapitán, Katedra mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ Podrobnější přehled viz *Kučera, Z.*: Vybrané otázky srovnávacího mezinárodního práva soukromého. 1. vydání. Praha: Univerzita Karlova, 1996, str. 60-61.

² K tomu *Patocchi, P. M. – Geisinger, E.*: Internationales Privatrecht. Das IPRG sowie die wichtigsten völkerrechtlichen Verträge und Schiedsgerichtsordnungen mit Anmerkungen über die bundesgerichtliche und kantonale Rechtsprechung, Hinweisen, Bibliographie, Konkordanzregister und Sachregister. 1. vydání. Zürich: Orell Füssli, 2000, str. 140-141.

³ Viz i *Kučera, Z.*: Mezinárodní právo soukromé. 5. vydání. Brno: Doplněk, 2001, str. 183.

⁴ *Schütz, D.*: Der internationale ordre public. Der Ausschluß völkerrechtswidrigen fremden Rechts im internationalen Privatrecht der Bundesrepublik Deutschland. 1. vydání. Frankfurt am Main: Lang, 1984. Str. 49.

⁵ *Heiz, R.*: Das fremde öffentliche Recht im internationalen Kollisionsrecht. Der Einfluß der Public Policy auf ausländisches Straf-, Steuer-, Devisen-, Konfiskations- und Enteignungsrecht. 1. vydání. Zürich: Schulthess, 1959. Str. 207.

ního případu⁶ – je pak výhrada, jež vylučuje aplikaci cizí normy pouze v daném případě, nikoliv obecně; to jen potvrzuje předchozí závěr, že není hodnotově posuzováno cizí právo, nýbrž účinky jeho použití.⁷ Veřejný pořádek tak má pouze nepřímý účinek, neboť vylučuje cizí právo právě na základě posouzení účinků jeho aplikace, v této souvislosti je veřejný pořádek někdy označován jako přetlakový⁸ či pojistný⁹ ventil. Přímý účinek by nastával, pokud by výhrada veřejného pořádku vylučovala cizí právo pro samotný rozpor s vlastním veřejným pořádkem.¹⁰

1.3. PRÁVNÍ ZÁKLAD VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Veřejný pořádek, resp. výhrada veřejného pořádku bývá chápán jako výraz mezinárodněprávní kompetence každého státu prosadit na svém teritoriu vlastní vůli proti vůli cizího státu.¹¹ S tím je rovněž spojen závěr, že je výhrada veřejného pořádku při použití cizího práva mezinárodněprávně akceptována. Proto je z pohledu mezinárodního práva výhrada veřejného pořádku označována jako bezpodmínečná nutnost,¹² některé názory jdou dokonce i tak daleko, že (vnitrostátní) veřejný pořádek chápou jako obecnou zásadu právní.¹³ Z tohoto pohledu je výhrada veřejného pořádku obecně přípustná, existují však typové případy, které tuto obecnou přípustnost omezují. Z hlediska formálního se jedná zpravidla o situace, kdy je k omezení možnosti aplikace veřejného pořádku určitý mezinárodněprávní závazek transformován do vnitrostátního práva.¹⁴ Tak došlo například historicky k tomu, že na základě haagských konvencí byla úprava doposud prakticky neomezené výhrady veřejného pořádku ve vnitrostátních právních rádech omezena na případy,

kdy by aplikace cizího práva byla ve zřejmém (*offenbar, manifestement*) rozporu s tuzemským veřejným pořádkem.^{15,16}

2. ČLENĚNÍ FOREM VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

2.1. OBECNĚ

Není cílem následujícího textu podat úplný přehled členění veřejného a vyčerpávajícím způsobem je pospat. Text se soustředí především na ta členění a na ty okolnosti, které se jeví jako vhodné z hlediska cílů tohoto příspěvku. Proto zde není například zmíněno členění veřejného pořádku na mezinárodní a mezioblastní, úplný a oslabený či nepodmíněný a podmíněný.¹⁷

2.2. VEŘEJNÝ POŘÁDEK KOLIZNÍ, UZNÁVACÍ A VEŘEJNÝ POŘÁDEK V RÁMCI REALIZACE MEZINÁRODNÍ PRÁVNÍ POMOCI

2.2.1. Kasuistika

Rozlišovací kritérium, jak vyplývá z nadpisu, je vlastní systematice zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „MPSaP“), neboť ten upravuje veřejný pořádek tak, že stanoví:

- a) možnost (nutnost) vznést výhradu veřejného pořádku coby důsledek hodnocení účinků cizího

⁶ Z hlediska právně-metodologického k tomu podrobněji *Roth, G. H.*: Der Vorbehalt des ordre public im Internationalem Privatrecht. Neue Juristische Wochenschrift, ročník 1967, str. 138–139.

⁷ *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 185–186; *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 49.

⁸ Tak *Bar, Ch. von*: Internationales Privatrecht. Erster Band. Allgemeines Lehren. 1. vydání. München: C. H. Beck, 1987. Marg. č. 631.

⁹ Viz *Bar, C. L. von*: Théorie und Praxis des Internationalen Privatrechts. Band I. 2. vydání. Hannover, 1889. Str. 132.

¹⁰ V souvislosti s reformou mezinárodního práva soukromého v Německu byla vedena diskuse o tom, zda nezakotvit rozpor se základními lidskými právy jako veřejný pořádek s přímým účinkem; viz k tomu *Sonnenberger* in *Sonnenberger, H.–J. (red.) a kol.*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 1–38). Internationales Privatrecht. 3. vydání. München: C. H. Beck, 1998. Str. 423, marg. č. 51 a násl.

¹¹ *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 26 s odkazem na starší literaturu *Schweizerovu*.

¹² *Heiz*, v díle cit. v pozn. 5, str. 76.

¹³ *Lauterpacht, H.*: Separate Opinion im Fall Boll, International Court of Justice Reports, ročník 1958, str. 79 a násl.

¹⁴ Problematika regulace (soukromoprávního) veřejného pořádku mezinárodním právem není nikterak překvapivým objevem vědy posledních dvaceti let, ale spíše znovu se objevující tendencí. Již v první třetině 20. století se objevují k tomuto problému rozsáhlejší studie; k tomu viz *Lewald, H.*: Die staatsvertragliche Regelung der international-privatrechtlichen Vorbehaltsklausel. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, ročník 1926, str. 47 a násl.

¹⁵ Podrobněji *Forde, M.*: The ordre public Exception and Adjudicative Jurisdiction Conventions. The International and Comparative Law Quarterly, ročník 1980, str. 261. Učebnicovým příkladem takové situace je transformace čl. 2 Haagské úmluvy z 12. 6. 1902 do čl. 30 EGBGB v původním znění; viz k tomu *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 47.

¹⁶ V dogmatické pravidel užívání výhrady veřejného pořádku je někdy používán jako podmínka pro vyloučení aplikace cizího práva rozpor s tuzemskými hodnotami, který je *neúnosný*, případně *skandální*, tak viz *Wengler, W.*: Sonderanknüpfung, positiver und negativer ordre public. Juristen Zeitung, ročník 1979, str. 179.

¹⁷ Tato méně běžná členění viz podrobněji *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 412–413, marg. č. 20, 22 a 23; *Völker, Ch.*: Zur Dogmatik des ordre public. Die Vorbehaltsklauseln bei der Anerkennung fremder gerichtlichen Entscheidungen und ihr Verhältnis zum ordre public des Kollisionsrechts. 1. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. Str. 254.

- práva určeného na základě kolizní normy (kolizní veřejný pořádek),¹⁸
- b) nutnost souladu s veřejným pořádkem jako podmínku výkonu aktivní i pasivní právní pomoci (veřejný pořádek v oblasti realizace mezinárodní právní pomoci)¹⁹ a
 - c) nutnost zachování veřejného pořádku jako podmínku uznání a výkonu cizího rozhodnutí v České republice (uznávací veřejný pořádek).²⁰

V české nauce je běžné rozlišování veřejného pořádku na veřejný pořádek v rámci práva hmotného a v rámci práva procesního.²¹ Německá nauka obdobně hovoří o hmotněprávním a procesním veřejném pořádku,²² přičemž kategorie veřejného pořádku v rámci výkonu právní pomoci jí není vlastní.²³ Toto členění vyplývá z tradiční systematiky německého práva, podle níž mezinárodní právo soukromé a procesní představují dvě relativně autonomní systémové součásti právního řádu;²⁴ materiální veřejný pořádek vychází z úpravy v EGBGB, procesní veřejný pořádek z úpravy v německém ZPO (dále jen „D-ZPO“). S ohledem na tento fakt lze říci, že členění německé teorie koresponduje s výše uvedeným členěním tuzemským, přičemž materiální veřejný pořádek lze považovat za synonymum hmotněprávního (materiálního) veřejného pořádku.²⁵

Pokud jde o obecné hodnocení odlišností v rámci uvedeného členění, lze říci, že rozdíl mezi nimi není dán – zejména z pohledu praktického – ani tak tím, zda je použit v rámci práva kolizního či mezinárodního práva procesního, nýbrž hlediskem předmětu, jež je veřejným pořádkem posuzován. Kolizní veřejný pořádek slouží k hodnocení účinků cizího, abstraktního práva, jež bylo určeno na základě kolizní normy, kdežto procesní veřejný pořádek slouží k přehodnocení účinku cizího rozhodnutí v rámci procesu jeho uznání a výkonu, a to jak z hlediska dodržení základních principů procesních, tak hmotněprávních.²⁶ Procesní veřejný pořádek není abstraktním právním hodnocením. Týká se zcela konkrétního, existujícího aktu aplikace

práva, jež vyplynul z činnosti orgánu cizího státu, resp. byl vydán v cizím státu za zákonem předepsaných podmínek. Vyplyvá především ze zásady svrchované rovnosti států, že je třeba takový akt hodnotit velmi obezřetně a především zdrženlivě. Míra přezkumu při posuzování potenciálního zásahu do veřejného pořádku tak je ve srovnání s veřejným pořádkem kolizním daleko menší.²⁷

Z tohoto pohledu lze – spíše na okraj – poznamenat, že použití termínu kolizní veřejný pořádek se jeví vhodnější, neboť výhrada veřejného pořádku je existenčně spjata s aplikací kolizní normy,²⁸ je tedy institutem specifickým pro mezinárodní právo soukromé, nikoliv pro hmotné právo, k jehož nalezení je kolizní norma určena. Stejně tak se jeví vhodnější použití termínu uznávací veřejný pořádek namísto termínu procesní veřejný pořádek, který na první pohled působí všeobijmájcím dojmem, jakoby se vztahoval k celé oblasti mezinárodního práva procesního.

Odlisný přístup v tomto ohledu volí švýcarská nauka, která rozlišuje veřejný pořádek materiální a procesní. Avšak toto členění dovozuje pouze z ustanovení čl. 27 švýcarského IPRG (dále jen „CH-IPRG“), jež je členěno do tří odstavců:

- a) první z nich ve své dispozici obsahuje příkaz nemožnosti uznat cizí rozhodnutí, pokud by toto uznání mělo být ve zřejmém rozporu se švýcarským veřejným pořádkem,
- b) ve druhém odstavci jsou definovány stranou sporu dokazované tři procesní důvody, pro které nelze uznat cizí rozhodnutí; jsou to:
 1. zneužití *forum shopping*;
 2. zásah do podstatných zásad švýcarského procesního práva, obzvláště, bylo-li zasaženo do práva na právní slyšení;
 3. překážka *litispence* či *rei iudicatae* ve Švýcarsku, či dřívější rozhodnutí mezi týmiž účastníky v téže věci vydané na území třetího státu, jež může být ve Švýcarsku uznáno,

¹⁸ Tak § 36 MPSaP.

¹⁹ Tak § 56 písm. b) a § 57 odst. 1 MPSaP.

²⁰ Tak § 64 písm. d) a § 68 odst. 1 MPSaP.

²¹ Viz např. *Rozehnalová, N. – Týč, V.*: Kolizní smluvní právo, výhrada veřejného pořádku a mezinárodně kogentní normy. Právník, ročník 2002, str. 639.

²² Tak viz *Siehr, K.*: Internationales Privatrecht. Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis. 1. vydání. Heidelberg: C. F. Müller, 2001. Str. 489; podrobněji viz např. *Schurig in Kegel, G. – Schurig, K.*: Internationales Privatrecht. 8. vydání. München: C. H. Beck, 2000. Str. 465 a násl.

²³ Úprava realizace právní pomoci je kvalitativně odlišná a ve srovnání s českou úpravou se jeví podrobnější, s kategorií veřejného pořádku však výslovně nepočítá; srov. k tomu § 110, § 199, § 363, § 364 a § 369 D-ZPO, obdobně viz i čl. 11 CH-IPRG.

²⁴ Viz podrobněji např. *Schack, H.*: Internationales Zivilverfahrensrecht. 3. vydání. München: C. H. Beck, 2002. Str. 8.

²⁵ *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 531 při výkladu rozdílu mezi hmotněprávním a procesním veřejným pořádkem používá přímo označení „kolizní veřejný pořádek“ (*verweisungsrechtlich*).

²⁶ *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 384, *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 466; *Pokorný, M.*: Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 1998. Str. 88.

²⁷ Viz i *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 489.

²⁸ Viz k tomu *Kropholler, J.*: Internationales Privatrecht. 4. vydání. Heidelberg: Mohr Siebeck, 2001. Str. 239 a násl.

- c) třetí odstavec pak zakazuje přezkoumávat cizí meritorní rozhodnutí z jiných důvodů, než které jsou uvedeny v předchozích dvou odstavcích.

Podstatné je, že švýcarská nauka hovoří o materiálním veřejném pořádku v případě, že se jedná o případy uvedené v čl. 27 odst. 1 CH-IPRG [výše sub a)] a o uznávacím veřejném pořádku tam, kde se jedná o případy podle čl. 27 odst. 2 CH-IPRG [výše sub b)].²⁹ Ve srovnání s přístupem k veřejnému pořádku, jenž je typický i pro českou nauku,³⁰ se jedná o pojetí netradiční. Úprava provedená v čl. 27 CH-IPRG odpovídá shora popsanému veřejnému pořádku uznávacímu. Uvedené zákonné ustanovení totiž zakládá pouze možnost přezkumu cizích rozhodnutí, přičemž první jeho část je věcná (hmotněprávní) a uplatňuje se *ex officio*, druhá slouží k přezkumu procesněprávnímu, iniciovanému na návrh. Velmi zajímavé rovněž je, že jednotlivé důvody procesněprávního přezkumu jsou ve švýcarské úpravě souhrnně podřazovány pod kategorii veřejného pořádku, přestože v jiných úpravách představují samostatné důvody odepření uznání cizího rozhodnutí vedle veřejného pořádku.³¹ Přestože je popsán švýcarský způsob ve srovnání s jinými poněkud „netradiční“,³² má svou nepopiratelnou logiku. Uvedené členění není založeno ani tak na tom, ve kterém okamžiku (procesním stadiu) je veřejný pořádek hodnocen, nýbrž na tom, co je předmětem veřejného pořádku.

2.2.2. Shrnutí

Z tezí předchozí podkapitoly vyplývá určitá nejednotnost, kterou je třeba s ohledem na jasné definování dílčích závěrů potřebných pro syntézu zásadnějších poznatků odstranit. Proto by bylo možno – s cílem akceptovat širší vyskytující se terminologie při současném zachování její významové souladnosti – rozlišit:

- a) podle předmětu přezkumu:
1. veřejný pořádek materiální (hmotněprávní), jenž chrání hodnoty spočívající ve hmotném právu, a
 2. veřejný pořádek procesní, který ztělesňuje hodnoty obsažené v procesním právu;³³
- b) podle stadia řízení, v němž je veřejný pořádek přezkoumáván (uplatňován),
1. veřejný pořádek kolizní, který se váže existenčně k fázi aplikace kolizní normy a jenž

slouží jako korektiv práva rozhodného, určeného na jejím základě; v rámci kolizního veřejného pořádku dochází k abstraktnímu přezkumu, tedy k přezkumu účinků práva,

2. veřejný pořádek uznávací, jenž je uplatňován ve fázi uznání a výkonu cizích rozhodnutí a slouží k ochraně tuzemských hodnot, jež by mohly být uznáním těchto rozhodnutí zasaženy; v rámci uznávacího veřejného pořádku dochází ke konkrétnímu přezkumu, tedy k přezkumu účinků individuálního právního aktu,
3. veřejný pořádek v oblasti mezinárodní právní pomoci, existující jako podmínka realizace jejího výkonu, upravovaná v různých právních rádech více či méně konkrétně; v jeho rámci si lze představit jako kontrolu abstraktní (obsah normy cizího práva, podle níž má být proveden dožadovaný úkon), tak konkrétní (posouzení obsahu dožadování, v němž je obsažena například pohrůžka).

Uvedené dvě kategorie mohou směle obstát vedle sebe, byť nelze vytvořit párové kategorie ve všech kombinacích (tak si lze například představit materiální uznávací veřejný pořádek, nicméně si nelze představit veřejný pořádek procesní kolizní).

2.3. VEŘEJNÝ POŘÁDEK TUZEMSKÝ, MEZINÁRODNÍ, EVROPSKÝ A ZAHRANIČNÍ

2.3.1. Obecně

Kritériem pro uvedené členění je, v jakém systému norem se nacházejí hodnoty, které jsou předmětem ochrany prostřednictvím veřejného pořádku, resp. tvoří veřejný pořádek. Hodnocení se provádí přirozeně z pohledu práva státu, na jehož území je konáno řízení, v němž je veřejný pořádek předmětem posouzení.

2.3.2. Veřejný pořádek tuzemský a zahraniční

Samo rozlišení těchto dvou kategorií se jeví velmi snadné, problémy nastávají až při samotném zacházení s nimi. Tuzemský veřejný pořádek vyplývá z hodnocení, jež se opírá o vnitrostátní právo, je tedy součástí *legis fori*.³⁴ Naproti tomu veřejný pořádek zahraniční (cizí) představuje hodnoty cizího právního řádu, ať už se jedná o právní řád, který je právem rozhodným na

²⁹ Tak *Patocchi – Geisinger* v díle cit. v pozn. 2, str. 198.

³⁰ Podrobněji viz *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 183 a násl.

³¹ Srov. odpírací důvody dle § 64 MPSaP.

³² Viz k tomu však např. *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 412, marg. č. 21.

³³ Viz k tomu např. *Rozehmalová – Týč* v díle cit. v pozn. 21, str. 639; *Kropholler, J.*: *Europäisches Zivilprozeßrecht*. 4. vydání. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1993. Str. 289 a násl., marg. č. 8 a násl.

³⁴ *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 489.

základě kolizního práva, nebo právní řád třetího státu. Hodnocení zahraničního veřejného pořádku je problematické hned z několika důvodů. Prvním z nich je především rozdílnost přístupu jednotlivých států k vymezení veřejného pořádku. Hodnoty, jež jsou předmětem ochrany v různých státech, se liší, jak bylo výše uvedeno. Odlišné zákonné vymezení obsahu veřejného pořádku je však problém vcelku snadno překonatelný ve srovnání s problémem, který nastane vzápětí, když má být z pohledu státu fóra posuzována právní kategorie stejně, jako ve státě, který ji definoval. Její „cizost“ je přirozenou překážkou zacházení s ní, neboť je velkým problémem, jak zajistit shodné aplikační zacházení jako ve státě, který by ji považoval za vlastní.³⁵ Pro tuzemského soudce je tak cizí veřejný pořádek fakticky jen těžko určitelný. Vedle toho bývá zdůrazňován fakt, že řízení v tuzemsku jako takové ovlivňuje zahraničí daleko méně, než tam probíhající řízení. A právě tento argument velmi racionálně zpochybňuje důvody, pro které by měl být vůbec zahraniční veřejný pořádek chráněn.³⁶

Pro pojmenování zde posuzované párové kategorie bývá někdy používáno výrazů veřejný pořádek vnitrostátní a zahraniční. Použití termínu „vnitrostátní“ však nevyjadřuje přesně podstatu rozdílu, která byla výše popsána (akcent místa fóra),³⁷ jeví se nicméně vhodnější tehdy, pokud má být tento druh veřejného pořádku odlišen od podstaty veřejného pořádku mezinárodního či evropského.

2.3.3. Mezinárodní veřejný pořádek

Na poli doktríny veřejného pořádku, jenž reflektuje mezinárodní či mezinárodněprávní aspekty, je vedena již více než po jedno století rozsáhlá diskuse, která vychází zejména z francouzské doktríny.³⁸ V zájmu snadnějšího pochopení materie se přirozeně objevují snahy o zjednodušené podání jejích výsledků,³⁹ to však může mít významný vliv na výsledky analýzy problému.

Pohled mezinárodního práva nabízí párovou kate-

gorii vnitrostátní (někdy též národní) a mezinárodní veřejný pořádek, přičemž – jak vyplývá ze závěrů předchozí podkapitoly – prvně jmenovaný spočívá na zásadách a představách spravedlnosti v rámci vnitrostátního práva.⁴⁰ Termínu mezinárodní veřejný pořádek je pak připisován význam „mezinárodněprávní“ veřejný pořádek s následujícími významovými nuancemi:

- a) mezinárodní veřejný pořádek je prostředkem ochrany před účinky cizího práva, jež se nachází v rozporu s mezinárodním právem;⁴¹
- b) mezinárodní veřejný pořádek (označovaný s použitím termínu *ordre public international*, užívaného ve francouzské nauce) sloužící pro označení takových norem *legis fori*, jež mají pomoci k prosazení hodnot, jež jsou v souladu se zájmy celého společenství národů.⁴² Takový přístup vyplývá ze syntézy kolizního práva a mezinárodněprávního *iuris cogentis*. Proto je podle něj chápán *ordre public international* jako veřejný pořádek mezinárodněprávní provenience, který obsahuje (1) základní normy mezinárodního práva veřejného, tzv. *general principles of international law*, typu *pacta sunt servanda* či *clausula rebus sic stantibus* a (2) hmotněprávní normy mezinárodního práva, jež mají povahu *ius cogens*, které však prakticky nemohou mít žádnou souvislost s kolizním právem⁴³ (viz k tomu podrobněji níže).

Jakkoliv je v uvedených přístupech skryta nemalá přesvědčovací hodnota, zdá se, že vedou spíše k tomu, že činí celý posuzovaný problém mnohem složitější.

Koncept *general principles of international law* [sub b) (1)] se pokouší o prosazení určitých principů do oblasti veřejného pořádku. Snaží se zřejmě o propojení něčeho, co je společným předmětem ochrany „klasického“ vnitrostátního práva, a práva mezinárodního. Společným znakem zde je, že autonomní mezinárodní právo mezi svými subjekty chrání to, co je před-

³⁵ K některým aspektům viz *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 474–475.

³⁶ Tuto kritiku viz podrobněji in *Jagmetti, M. A.*: Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter. 1. vydání. Zürich: Schulthess, 1961. Str. 236 a násl.

³⁷ Tato situace vyplývá z mnohovýznamového potenciálu překladu německého termínu *inländischer ordre public* či francouzského termínu *ordre public interne*, tato práce se kloní k překladu „tuzemský“. Lze se totiž domnívat, že termínu „vnitrostátní“ odpovídá ekvivalent *innerstaatlich*, byl se v podmínkách německé odborné terminologie mezinárodního práva soukromého jedná o termín nepoužívaný jednotně (vnitrostátní právo bývá označováno někdy jako *autonomes Recht*, jindy, méně často, jako *innerstaatliches Recht*).

³⁸ Podrobnější rozbor viz *Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 275 a násl.

³⁹ Tak viz např. *Siehr* v díle cit. v pozn. 22, str. 488.

⁴⁰ Viz k tomu i *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 9; *Neuhaus, P. H.*: Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts. 3. vydání. Zürich: Schulthess, 1972. Str. 372–373.

⁴¹ Tak např. *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 38 a násl.

⁴² Viz k tomu s odkazem na *Wenglera Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 276.

⁴³ Tak *Jaenicke, G.*: Zur Frage des internationalen ordre public. In: *Kaiser, J. H. – Münch, I. von (eds.)*: Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, ročník 1967, str. 80 a násl.; zde je rovněž obsažen pokus o jazykově významovou precizaci tohoto typu veřejného pořádku, pro jehož označení je použit (vytvořen) termín *völkerrechtlicher ordre public*, či ještě přesnější ekvivalent *ordre public de la communauté internationale*.

mětem státem „oktrojované“ ochrany, či spíše předmětem garance heteronomním právem vnitrostátním,⁴⁴ a to nejen v oblasti vlivu klasického práva římského. Chráněny jsou takto hodnoty, jež jsou považovány za zásady, na nichž je nutno bez výhrad trvat. Z tohoto pohledu se ale jeví nadbytečné chránit to, co již je předmětem ochrany vnitrostátního práva (prostřednictvím vnitrostátního veřejného pořádku), ještě jiným způsobem.

Spíš než o nové právně-technické konstrukci prosazení určitých hodnot je vhodné hovořit o tomto přístupu jako o prostředku k vytvoření jakéhosi standardního mezinárodního katalogu principů a zásad, jež by měly být předmětem ochrany prostřednictvím veřejného pořádku. Nabízí se tak na poli komparatistiky cesta, jak odstranit v kapitole I.1. zmíněné nedostatky, spojené s legálními definicemi veřejného pořádku. V této souvislosti se hovoří především v oblasti rozhodčího řízení – opět pod vlivem francouzských teoretiků⁴⁵ – o *ordre public transnational*, *ordre public vraiment international*, *truly international public policy* či *übernationaler ordre public*.⁴⁶ Takový veřejný pořádek má s co možná nejmenším společným jmenovatelem definovat základní právní principy a hodnoty „civilizovaných států“.

Zejména pokud jde o doktrinární přístup uvedený sub b) (2), zdráhá se mu jistě klasická civilistika přijít na chuť. Pokud jde například o imperativní normy (normy s povahou *ius cogens*),⁴⁷ lze dodat – ačkoliv *Jaenicke* sám vyjadřuje skepsi nad jejich praktickou souvislostí s kolizním právem –, že si lze poměrně těžko představit situaci, kdy by mohly být tyto normy předmětem regulace soukromoprávních vztahů, jsou-li za imperativní normy obecně považovány zákaz útočné války, pravidla chránící podstatné stránky fyzické existence a důstojnosti člověka (zákaz otroctví, zločinů proti lidskosti, mučení, rasové diskriminace, aparthe-

idu aj.), právo národů na sebeurčení, zákaz přivlastnění mezinárodních prostorů a zákaz rozsáhlého znečištění životního prostředí lidstva.⁴⁸ Subjektem těchto pravidel jsou státy (resp. obecně subjekty mezinárodního práva) a pouze ve vztahu k nim lze realizovat odpovědnost, a to pouze v rámci mezinárodního práva. Tento přístup se samozřejmě může jevit příliš zjednodušující s ohledem na marginální subjektivitu jednotlivce v mezinárodním právu.⁴⁹ Mezi imperativními normami byla zmíněna pravidla chránící podstatné stránky fyzické existence a důstojnosti člověka, jež mohou být zasažena i realizací soukromoprávních vztahů. Vzhledem k tomu, že tato práva bývají zakotvena rovněž jako subjektivní veřejná práva v podobě základních lidských práv a svobod, nabízí se odůvodnění jejich ochrany v rámci veřejného pořádku vhodnějším a zřejmě i snazším způsobem (podrobněji viz kapitolu 3.2.2. sub A).

Zajímavou myšlenku však představuje pojetí mezinárodního veřejného pořádku jako prostředku ochrany před účinky cizího práva, jež se nachází v rozporu s mezinárodním právem [výše sub a)]. Názor, že mezinárodní právo tvoří součást veřejného pořádku, byl vyslovován přinejmenším na sklonku 19. století⁵⁰ a ani v dobách pozdějších nebyl nikterak výjimečně zastáván.⁵¹ Norma mezinárodního práva, která v sobě nese hodnotu spolutvořící veřejný pořádek, je označována jako „*ordre-public relevantes Völkerrecht*“, nicméně nauka současně nabádá ke zvláštní opatrnosti zacházení s mezinárodním právem v souvislosti s veřejným pořádkem.⁵²

Již ze samotného vymezení tohoto přístupu je na první pohled zřejmý odklon od v dnešní době běžného chápání veřejného pořádku jako prostředku ochrany hodnot, jež se nacházejí ve vnitrostátním právu. Pro důvodnost a samostatnost takového přístupu tak svědčí fakt, že mezinárodní právo může chránit hodno-

⁴⁴ K termínům heteronomní a autonomní systém práva viz *Knapp, V.*: O právu kogentním a dispozitivním (a také o právu heteronomním a autonomním). Právník, ročník 1995, str. 6–7.

⁴⁵ *Jalivie, P.*: Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration. In: *Sanders, P. (ed.)*: International Council for Commercial Arbitration congress series. No. 3. „Comparative arbitration practice and public policy in arbitration“. VIIIth International Arbitration Congress New York, 6–9 May 1986. Deventer: 1987. Str. 257 a násl.

⁴⁶ Podrobnější výčet autorů rozvíjejících tento přístup viz u *Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 276–277 (mj. *Vischer* a *Heini*).

⁴⁷ Srov. k tomu čl. 53 VÚSP: *Každá smlouva, která v době svého uzavření je v rozporu s imperativní normou obecného mezinárodního práva, je nulitní. Pro účely této úmluvy je imperativní normou obecného mezinárodního práva norma přijatá a uznaná mezinárodním společenstvím států jako celkem za normu, od níž není dovoleno se odchýlit a která může být změněna pouze novou normou obecného mezinárodního práva stejné povahy.*

⁴⁸ *Malenovský, J.*: Mezinárodní právo veřejné, jeho obecná část a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště k právu českému. 4. vydání. Brno: Doplněk a Masarykova univerzita, 2004. Str. 203–204.

⁴⁹ Viz k tomu *Seidl-Hohenveldern, I.*: Mezinárodní právo veřejné. 1. vydání, reedice. Praha: ASPI Publishing, 2001. Str. 129, marg. č. 618–621 a str. 171 a násl., marg. č. 927 a násl.

⁵⁰ Viz k tomu *Zitelmann, E.*: Internationales Privatrecht. Band 1. 1. vydání. Leipzig, 1897. Str. 202 a násl.

⁵¹ Tak viz *Raape, L. – Sturm, F.*: Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehre. 6. vydání. München: Vahlen, 1977. Str. 201 a tam uvedené odkazy na díla řady příslušníků nauky mezinárodního práva soukromého; patří mezi ně *Leresbours – Pigeonnière, Rolin, Goldman, Moser*, mezi umírněné zastánce této teorie patří *Jaenicke*, jenž dovozoval, že lze výhradu veřejného pořádku pro zásah do mezinárodního práva vznést tehdy, postihuje-li *ius cogens*.

⁵² Viz k tomu *Seidl-Hohenveldern, I.*: Internationales Enteignungsrecht. In: *Lüderitz, A. – Schröder, J. (eds.)*: Festschrift für Kegel. Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? 1. vydání. Frankfurt am Main: Metzner. Str. 278.

ty, jež vnitrostátním právem chráněny nejsou a jevílo by se nespravedlivé – přinejmenším z pohledu mezinárodněprávní odpovědnosti –, kdyby národní stát neměl prostředek odmítnutí účinků aplikace cizího práva, jež by se nacházely v rozporu s takovým mezinárodněprávním závazkem. V této souvislosti je třeba poznamenat, že existuje z pohledu monisticky nalažené internacionalistiky plně akceptovatelný závěr, podle něž bez ohledu na obsah právní úpravy recepce mezinárodního práva sám fakt, že stát má určitý mezinárodněprávní závazek, odůvodňuje nutnost vyloučit aplikaci normy cizího práva, která je s takovým závazkem v rozporu.⁵³ Přijetí takového názoru nemusí být jednoznačné a obecné, nicméně nynější legislativní situace v České republice jej spíše potvrzuje. Ústavní úprava recepce mezinárodního práva v České republice po novele, provedené ústavním zákonem č. 395/2001 Sb., přispěla k posílení monistického pojetí poměru mezinárodního a vnitrostátního práva.⁵⁴ Díky ní lze dnes poměrně s lehkostí říci, že vnitrostátní právo vykazuje dostatečně „přátelský“ vztah k mezinárodněprávním závazkům České republiky. Proto je možné tvrdit, že za situace, kdy by účinky aplikace cizího práva měly takový závazek popírat, lze považovat ochranu mezinárodněprávních závazků, jimiž je Česká republika vázána, za předmět jejího veřejného pořádku, pokud má posuzovaný právní poměr k tuzemsku dostatečně úzký vztah.⁵⁵ Modernější nauka německá – byť dnes zřejmě již zčásti překonaná – opírá závěr o tom, že mezinárodní právo tvoří součást veřejného pořádku, o ustanovení čl. 25 Základního zákona (dále jen „GG“),⁵⁶ jež formulačně nade vši pochybnost říká, že mezinárodní právo je považováno za součást spolkového práva, má před ním přednost a přímo zakládá práva a povinnosti obyvatelů území Spolku.^{57, 58}

Ani myšlenka mezinárodního veřejného pořádku jako prostředku ochrany mezinárodních (mezinárodněprávních) standardů nezůstává bez zajímavosti, byť v chápání poněkud odlišeném od výše popsané doktríny *general principles of international law*. Zejména v rámci snah o unifikaci práva byla vytvořena celá řada zásad,⁵⁹ které mohou přispět ke konkretizaci obsahu veřejného pořádku a stanovení jeho mezí při posuzování, zda zásah, vyvolaný potenciálními účinky aplikace cizího práva, je natolik intenzivní, aby přesáhl meze tolerance odlišnosti různých právních řádů a právních systémů.⁶⁰ Povahu určité normy mezinárodního práva si často bezprostředně nevynucuje svou aplikaci (jedná se například o *non-self-executing* ustanovení, nebo o normu partikulárního mezinárodního práva, kterou nelze prosadit vůči určitému státu apod.), nýbrž je pouze vodítkem, pomocným kritériem, jež může přispět k přesvědčivosti důvodů vydaného rozhodnutí.⁶¹ Potom se jeví daleko snazší odmítnout ustanovení cizího práva pro rozpor veřejným pořádkem za situace, kdy například Evropský soud pro lidská práva ve své judikatuře dříve zaujal stanovisko, že určité ustanovení právního řádu členského státu Rady Evropy je v rozporu se závazkem, jenž pro něj vyplývá z Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „EÚLP“).⁶²

2.3.4. Evropský veřejný pořádek

Doktrína evropského veřejného pořádku patří k jedněm z nejostřeji a nejkontroverzněji diskutovaných oblastí dogmatiky veřejného pořádku. Přestože se jedná o materii v podmínkách nauky nikterak novou,⁶³ nelze rozhodně říci, že by plynoucí čas přispíval k tříbení názorů a vedl ke sjednocování postojů jed-

⁵³ Viz k tomu *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 129 a tam popsaná doktrína veřejného pořádku vztahujícímu se k mezinárodnímu právu (*völkerrechtsbezogener ordre public*), viz i *Bleckmann*, A.: Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, ročník 1974, str. 130.

⁵⁴ Srov. čl. 1 odst. 2, čl. 10, čl. 49 a čl. 95 odst. 1 Ústavy; podrobněji k tomu např. *Malenovský* v díle cit. v pozn. 48, str. 420 a násl.

⁵⁵ Viz k tomu např. *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 243 a literaturu tam uvedenou.

⁵⁶ Čl. 25 GG: *Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.*

⁵⁷ Tak *Heiz*, v díle cit. v pozn. 5, str. 209; *Neumayer*, K. H.: Zur positiven Funktion der kollisionsrechtlichen Vorbehaltsklausel. In: *Caemmerer*, E. von – *Nikisch*, A. – *Zweigert*, K. (eds.): Festschrift für Dölle. Vom deutschen zum europäischen Recht. Band 2. Tübingen: Mohr Siebeck, 1963. Str. 203; *Seidl-Hohenveldern*, I.: Die Verstaatlichung von Kupferbergbaubetrieben in Chile. Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (později RIW), ročník 1974, str. 427.

⁵⁸ Kategoričtější postoje při chápání veřejného pořádku jako prostředku ochrany hodnot chráněných mezinárodním právem (lidská práva) viz *Stöcker*, H. A.: Internationaler ordre public zum Schutz der Menschenrechte. Standesamt, ročník 1981, str. 16 a násl.

⁵⁹ Např. zásada mezinárodní adopce nezletilců pouze bezdětným rodičům, nebo standardy ochrany práv dětí podle Úmluvy o právech dítěte, jež nemají povahu přímo aplikovatelných ustanovení.

⁶⁰ K hodnotě mezinárodních standardů jako prostředků konkretizace veřejného pořádku viz např. *Jayme*, E.: Methoden der Konkretisierung des ordre public im Internationalen Privatrecht. 1. vydání. Heidelberg: C. F. Müller, 1988. Str. 45, 49 a násl. a 65.

⁶¹ Tak viz i *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 244.

⁶² Příkladem je situace, kdy Evropský soud pro lidská práva konstatoval porušení čl. 12 EÚLP, když čl. 150 švýcarského ZGB umožňoval rozvodovému soudu uložit v souvislosti s rozvodem manželství časově omezený zákaz uzavření dalšího sňatku; podrobněji viz *Jayme* v díle cit. v pozn. 60, str. 51–52.

⁶³ Srov. např. *Brunn*, J. von: Der europäische ordre public. Neue Juristische Wochenschrift, ročník 1962, str. 985 a násl. (1962), či *Reichelt*, G.: „Europäischer“ ordre public im autonomen Kollisionsrecht. Zeitschrift für Rechtsvergleichung, ročník 1975, str. 217 a násl., zejm. str. 225.

notlivých teoretiků. Nesporným snad zůstává jediné názor, že evropský veřejný pořádek ztělesňuje standardy, jež jsou existenčně spjaty s komunitárním právem, což je jistě s ohledem na sám slovní význam termínu a jeho systémové zařazení závěr nikterak objevný.

Jako jedna z alternativ výčtu hodnot, jež tvoří evropský veřejný pořádek, jsou uváděny:⁶⁴

- a) základní svobody jednotného vnitřního trhu ES, tj. volný pohyb zboží, osob, služeb a kapitálu,⁶⁵
- b) všechna ustanovení SES, jež se týkají diskriminace založené na národnosti nebo pohlaví,
- c) zákazy dohod narušujících soutěž ve smyslu čl. 81 a 82 SES,
- d) náhrady obchodního zástupce ve smyslu čl. 19 směrnice č. 86/656/EHS.

I přesto, že je tento výčet hodnocen někdy jako široký,⁶⁶ je z něj patrné, že zahrnuje [s výjimkou sub d)] nezákladnější hodnoty a zásady, na nichž jsou založeny cíle a poslání ES.

Existuje však také pojetí mnohem širší, jež požaduje do evropského veřejného pořádku zahrnout také hodnoty chráněné EÚLP,⁶⁷ což rozšiřuje evropský veřejný pořádek nad rámec komunitárního, resp. unijního do oblasti evropského práva⁶⁸ a dává mu tak celoevropský rozměr.⁶⁹ Další přístup chápe evropský veřejný pořádek jako fenomén, jenž vychází z výsledků srovnávací právní vědy a je zpřesněním tuzemského (vnitrostátního) veřejného pořádku hodnotami společnými pro jednotlivé evropské právní řády, hovoří se tak o *eu-ropean common core-ordre public*.⁷⁰ Posléze uvedené teorie však vytvářejí kategorii, která postrádá smysluplnost. Zahrnutí EÚLP do zdrojů hodnot chráněných veřejným pořádkem totiž zakládá kolizi s hodnotami, které jsou chráněné buď v rámci vnitrostátního, nebo mezinárodního veřejného pořádku, případně v obou. Rozšíření na společné principy právních řádů evropských států volí již tak velkou míru abstrakce, že vytváří evropský veřejný pořádek na minimálním společném jmenovateli; jestliže jsou určité hodnoty chráněny všemi právními řády, není třeba definovat vedle toho ještě novou kategorii. Z tohoto pohledu se proto jeví nejhodnější chápat evropský veřejný pořádek

pouze ve vztahu k EU, poněvadž ta je schopna poskytnout alespoň zčásti novou kategorii, jež nenachází odraz v kategoriích již definovaných.

Jiný, užší pohled vnímá evropský veřejný pořádek jako ochranu minimálních standardů ve specifických oblastech soukromého práva (např. ochrana spotřebitele, pracovní právo).⁷¹ Takový veřejný pořádek je vyjádřen ve směrnících v podobě tzv. klausulí ve vztahu ke třetím státům, které stanoví minimum hmotněprávní ochrany ve vztahu k nečlenským státům EU a uplatní se tehdy, pokud má právní poměr dostatečně úzký vztah k jednomu nebo více členským státům EU, a to jen za situace, kdy existuje zmíněná klausule vztahu ke třetím státům.⁷²

S ohledem na uvedené přístupy se jeví nejhodnější nevyslovovat striktní soud o obsahu evropského veřejného pořádku a absolutizovat jej hledáním okruhu norem, v nichž se může ukrývat. Daleko flexibilnější je vyslovení obecného názoru, že evropský veřejný pořádek tvoří zásady evropského práva, na nichž je nutno bez výhrad trvat a tyto jsou definovatelné *in concreto* závislosti na splnění předpokladů veřejného pořádku (dále viz kapitola 3.2.). Lze jistě podotknout, že použití obratu „hodnoty, na kterých je nutno bez výhrad trvat“ relativizuje polemiku nad tím, zda mají být tyto hodnoty abstrahovány jen z obsahu zakládacích smluv, nebo i z předpisů sekundárního práva. Takové obecné pojmenování chráněných hodnot totiž předpokládá, že jejich obsah existenciálně spjat se samotnou podstatou ES a – což je daleko podstatnější – pokud má být chráněná hodnota abstrahována ze sekundárního práva, lze ji účelově spojit s obsahem primárního práva (přesněji s právní otázkou upravenou primárním právem), k jehož naplnění je sekundární předpis vydáván. Z hlediska praktického je navíc relativnost této analýzy umocňována faktem, že mezi evropský a tuzemský (vnitrostátní) veřejný pořádek lze ve velké části případů postavit rovnítko.⁷³

Rovněž bývá řešen problém, zda lze v rámci veřejného pořádku chránit standardy soukromoprávní ochrany, jež ukládá harmonizovat směrnice, ve vztahu ke členským státům EU. Lze souhlasit s názorem, že právo, které neprovedlo doposud směrnici, nelze v jiném členském státě odmítnout aplikovat z důvodu rozporu s veřejným pořádkem, jenž by byl opřen výlučně

⁶⁴ Tak srov. i výčet in Rozehnalová, N. – Týč, V.: Evropský justiční prostor ve věcech civilních. 1. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2003. Str. 129 (s odkazem na Schlossera).

⁶⁵ K nim podrobněji viz Týč, V.: Základy práva EU pro ekonomy. 3. vydání. Praha: Linde, 2001. Str. 131.

⁶⁶ Op. cit. v pozn. 64.

⁶⁷ Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 430, marg. č. 67.

⁶⁸ K tomu viz Týč in Týč, V. – Křepelka, F. – Munková, J. – Pikna, B. – Rozehnalová, N. – Tomášek, M.: Lexikon – Právo Evropské unie. 1. vydání. Ostrava: Sagit, 2004. Str. 64–65.

⁶⁹ Srov. čl. 2 SES.

⁷⁰ Podrobněji viz Jaenicke v díle cit. v pozn. 43, str. 125–126.

⁷¹ Siehr v díle cit. v pozn. 22, str. 488.

⁷² Ibidem.

⁷³ Sonnenberger, ibidem.

o obsah této směrnice. Veřejný pořádek totiž není prostředkem unifikace či harmonizace práva,⁷⁴ v úvahu však přichází negativní následek porušení povinnosti provést směrnici v podobě jejího nepřímého účinku.⁷⁵ V tomto smyslu je třeba zdůraznit, že existence EU nezakládá obecnou paralelitu právní politiky jednotlivých členských států a již z této samotné premisy nelze dovozovat obecně zvláštní postavení právních řádů členských států.⁷⁶ Přesto však byly definovány určité závěry, které pracují s uvedenými tezemi a které reflektují nepopiratelné zvláštnosti dané členstvím v EU:⁷⁷

- a) Jestliže bylo právo členského státu EU vyloučeno z důvodu přednosti komunitárního práva, není důvod brojit proti němu za pomoci veřejného pořádku.
- b) Výsledek aplikace cizího práva lze v zásadě hodnotit tuzemským veřejným pořádkem; přitom je třeba dbát na to, že evropské právo pro účely zjišťování obsahu veřejného pořádku tvoří součást tuzemského práva a tudíž je schopno jej modifikovat.
- c) Výhrada veřejného pořádku není možná proti právu členského státu EU, jež bylo harmonizováno v souladu se směrnicí. Nedošlo-li však k harmonizaci, podléhá hodnocení účinků použití práva členského státu hodnocení vnitrostátním veřejným pořádkem⁷⁸ za předpokladu, že posuzující stát sám harmonizoval v souladu se směrnicí.

Ze závěru uvedeného výše sub b) vyplývá, že veřejný pořádek, jenž spočívá na „evropských hodnotách“ má účinek *erga omnes*, že tedy působí i ve vztahu k nečlenským státům EU. Je však třeba zdůraznit, že použití evropského veřejného pořádku nesmí vykazovat prvky libovůle, nesmí se tedy stát prostředkem zneužití ve vztahu k nečlenským státům. Stále je to veřejný pořádek, jenž musí vykazovat prvky intenzity ve všech složkách, jak o nich bude hovořeno.

2.3.5. Důležitý závěr

Uspořádání poznatků v této podkapitole mělo vést k upozornění na podstatnou okolnost stavu teorie v oblasti veřejného pořádku. Při rozboru zde popisovaných kategorií se nauka zpronevěřuje zažitým metodologickým postulátům korektní vědecké práce, neboť v rámci své analýzy se často nedrží vymezeného kri-

téria členění veřejného pořádku na tuzemský, mezinárodní, evropský a cizí, jak bylo zmíněno i v úvodu této kapitoly (2.3.1.). Znovu je třeba zdůraznit, že rozdílnost těchto kategorií je založena na kritériu původu hodnoty, která je předmětem veřejného pořádku, a to z pohledu *legis fori*. Tuzemský veřejný pořádek proto ztělesňuje hodnoty reprezentované tuzemským právem, mezinárodní veřejný pořádek hodnoty ztělesněné mezinárodním právem, zahraniční veřejný pořádek hodnoty obsažené v cizím právu atd. Toto kritérium je velmi často zaměňováno s způsobem prosazení těchto hodnot, tedy s právně-technickou konstrukcí realizace veřejného pořádku. Zřejmě z tohoto důvodu vznikají na první pohled neslučitelné přístupy zejména v chápání mezinárodního či evropského pořádku. Tak lze například souhlasit se *Sonnenbergerem*, že „pravý mezinárodní veřejný pořádek“ nemá nic společného s mezinárodním právem soukromým,⁷⁹ je věcí mezinárodního práva a jeho prosazení je věcí jeho subjektů.

Z hlediska způsobu prosazení veřejného pořádku je vhodnější členit veřejný pořádek pouze do dvou kategorií, a to na (1) veřejný pořádek:

- a) tuzemský,
- b) zahraniční (cizí).

V každém z nich by pak bylo lze rozlišovat (2) podle obsahu veřejný pořádek:

- a) vnitrostátní,
- b) mezinárodní, případně
- c) evropský.

Logika tohoto zdánlivě složitějšího členění spočívá v tom, že první z nich je členěn podle formy, která upravuje zacházení s veřejným pořádkem. Z tohoto pohledu lze u současné české právní úpravy konstatovat, že možnost prosazení či zohlednění tuzemského veřejného pořádku reguluje zejména ustanovení § 36 MPSaP, jež umožňuje vznést výhradu veřejného pořádku, a dále že zákon (a zásadněji ani teorie) možnost prosazení či zohlednění zahraničního veřejného pořádku neupravuje. Tato párová kategorie respektuje již zmíněný tradiční přístup k veřejnému pořádku jako k prostředku ochrany tuzemských hodnot, kterou si stát vynucuje na svém území z pozice teritoriálního suveréna, současně však přihlíží k tomu, že vývoj doktrinárních postojů k cizímu právu vede k situacím, kdy je třeba zohlednit i hodnoty, jež tvoří veřejný pořádek očima cizího právního řádu.

⁷⁴ Ibidem, str. 489.

⁷⁵ Podrobnosti podmínek nepřímého účinku směrnic viz Král in Tichý, L. – Arnold, R. – Svoboda, P. – Zemánek, J. – Král, R.: Evropské právo. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2004. Marg. č. 443 a násl.

⁷⁶ Tak viz Spickhoff, A.: Der ordre public im internationalen Privatrecht. Entwicklung – Struktur – Konkretisierung. I. vydání. Frankfurt am Main: Metzner, 1989. Str. 90.

⁷⁷ Tak *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 434, marg. č. 78.

⁷⁸ Význam tohoto termínu ve smyslu uvedeném v kapitole 2.3.5.

⁷⁹ *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 412, marg. č. 19.

Následující dílčí způsob členění veřejného pořádku staví na tom, že – z hlediska právně-technického – je vnitrostátní, mezinárodní a evropský veřejný pořádek pro určitý stát vždy pořádkem tuzemským. Ať už je obsažena veřejným pořádkem chráněná hodnota ve kterémkoliv z uvedeným systémů, je z hlediska tuzemského státu hodnotou vlastní a právě tento stát je oprávněn a současně povinen k její ochraně. Národní veřejný pořádek je „pouze“ obohacen mezinárodními či evropskými prvky,⁸⁰ v německé literatuře se rovněž lze setkat s označením, že se jedná o „německý veřejný pořádek mezinárodněprávního ražení“.⁸¹ Na základě stejného či obdobného mechanismu recepce⁸² jsou hodnoty představované mezinárodním a evropským (komunitárním) právem hodnotami tuzemskými. Jestliže tedy existuje hodnota, která je předmětem ochrany mezinárodním právem (např. lidské právo), pak lze jistě tvrdit, že proklamace respektování takového mezinárodněprávního závazku podle čl. 1 odst. 2 Ústavy je hodnotou, na které je nutno bez výhrad trvat a prostředkem ochrany je pak, za podmínek stanovených § 36 MPSaP, výhrada veřejného pořádku. Shodný mechanismus je tak uplatnitelný i v případě práva komunitárního, neboť to tvoří – jak poprvé konstatoval Soudní dvůr ve věci *Van Gend en Loos* – nový právní řád v rámci mezinárodního práva.⁸³

Pokud je předmětem posuzování veřejného pořádku hodnota, jež je abstrahována z mezinárodního či evropského práva, nemělo by dojít k žádné obsahové kolizi s právem vnitrostátním, neboť přednost hodnoty chráněné evropským či mezinárodním právem před hodnotou chráněnou právem vnitrostátním je odvoditelná za pomoci vžitých právních postulátů, tj. principu (aplikační) přednosti mezinárodních smluv (mezinárodního práva)⁸⁴ a principu primátu práva ES.⁸⁵

Ačkoliv z hlediska praktického lze takovou situaci očekávat jen stěží, je třeba také vyřešit případ, kdy by docházelo k eventuální kolizi mezi hodnotou chráněnou mezinárodním a evropským veřejným pořádkem. Ačkoliv existují i postoje, jež se zabývají vzájemným vztahem vnitrostátního, komunitárního a mezinárod-

ního práva, v otázce kolize dvou posledně jmenovaných mlčí.⁸⁶ Pokud je možné vyjít z premis, vyplývajících se shora uvedeného, a dále akceptovat názor, že:

- a) evropský veřejný pořádek má vždy vztah existenční podmíněnosti⁸⁷ k obsahu primárního práva a
- b) primární právo má povahu mezinárodních smluv, tj. partikulárního mezinárodního práva, pak lze řešit kolizi mezi obsahem evropského a mezinárodního veřejného pořádku stejně jako kolizi mezi dvěma prameny mezinárodního práva, tj. – zjednodušeně řečeno – za pomoci argumentů právní logiky, neboť zde dochází ke kolizi hodnot náležejících do stejného systému práva (autonomního).

2.3.6. Poznámka ke zohlednění zahraničního veřejného pořádku

A. Přímé zohlednění

Zahranicní veřejný pořádek je podle většinového názoru v zásadě nezohlednitelný.⁸⁸

Obecně zmiňovanými výjimkami přípustnosti použití cizího veřejného pořádku jsou situace, kdy se má v souladu s (kolizním) právem *legis fori* použít cizího kolizního práva;⁸⁹ jedná se konkrétně o případy:

- a) zpětného a dalšího odkazu,
- b) nesamostatného navázání předběžné otázky.⁹⁰

V uvedených případech má dojít v souladu se zákonem *legis fori* k použití cizí kolizní normy, jež vede k určení dalšího právního řádu. Podmínkou použití právního řádu, na nějž odkazuje kolizní norma druhého státu, je posouzení této možnosti z pohledu veřejného pořádku a následná možnost vyloučení práva, na nějž kolizní norma druhého státu odkazuje, prostřednictvím výhrady veřejného pořádku.

⁸⁰ K tomu viz *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 245, *Schütz*, v díle cit. v pozn. 4, str. 9 a násl., podrobnosti z hlediska judičiální praxe viz *Völker*, v díle cit. v pozn. 17, str. 254 a násl.

⁸¹ *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 71.

⁸² V podmínkách českého práva viz čl. 1 odst. 2, čl. 10 a 10a Ústavy.

⁸³ Podrobněji viz *Týč* v díle cit. v pozn. 65, str. 100 a násl.

⁸⁴ K tomu *Týč* in *Rozehnalová, N. – Týč, V – Záleský, R.*: Vybrané problémy mezinárodního práva soukromého v judičiální praxi, 2. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 1998. Str. 26 a násl.; *Malenoušský* v díle cit. v pozn. 48, str. 420 a násl.

⁸⁵ Op. cit. pozn. 83.

⁸⁶ Tak např. *Malenoušský* v díle cit. v pozn. 48, str. 405 a násl.

⁸⁷ K tomu viz *Týč* v díle cit. v pozn. 68, str. 186.

⁸⁸ *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 73 a autoři tam uvedení; minoritní liberálnější stanovisko, jež prosazuje použití vedle tuzemského veřejného pořádku cizí veřejný pořádek tohoto státu, s nímž právní vztah vykazuje dostatečně úzké spojení, viz *Brüning, S.*: Die Beachtlichkeit des fremden ordre public. 1. vydání. Berlin: Duncker & Humblot, 1997. Str. 283 a násl., argumentaci pro absolutní nezohlednitelnost cizího veřejného pořádku patří např. *Müller, K.*: Deutsches Scheidungsurteil als prozessuale Vorfrage und fremder ordre public. *Rabels Zeitschrift*, ročník 1972, str. 60 a násl.

⁸⁹ Tak *Spickhoff* v díle cit. v pozn. 76, str. 93 a násl.

⁹⁰ Tak např. *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 187, *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 474–475.

Ve vztahu k tomuto výsledku však z pohledu *legis fori* existují dva korektivy:

a) výsledek popsaného postupu podléhá přezkumu veřejným pořádkem *legis fori*;⁹¹ tento závěr je logický, poněvadž „finálně“ určené právo rozhodné je z hlediska souladu s tuzemských veřejným pořádkem posouditelné bez dalšího a fakt, že k němu vedla cesta skrze transmissi, resp. že jde o nesamostatně navazovanou otázku, je bez relevance.

Případy tohoto typu byly řešeny před německými soudy. Tak například došlo k vyloučení alžírského práva a následně k použití německých předpisů o legitimaci dítěte s odvoláním na německý veřejný pořádek poté, co alžírské právo, respektující vlastní veřejný pořádek, odmítlo použít německé právo na základě vlastního zpětného odkazu.⁹²

b) pokud vede použití cizí kolizní normy k vlastnímu právnímu řádu, nelze cizí veřejný pořádek zohlednit⁹³ – rovněž s tímto názorem není třeba polemizovat, neboť na území vlastního státu nelze měřit vlastní veřejný pořádek veřejným pořádkem cizího státu.

B. Nepřímé zohlednění

Přístup k zahraničnímu veřejnému pořádku uvedený sub A. lze označit za bezprostřední zohlednění. Vedle něj se pak vyskytují případy tzv. nepřímého zo-

hlednění cizího veřejného pořádku. Jedná se o situace, kdy zahraniční *lex causae* zasahuje do veřejného pořádku třetího státu a současně tím dochází k zásahu tuzemského veřejného pořádku. Jedná se právě o typové případy, kdy judičiální praxe konstatovala rozpor s veřejným pořádkem způsobený zásahem do dobrých mravů (například pašerácké obchody, obcházání zahraničního embarga, obchod se ženami, brání rukojmí, bombové útoky, zcizování kulturních hodnot apod.).⁹⁴

2.4. VEŘEJNÝ POŘÁDEK OBECNÝ A ZVLÁŠTNÍ

Členění, s nímž se nelze v české doktríně setkat, které je však velmi přínosné z hlediska metodologického, je členění veřejného pořádku na obecný a zvláštní. Obecný veřejný pořádek vyplývá z úpravy v obecné normě, v níž je v tom kterém právním řádu upraven. Jedná se o generální klausuli,⁹⁵ základní vymezení toho, co stát za veřejný pořádek považuje, a stanovení podmínek, za kterých přichází v úvahu jeho aplikace.

Vedle toho nauka definuje ještě zvláštní veřejný pořádek,⁹⁶ zakotvený ve vylučujících kolizních normách.⁹⁷ Příkladem těchto ustanovení jsou čl. 13 odst. 2 EGBGB⁹⁸, druhá věta čl. 17 odst. 3,⁹⁹ či druhá věta čl. 23 EGBGB.^{100,101} Takto definovaný veřejný pořádek je obsažen v normách, které česká nauka označuje jako rozšiřující či vylučující,¹⁰² v podmínkách brněnské právnické fakulty je používán rovněž termín materializovaná kolizní norma (srov. ustanovení § 22

⁹¹ Spickhoff v díle cit. v pozn. 76, str. 93–94.

⁹² Tak Oberlandesgericht Karlsruhe a Landesgericht Hannover; převzato od Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 73.

⁹³ Tak Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 432, marg. č. 73.

⁹⁴ Podrobněji Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 433, marg. č. 76.

⁹⁵ Voltz, str. 14 a 15.

⁹⁶ Siehr v díle cit. v pozn. 22, str. 486, Voltz, str. 16.

⁹⁷ Podrobněji Bar, Ch. von: Exklusivnormen und Ausländer unter deutschen Personalstatut. Internationales Privatrecht in Praxis, ročník 1985, str 272 a násl.

⁹⁸ Čl. 13 odst. 2 EGBGB: *Fehlt danach eine Voraussetzung, so ist insoweit deutsches Recht anzuwenden, wenn:*

1. ein Verlobter seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder Deutscher ist,

2. die Verlobten die zumutbaren Schritte zur Erfüllung der Voraussetzung unternommen haben und

3. es mit der Eheschließungsfreiheit unvereinbar ist, die Eheschließung zu versagen; insbesondere steht die frühere Ehe eines Verlobten nicht entgegen, wenn ihr Bestand durch eine hier erlassene oder anerkannte Entscheidung beseitigt oder der Ehegatte des Verlobten für tot erklärt ist.

⁹⁹ Druhá věta čl. 17 odst. 3 EGBGB: *Kann ein Versorgungsausgleich danach nicht stattfinden, so ist er auf Antrag eines Ehegatten nach deutschem Recht durchzuführen,*

1. wenn der andere Ehegatte in der Ehezeit eine inländische Versorgungsanwartschaft erworben hat oder

2. wenn die allgemeinen Wirkungen der Ehe während eines Teils der Ehezeit einem Recht unterlagen, das den Versorgungsausgleich kennt,

soweit seine Durchführung im Hinblick auf die beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse auch während der nicht im Inland verbrachten Zeit der Billigkeit nicht widerspricht.

¹⁰⁰ Druhá věta čl. 23 EGBGB: *Soweit es zum Wohl des Kindes erforderlich ist, ist statt dessen das deutsche Recht anzuwenden.*

¹⁰¹ Podrobnější rozbor aplikace ustanovení čl. 17 odst. 1 EGBGB viz in Jayme, E.: Scheidung gemischtnationaler Ehen nach deutschem Recht und Auslegung des Art. 17 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Internationales Privatrecht in Praxis, ročník 1987, str. 167 a 168; ke stejnému problému obsáhleji také Lüderitz, str. 74 a násl., zajímavou prací z hlediska procesního v oblasti rodinného práva (řešení cizího veřejného pořádku jako předběžné otázky) viz Müller, str. 60 a násl., kritický rozbor ústavně zaručeného práva uzavřít sňatek s ohledem na veřejný pořádek viz Siehr, K.: Grundrecht der Eheschließungsfreiheit und Internationales Privatrecht. Rabels Zeitschrift, ročník 1972, str. 93 a násl.

¹⁰² Kučera v díle cit. v pozn. 3, str. 106–107.

odst. 2¹⁰³ či § 23 odst. 2 MPSaP¹⁰⁴). Existují však ná- zory, které materializované kolizní normy od veřejného pořádku oddělují.¹⁰⁵

Od účinků veřejného pořádku je třeba odlišit účinky subsidiárních kolizních norem, které rovněž stanoví možnost použít jiný právní řád v rozporu se základním kolizním kritériem. Smyslem zde je, aby došlo k zachování jinak ohrožené existence nároku či platnosti právního úkonu,¹⁰⁶ jde tedy o jakousi korekci navázání, nikoliv o materiálněprávní výsledek.¹⁰⁷

V normě, ve které je zvláštní veřejný pořádek upraven, je ze zákona definován nutný vztah posuzovaného právního poměru k tuzemsku, jenž zakládá rozpor s veřejným pořádkem, resp. nutnost vznést výhradu veřejného pořádku a na místo jinak použitelného cizího práva rozhodného použít právní řád tuzemský.¹⁰⁸ Tím přispívá pro daný typový případ zvláštní výhrada veřejného pořádku ke konkretizaci generální klausele.¹⁰⁹

Zakotvení zvláštního veřejného pořádku přitom nevylučuje možnost využít obecnou výhradu veřejného pořádku.¹¹⁰ To je ostatně logické, neboť se jedná o vztah generality a speciality a ze samotného jazykového srovnání obecné klausele s kterýmkoliv ustanovením o zvláštním veřejném pořádku vyplývá, že speciální veřejný pořádek pokrývá pouze určité typové aplikační okolnosti, s nimž zákon výslovně rozpor s veřejným pořádkem spojuje, čímž nevylučuje, že mohou nastat i jiné okolnosti podřaditelné pod generální klausele.

Při zakotvení zvláštního veřejného pořádku počítá zákonodárce dopředu s tím, že nastanou situace konfliktu mezi potenciálním výsledkem aplikace cizího a vlastního práva a snaží se je také dopředu typizovat. Vychází přitom z představy, že tuzemské právo může být výhodnější a garantuje určitý minimální standard tím, že zakotví podmínky, které jsou schopny prosadit vlastní právní řád na úkor právního řádu, na nějž jinak navazuje základní kolizní řešení. V rovině aplikační to má tu výhodu, že subjekt aplikace práva nemusí odůvodňovat naplnění poměrně abstraktních kritérií veřejného pořádku, neboť ta právní úprava presumuje a stačí zjistit, zda byla naplněna zákonem konkrét-

ně stanovená skutková kritéria pro aplikaci vylučující normy.

2.5. VEŘEJNÝ POŘÁDEK POZITIVNÍ A NEGATIVNÍ

I toto členění kritérium veřejného pořádku není rozpracováváno naukou jednotně a provází je celá řada přinejmenším nesystémovostí.

Spíše než o pozitivním a negativním veřejném pořádku by bylo vhodnější hovořit o jeho pozitivní a negativní funkci. Kolizní právo, jež se snaží být co možná nejspravedlivější, svou abstraktností představuje „skok do tmy“, který s sebou nese riziko nespravedlnosti. Tato nespravedlnost je relativní, neboť je poplatná představám jednoho právního řádu, právního řádu fóra. Veřejný pořádek představuje vlastně materiální hodnocení výsledku použití kolizní normy a v případě, že je kolizní řešení s touto hodnotovou představou v nesouladu, umožňuje použití cizího práva odepřít. V tom spočívá negativní funkce veřejného pořádku.¹¹¹ Vedle toho existují nejzákladnější, nezaměnitelné hodnoty právního řádu, označované někdy jako *public policy*, *ordre public*, tedy jako veřejný pořádek, na jejichž ochraně má každý stát zásadní zájem a prosazuje je proti jakémukoliv právnímu řádu. Jedná se o jakýsi výchozí bod, od něž se teprve odvíjejí představy a možnosti použití cizího práva. V tomto ohledu působí tedy veřejný pořádek pozitivně.¹¹²

Dále je podotýkáno, že tyto dvě funkce se v dnešní době od sebe striktně oddělují, přičemž nástrojem prvně jmenované je výhrada veřejného pořádku. Ta se omezuje pouze na příkaz nepoužít obsahově neudržitelné právní normy, jež byly povolány kolizní normou. Naproti tomu v pozitivní funkci veřejného pořádku se projevuje jasná vůle upřednostnit normy, jež mají veřejnoprávní charakter a sledují sociální a hospodářsko-politické cíle státu. Normy a hodnoty, jež jsou odrazem pozitivní funkce veřejného pořádku, nejsou ve světle dnešních přístupů podřaditelné pod obecná kolizní pravidla, jedná se o „*lois d'application immédiate*“, pro něž judikatura formuluje zvláštní jednostranné normy.¹¹³

¹⁰³ Ustanovení § 22 odst. 2 MPSaP: *Jestliže by bylo třeba podle odstavce 1 použít cizího právního řádu, který by zrušení manželství rozvodem nedovoloval anebo jen za okolností mimořádně tíživých, avšak manželé nebo alespoň jeden z nich žije v České republice delší dobu, použije se práva českého.*

¹⁰⁴ Ustanovení § 23 odst. 2 MPSaP: *Žije-li dítě v České republice, může být otcovství určeno (zjištěno nebo popřeno) podle práva českého, je-li to v zájmu dítěte.*

¹⁰⁵ Tak Rozehmalová – Týč v díle cit. v pozn. 64, str. 133.

¹⁰⁶ K tomu viz Kučera v díle cit. v pozn. 3, str. 107.

¹⁰⁷ Jayme v díle cit. v pozn. 60, str. 31.

¹⁰⁸ Ibidem, str. 23.

¹⁰⁹ Sonnenberger v díle cit. v pozn. 10, str. 414, marg. č. 24.

¹¹⁰ Dopffel, str. 1212–1213 s odkazem na důvodovou zprávu k novele EGBGB, shodně Jayme v díle cit. v pozn. 60, str. 23.

¹¹¹ K tomu viz Schurig v díle cit. v pozn. 22, str. 453.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Kropholler v díle cit. v pozn. 28, str. 239–240.

Společným měřítkem pro popsání přístup k veřejnému pořádku je jen to, že má sloužit k ochraně zájmů, jež jsou pro stát důležité, nicméně zájem na této ochraně je v každé z uvedených situací jiný. Česká nauka hovoří v uvedeném smyslu o pasivním a aktivním veřejném pořádku, přičemž význam aktivní veřejný pořádek koresponduje obsahově s termínem negativní veřejný pořádek a termín aktivní s uvedeným významem pozitivní.¹¹⁴ V souvislosti s aktivním veřejným pořádkem jsou chráněné hodnoty označovány jako „zákony veřejného pořádku“, které sledují uspokojení tak naléhavých společenských zájmů, že se jich musí bez dalšího použít.¹¹⁵ Tyto normy se jeví jako absolutně kogentní v tom smyslu, že působí závazně bez ohledu na to, kterým právním řádem se má řídit posuzovaný stav, jsou tedy pro svou povahu přímo použitelné.¹¹⁶

Z popsání přístupů lze dovodit tendenci, že veřejným pořádkem v tradičním kolizním smyslu (jak byl popsán v kapitole 1.2.),¹¹⁷ je jen veřejný pořádek v negativním smyslu. Pozitivní veřejný pořádek spadá do oblasti teorie nutně použitelných předpisů, lze se tak ztotožnit s postojem,¹¹⁸ že je vhodnější se jimi zabývat mimo rámec problematiky veřejného pořádku, aby nedocházelo ke směšování terminologie, neboť ta se na první pohled popírá, když závěry z ní vyplývající říkají, že nutně použitelné předpisy jsou veřejný pořádek (aktivní, pozitivní) a obratem ruky říkají, že se vlastně o kategorii veřejného pořádku nejedná a že mají svůj naprosto odlišný právní režim, prosazovaný např. za pomoci čl. 34 EGBGB či čl. 7 Římské úmluvy o právu rozhodném pro závazky ze smluv ze dne 19. 6. 1980 (dále jen „ŘímÚ“).¹¹⁹

V této souvislosti je možné nabídnout ještě další pohled na věc, jenž má vynikající vypovídací schopnost. Lze totiž říci, že negativní a pozitivní funkce veřejného pořádku jsou dvěma stranami téže mince. Veřejný pořádek, ať už v jakékoliv míře „zaměnitelnosti“ plní roli ochrany hodnot, které ztělesňuje vnitrostátní právo. A jestliže dojde k vyloučení cizího práva, dojde tak ve vztahu k němu k negativnímu zásahu, který je pro tuzemský právní řád pozitivní tím, že se prosadí na úkor cizího práva.¹²⁰ Vyskytuje se rovněž názor, že rozlišování mezi negativní a pozitivní funkcí veřejného pořádku je pouze věcí nastavení kritérií. Veřejný pořádek působí vždy pozitivně, pokud nastavíme jeho funkci jako „bezpodmínečné prosazení tuzemského práva“ a stejně tak může působit vždy negativně, pokud nastavíme jeho funkci jako „odmítnutí norem cizího práva z důvodu ochrany tuzemských hodnot“. Z tohoto pohledu se jeví rozlišování veřejného pořádku na pozitivní a negativní zavádějící.¹²¹

Za této situace by spíše bylo možné hovořit o pozitivní a negativní funkci ochrany hodnot ztělesněných tuzemským právem ve vztazích s mezinárodním právem. Jestliže by se jednalo o pozitivní ochrannou funkci, vyjadřovala by, že jsou tuzemské hodnoty prosazovány bez ohledu na kolizněprávní režim posuzovaného právního vztahu. Pokud by šlo projev funkce negativní, bylo by možné ji vnímat jako ochranu hodnot před zásahy cizího práva.

Pokračování, které bude následovat v příštím čísle, se bude zabývat podrobněji rozbohem jednotlivých kritérií veřejného pořádku a podmínek jeho uplatnění.

¹¹⁴ Srov. k tomu *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 184.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Podrobněji *Pauknerová, M.*: Přímá aplikace administrativněprávních norem v mezinárodním právu soukromém. In: *Studie z mezinárodního práva*. Svazek 18. 1. vydání. Praha: Univerzita Karlova, 1984. Str. 163–164.

¹¹⁷ Viz k tomu *Rozehnalová – Týč* v díle cit. v pozn. 21, str. 637–638.

¹¹⁸ *Kučera* v díle cit. v pozn. 3, str. 184.

¹¹⁹ Srov. *Kropholler* v díle cit. v pozn. 28, str. 240.

¹²⁰ Podrobněji *Schurig* v díle cit. v pozn. 22, str. 456–457.

¹²¹ Podrobněji *Sonnenberger* v díle cit. v pozn. 10, str. 411, marg. č. 17.