

K čís. 7. Osnova bez vážné příčiny obmezuje odpovědnost za tiskovou nedbalost na případy, kdy obsahem tiskopisu byl spáchán zločin nebo přečin.

K čís. 8. Tomu vyhovuje § 31., odst. 1. osn.

K čís. 9. Ustanovení § 31., odst. 2. osn bylo by správné, kdyby kulposní delikt vytčený tamže v odst. 1. byl obmezen na odpovědného redaktora.

K čís. 10. Tomu odporuje § 30., odst. 3. osn. v příčině vydavatele tiskopisu periodického.

O odporu mezi normami kolisními, jmenovitě o zpětném a dalším poukazu.

(*Rück- und Weiterverweisung; le renvoi; il rinvio.*)

Úvaha z mezinárodního práva soukromého.*)

Podává Dr. Jan Krčmář.

Literatura: *Bar.* Theorie und Praxis des internationalen Privatrechtes sv. I. str. 278. a nn.

Týž. Zeitschrift für internationales Privat u. Strafrecht sv. 8. str. 177. a nn.

Kahn. Jahrbücher für Dogmatik, sv. 30. str. 9. a nn., sv. 36. str. 366. a nn., sv. 40. str. 56. a nn.

Týž. Zeitschrift, sv. 12. str. 209.

Schnell. Zeitschrift, sv. 5. str. 337.

Zitelman. Internationales Privatrecht I. str. 238. a nn., 380. a nn.

Niemeyer. Das internationale Privatrecht des BGB. str. 10. a nn., 74. a nn. (Das Recht des BGB. in Einzeldarstellungen, sv. 11.).

*) Mezinárodním právem soukromým nazýváme souhrn oněch předpisů, dle kterých říditi se musí soudce, stojí-li před řešením sporných případů soukromoprávních, které, jak se praví, mají jistý vztah k cizině; náležejí sem tedy právní poměry, při kterých účastnění jsou cizinci, nebo právní poměry dotýkající se předmětů v cizině ležících atd. — Předpisy, ze kterých mezinárodní právo soukromé se skládá, nazýváme normami kolisními (Kollisionsnormen, Anwendungsnormen). (Zde ovšem není třeba řešiti otázku, zdali normy t. zv. kolisní tvoří výhradný obsah mezinárodního práva soukromého čili nic, kterážto otázka valně v literatuře je sporná.) Obsah kolisní normy záleží v tom, že ona udává, které poměry právní mají býti řešeny dle práva domácího a které dle práva cizího. Kolisní norma udává tedy hranice materiální kompetence jednotlivých právních řádů. Proto nazývá se též normou hraničnou (Grenznorm). Kolisní normou jest tedy na př. § 4 o zák. obč.: Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie ausser dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, insoweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. — Tolik k vysvětlení nadpisu pojednání. Srv. ostatně i *Pražák*, Sborník sv. 3., seš. 2., str. 1. a nn. jmenovitě p. 1.

- Neumann.* Verhandlungen des 24. deutschen Juristentages I. str. 172.
Týž. Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfes nebst Motiven und Materialien.
Barazetti. Zeitschrift I. str. 425 a nn.; VIII str. 35, 121. a nn., 283. a nn., str. 289., XII. str. 272. p. 2.
Buzzati Zeitschrift VIII. str. 449., XI. str. 1. a nn.
Mommsen (Friedrich). »Wie ist in dem bürgerlichen Gesetzbuch für Deutschland das Verhältnis des inländischen Rechts zu dem ausländischen zu normiren« (Archiv für die civilistische Praxis, sv. 61. str. 197.).

Jest dnes v literatuře mezinárodního práva soukromého faktem nepopřeným a učí se všeobecně pod mocným vlivem *Savignyho*, že existuje mezi kulturními státy právní společenství, které káže jednomu každému z nich, aby v jistém směru a jistým způsobem cizí právo respektovaly, t. j. jinak vyjádřeno, aby respektovali vládu, kterou každý jiný stát nad svými poddanými a svým teritoriem vykonává. Zásada ta pokládá se za platnou všeobecně, a speciálně ovšem i pokud se týče práva soukromého. Pro obor práva soukromého káže tudíž ono právní společenství, aby stát soukromoprávním zákonodárstvím svým nevybočoval hrubě z mezí, které udává mezinárodní právo κατ' ἐξοχήν, jež jest právem onoho právního společenství, kulturní státy obsahující.¹⁾ Důvod, proč před našimi soudy v jistých případech dle cizího práva soudíme, jest tedy respekt, který prokazujeme suverenity, výsosti jiného státu. My rozsuzujeme jisté právní poměry soukromoprávní, které po našem soudě zákonodárné kompetenci cizího státu podléhají tak, jakby je tento stát, kdyby byl měl příležitost o nich rozhodovati, sám byl rozsoudil.

K tomuto nespornému principiálnímu základu pojí se řada kontrovers, o kterých, resp. aspoň o nejdůležitějších z nich tu chceme pojednat. Případy ty shrnuli jsme pod společným titulem: O odporu mezi kolisními normami různým právním řádům náležícími.

Připomínáme hned tu ovšem, že dle pozitivního práva rakouského většina otázek těch valného významu nemá, alespoň ne dle

¹⁾ Zde bylo by vlastně na místě, zmíniti se o tom, jaké povahy jsou předpisy mezinárodního práva soukromého, jsou-li ony totiž součástí práva mezinárodního (jak učí tzv. škola internationalistická), či jsou-li součástí práva vnitrostátního (innerstaatliches Recht), jak učí tzv. škola positivistická. Leč úvaha ta v přítomném pojednání vedla by příliš daleko. Nezbyvá jinak než konstatovati, že po našem soudě dlužno dáti za pravdu škole positivistické. Dle tohoto učení neobsahuje mezinárodní právo detailních norem kolisních, které by do jednotlivých kodifikací zařaditi slušelo, nýbrž každý stát z vlastní pravomoci určuje obsah norem kolisních. Ovšem ale obsahuje mezinárodní právo jisté všeobecné direktivy, kterých žádný stát při vydávání norem kolisních opominouti nesmí; sem náleží jmenovitě zásada, že každý právní řád musí normy kolisní obsahovati, že tedy každý stát cizímu právu materiálnímu musí dopřáti sluchu před svými soudy. Připuštění práva děje se tudíž ex necessitate iuris a nikoli ex pura cecitate.

dosavadního stavu nauky a praxe. A s druhé strany nebudou mít otázky ty významu, až dojde k ideálnímu stavu v mezinárodním právu soukromém, za jaký dlužno pokládati postavení stejných, jednotných norem kolisních v pozitivních právních rádech států kulturních. Nejsou tedy otázky, o kterých jednati chceme, na první pohled pro nás aktuálními, ani de lege lata, ani de lege ferenda. Proč tedy máme tu jimi se zabývat? Účel, který tu sledujeme, je dvojitý: Především jest zajisté přiměřeno zmíniti se o otázkách, které, měříme-li důležitost otázky dle objemu literatury o ní sepsané, náležejí v mezinárodním právu soukromém k nejdůležitějším. Zaměstknávajíť v posledních letech otázky týkající se odporu mezi normami kolisními různých řádů právních v obsáhlé míře literaturu cizí a v hojné míře i iudikaturu cizích soudů. Může tudíž zajisté i soudce náš dostati se do situace takové, že bude proň nezbytno, aby otázky, o které tu jde, jemu byly povědomy.

Mimo to dlužno uvážiti, že snadno, prvé nežli dojde k onomu svrchu naznačenému ideálnímu zdokonalení mezinárodního práva soukromého, při eventuálních reformách občanského práva rakouského, zákonodárce rakouský státi bude před úkolem, aby zaujal oproti otázkám oněm stanovisko, jmenovitě přihlížíme-li k tomu, že nový zákonník občanský pro říši německou skutečně tak učinil.

Nejsou tedy, jak z uvedeného vyplývá, věci, o kterých tu jednati chceme, pro právo rakouské ani de lege lata, ani de lege ferenda úplně bezvýznamny.

Jak jsme pravili svrchu, připouštíme cizí právo před našimi soudy proto, poněvadž respektujeme vládu státu, který je vydal, nad jistými poměry právními. A k této větě připojuje učení velmi rozšířené, jmenovitě i *Bara* mezi stoupence své čítající, dedukci další: Je-li pravda, že připuštění cizího před našimi soudy znamená nic jiného, nežli respekt před suverenitou, vládou cizího státu, pak je nezbytnou konsekvencí toho, abychom právo tohoto státu jenom tenkrát položili za základ rozhodování, jestliže právo to skutečně chce, aby použito bylo, nikoli však tenkrát, jestliže ono použito býti nechce. My tedy nejsme oprávněni vytknouti kolisní normu, která ohraničuje cizí právní řady mezi sebou; my jsme toliko oprávněni říci: Právo našeho státu budiž vzato za základ při rozsuzování těch a oněch poměrů právních, a dále můžeme vytknouti: Všechny ostatní případy náležejí materielní, zákonodárné kompetenci cizí; nesmíme však nikdy říci: tyto právní poměry náležejí zákonodárné kompetenci státu A, ony právní poměry pak zákonodárné kompetenci státu B; jinak řečeno: při rozsuzování prvních budiž souzeno dle práva státu A, při rozsuzování druhých dle práva státu B. Tedy nejsme oprávněni vydati kolisní normu: Způsoblost jedné každé osoby posuzuje se dle práva její

vlasti, nýbrž jen normu: způsobilost tuzemců k právním činům posuzuje se dle našeho, domácího práva. O způsobilosti cizozemců naše právo vůbec vyjadřovati se nemá.²⁾ K doložení tohoto svého názoru uvádí *Bar* (Zeitschrift VIII. str. 178) tuto paralelu: Právě tak jako stát dostal svému úkolu zákonodárce, vytkl-li podmínky, za kterých jeho soudové jsou příslušni k souzení sporů, a není na něm, aby vytýkal podmínky, za kterých cizí soudové stávají se příslušnými, právě tak stačí, vytkne-li, kdy jeho vlastní právo má býti použito, a nemá se pouštět do otázky, které cizí právo v ostatních případech použito býti má. Přirovnání patrně kulhá. Je ovšem nepochybné, že stát není povinen, ba vůbec ani oprávněn, aby obracel se na cizí soudy s příkazy, že v tom neb onom případě do řešení sporné látky pustiti se mají. Avšak naše věc je patrně zcela jiná. V našem případě jde o to, že stát svým vlastním soudům, tedy orgánům jemu podřízeným, určuje rozhodné materiální právo, dle kterého oni v určitém konkrétním případě řídit se mají. Z paralely té nelze tudíž zajisté nic dovozovati.

Stát má tedy vydávati toliko normy kolisní jednostranné, pravě učení *Baremi* representované. Vydá-li on však přes to kolisní normu dvojstrannou, pak dlužno ji rozuměti tak, že dle cizího práva, na které norma tato odkazuje, souditi sluší jen tehdy, když ono použito býti chce. Nechce-li býti ono použito, má býti případ posuzován dle onoho právního řádu, na který ono cizí právo odkazuje, nechť je to náš vlastní právní řád (to je případ zpětného poukazu v užším smyslu — Rückverweisung, renvoi, rinvio) anebo nějaký právní řád třetí (to je případ dalšího poukazu — Prinzip der Weiterverweisung) — tedy clausula remissionis tacite legibus inest. Ustanovuje-li na př. náš občanský zákoník, že způsobilost cizinců k právním činům posuzuje se dle práva jejich vlasti, i když u nás právní jednání uzavírají (§ 34 o. zák. obč.) a ustanovuje-li americké právo, že o způsobilosti Američana k uzavření smlouvy rozhoduje lex loci contractus, pak dle učení právě uvedeného soudce rakouský, jenž posuzuje způsobilost Američana u nás smlouvu uzavřevšího, musil by ji posuzovati dle práva rakouského (jmenovitě §§ 243 a nn. o. z. o.), ačkoli občanský zákoník náš ustanovení, které soudci jednati by kázalo, neobsahuje. Ovšem,

²⁾ Tu je zajisté na místě dodati několik slov o terminologii: *Niemeyer* na u. m. § 2. str. 10 a nn. nazývá normu kolisní, která určuje toliko kompetenci vlastního zákona, ostatních eventualit pak neřeší, normou kolisní jednostrannou (einseitige Kollisionsnorm): tedy norma: Způsobilost tuzemcova k právním činům posuzuje se dle domácího práva, jest normou kolisní jednostrannou. Normu pak, která všeobecně různým právním řádům kompetenci přisuzuje, normou kolisní úplnou čili dvoustrannou (vollkommene, zweiseitige Kollisionsnorm); tudíž kolisní norma: Způsobilost jedné každé osoby k právním činům posuzuje se dle práva její vlasti, jest normou kolisní úplnou čili dvoustrannou. Této terminologie jako zcela případné chceme i my v následujícím se přidržeti.

praví dále Bar a ostatní stoupenci uvedeného učení, jest výhodno, aby právní řády za účelem vyvarování se nejistoty do svých kolisních norem, pokud tyto jsou dvojstranné, přijaly výslovnou klauzuli o zpětném a dalším poukazu, jak to na př. učinil i čl. I. prvního dílu osnovy konvence haagské (*projet d'une convention pour régler les conflits de lois en matière de mariage*): »Ce droit de contracter mariage est réglé par la loi national de chacun des futurs époux, à moins qu'une disposition de cette loi ne se réfère expressément à une autre loi.« Přechestěn znamená tudíž článek ten tolik: Zdali dvě osoby mohou spolu uzavřít manželství, řídí se právem jich vlasti, leda že by toto právo se táhlo výslovně k nějakému právnímu řádu jinému. Podobně ustanovil čl. 27 uvozoovacího zákona k obč. zák. pro říši německou: »Sind nach dem Rechte eines fremden Staates, dessen Gesetze für massgebend erklärt sind, die deutschen Gesetze anzuwenden, so finden diese Gesetze Anwendung.«

Tedy stručně zopakováno, praví učení právě předvedené: Každý materiální právní řád cizí má býti použit jen v těch případech, ve kterých on použit býti chce. Proto má jedenkaždý stát svými kolisními normami určovati toliko svou vlastní materiální kompetenci — má tudíž vydávati toliko kolisní normy jednostranné, a není oprávněn určovati materiální kompetenci právních řádů cizích — nemá vydávati kolisní normy dvojstranné. Vydává-li stát přes to kolisní normy dvojstranné, činí tak jen proto, aby svému soudci ušetřil práci, kterou tento hledáním příslušného, kompetentního, právního řádu na se vzíti by musil. Dvojstranná norma kolisní v právním řádě obsažená nemá však významu toho, že by soudce byl vázán souditi dle právního řádu, na který ona odkazuje; neboť, sezná-li soudce, že právní řád domácí normou kolisní označený použit býti nechce, má se dle toho řídit, a souditi dle oněch předpisů, dle kterých tento poslední právní řád souditi káže. Konečně se podotýká: Jest výhodno a lze tím vyvarovati se nejistoty, budou-li právní řády obsahovati výslovnou klauzuli, která soudci tak jednati káže.

Zástupci učení tohoto snaží se věc příklady objasniti a ji dovoditi. Uveden tento příklad (*Schnell*, Zeitschrift V. str. 340): Saský občanský zákoník (dnes ovšem již mimo platnost se nalézající) vytkl v § 17 zásadu, že zákonná posloupnost (posloupnost ab intestato) řídí se právem posledního bydliště zůstavitelova. Kdyby saský soud (za platnosti ovšem občanského zákoníka saského) byl měl rozhodovati o dědických právech po zůstaviteli Rakušanu v době úmrtí ve Francii bydlivším, byl by musil práva ta posuzovati dle zákonů francouzských; a přece konvencí uzavřenou mezi Rakouskem a Francií ze dne 19. prosince 1866 (*Bulletin de lois*, IIème semestre 1866 p. 605), tedy mezi státy, které jediné kompetentními jsou k posouzení oněch práv dědických,

bylo ustanoveno, že *sukcesse* o movité jmění příslušníků předlitavských a francouzských řídí se dle práva vlasti zůstavitelovy. Saský soudce však, veden předpisem svého zákona, citovaným §em 17, byl by býval nucen souditi v případě tom dle práva francouzského, ačkoli ono použito býti nechce a kompetenci občanskému právu předlitavskému přisuzuje. Takové a podobné příklady mají dokumentovati absurdnost předpisů podobných §u 17, předpisů, které osobují si oprávnění rozhraničiti dle svých názorů zákonodárnou kompetenci všech států, a neomezují se na to, aby vytkly toliko kompetenci vlastního, domácího, zákonodárství. Neboť absurdními jsou předpisy ony jednak proto, poněvadž odporují základnímu, svrchu uvedenému principu, že cizí právo připouštíme jen z respektu před suverenitou onoho státu, který je vydal, absurdními jsou i proto, že vedou k výsledkům naprosto nepřiměřeným. Resp. dodává se: Je-li obvyklý výklad § 17 saského zákonníka občanského a obdobných předpisů absurdním, dlužno vykládati předpisy ty tak, aby ony rozumný smysl měly. Proto dlužno v nich subintelligovati klausuli o zpětném a dalším poukazu.

Dobře odpovídají odpůrci tohoto celého učení, resp. speciálně odpůrci tvrzení, že právní řád má obsahovati toliko jednostranné normy kolisní: Bude-li náš právní řád obsahovati toliko normy kolisní, které budou určovati jediné, ve kterých případech naše právo jest rozhodným, a které o všech ostatních případech pomlčí, a přenechá-li tedy náš právní řád rozhodnutí o věci té právním řádům cizím, bude se často soudci nedostávat normy, dle které by soudil. Bude-li tu ovšem jen jeden stát, který osobovati si bude rozhodnutí o případech, které náš právní řád ze své materiální kompetence vylučuje, pak budou zajisté případy ty rozhodnuty dle právního řádu onoho státu, jenž rozhodnutí si svojí. Ale mohou se vyskytnouti i případy jiné:

1. Je možno, že právní řády dvou neb i více států rozhodnutí si osvojují (případ pozitivního konfliktu).

2. Nebo může se státi, že žádný ze států, jejichž právní řády vůbec v úvahu přijíti by mohly, případ svému právu podrobiti nechce, t. j. přikazuje rozhodnutí jinému právnímu řádu materiálnímu (případ konfliktu negativního a spolu nejdůležitější případ tzv. dalšího poukazu — *Weiterverweisung*). Anebo konečně

3. se může státi, že ten stát, který jediné kompetentním býti by mohl, odkazuje případ našemu právnímu řádu (další případ negativního konfliktu a spolu případ zpětného, zvratného, poukazu v užším smyslu — *Rückverweisung*). Případ tento ovšem *Bar* a ostatní řeší, jak již podotčeno, tím způsobem, že soudce tu má souditi dle materiálního právního řádu vlastního, dle právního řádu domácího).

Co má činiti náš soudce, který bude povolán za takových poměrů spor rozhodnouti? Jaké materiální normy má rozsudku

svému za základ položit? Tak tážou se přívrženci opposice. (Dlužno ovšem podotknouti, že opposice dnes je snad majoritou, a nebýti čl. 27 uvoz. zák. k občanskému zákoníku a čl. I. osnovy o manželském právu vydané 4. kongressem haagským, bylo by zajisté mínění opposice považovati za mínění strany vládnoucí.)³⁾

Proti těmto výtkám se strany opposice činěným má prv uvedené, jako panující označené mínění přichystánu repliku a oproti této replice stojí opět duplika opposice. K těmto replikám a duplikám obou stran dlužno tudíž přihlédnouti a věc příklady objasniti.

Především dlužno konstatovati, že ani nejkonečnější opponenti (sr. na př. *Kahn* n. u. m.) nedovedou vyvrátiti nepřipadnost rozhodnutí svého v jistých případech, jaké již svrchu byly uvedeny. Jedná se o případy ty, kdy stát náš nepokládá právo svoje za kompetentní k rozhodování, nýbrž přikazuje rozhodnutí určitému právu cizímu, avšak státy, které vůbec v nějakém vztahu k právnímu poměru stojí, přikazují srovnale rozhodnutí jinému právnímu řádu. Sem spadá svrchu citovaný příklad *Schnellöv*, dotýkající se § 17. saského zákonníka občanského, sem spadá také příklad, jež uvádí *Bar*, *Zeitschrift* sv. VIII. str. 183.: *X*, příslušník státu *A*, ožení se ve státě *B*, kdež má řádné bydliště, s osobou *Y*, rovněž příslušnicí státu *A*. O způsobilosti k uzavření manželství mají jak právo státu *A*, tak právo státu *B*, srovnalé ustanovení, že ona posuzuje se dle práva vlasti nupturientů. Dle práva vlasti osob *X*, *Y* jest manželství platné, nebylo by však platným, kdyby posuzováno býti mělo dle práva státu *B* (bydliště). Po nějaké době přeloží manželé *X*, *Y* bydliště své do státu *C*, a tam vzejde spor o platnost manželství. Dejme tomu, že právní řád státu *C* obsahuje ustanovení, všeobecnou normu kolisní, že způsobilost k uzavření manželství řídí se právem toho místa, kde nupturienti v době sňatku měli svoje bydliště. V případě tom, že bylo by pravdivým učení opposice, že totiž soudce musí souditi dle právního řádu, na který jej domácí norma odkazuje, musil by soudce státu *C* říci: ono manželství osob *X* a *Y* bylo od počátku neplatným, ačkoli manželé třeba po delší dobu žili ve státě *B* v platném manželství a vzdor tomu, že oba zúčastněné státy, *A* i *B*, kdyby spor před jejich forem byl býval rozhodnut, srovnale manželství to byly by prohlásily platným. Tož zajisté rozhodnutí, které i jeden z nejduchaplnějších stoupenců opposice nazval horrentním, lépe řečeno, dal za pravdu *Barovi*, jenž rozhodnutí to horrentním nazval.

³⁾ Sr. jmenovitě sezení Institutu de droit international privé, odbývané v Neuchâtelu r. 1900, jež usneslo se 21 hlasy proti 6 proti principům zpětného a dalšího poukazu: Quand la loi d'un état régle un conflit de lois en matière de droit privé, il est désirable, qu'elle désigne la disposition même, qui doit être appliquée a chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit, dont il s'agit. (*Buzzati*, *Zeitschrift* XI. str. 14.)

Můžeme tudíž říci: Dvojstranná kolisní norma ve smyslu názvosloví *Niemcyerova* není případna tam, kde náš právní řád pro jistý případ nepokládá příslušným sebe, nýbrž určitý právní řád cizí, a když tento řád právní, který naší normou kolisní jako kompetentní byl označen, sebe rovněž nepokládá příslušným, nýbrž právní řád třetí, jenž s tím souhlasí (to je případ jednoduchého dalšího poukazu — einfache Weiterverweisung).

Nyní však ptáme se dále: Vystačíme bez dvojstranné normy kolisní i mimo tento případ, totiž v případech svrchu pod č. 1. a 2. uvedených, tedy v případech, kdy náš právní řád odkazuje rozhodnutí cizímu řádu právnímu, avšak právní řády států interestovaných buď vesměs rozhodnutí od sebe odmítají, anebo dva neb více právních řádů rozhodnutí sobě svojí.

Bar, Schnell i jiní soudí, že i v těchto případech lze se obejít bez dvojstranné kolisní normy a sice vidí vůdčí zásadu v tak zv. principu bližšího poměru, bližšího oprávnění (*Prinzip der Näherberechtigung*). Co znamená tento princip? Bude zajisté nejlépe věc objasniti příkladem: Mysleme si, že soudce státu *A* má rozhodovati o dědických právech po zůstaviteli, jenž byl příslušníkem státu *B* a zemřel maje bydliště ve státě *C*. Právní řád státu *A* nepodrobuje právní poměr svému právu materiálnímu, poněvadž jeho kolisní norma praví, že posloupnost dědická řídí se právem tuzemským jen tehdy, když zůstavitel byl státním občanem, příslušníkem státu *A*. V našem případě, budou tedy ona práva dědická posuzována nikoli dle práva státu *A*, nýbrž dle práva některého státu jiného. A tu může se státi, že stát *B* (domovský stát zůstavitelův) obsahuje ustanovení, že jeho právo dědické platí pro veškeré jeho příslušníky, nechť oni v době své smrti měli bydliště své kdekoli, a že stát *C* (stát posledního bydliště zůstavitelova) obsahuje naopak ustanovení, že jeho právo dědické platí pro veškeré osoby, které v jeho teritoriu bydlí v době svého úmrtí, nechť ony poměrem poddanským, příslušenským náležejí kterémukoli státu. Tu je případ pozitivního konfliktu. Oba súčasné státy rozhodnutí si svojí. Případ může však býti utvářen také opačně, totiž tak, že stát *B* (stát domovský), pokládá za rozhodnou okolnost poslední domicil zůstavitelův, stát *C* (stát bydliště) naopak pokládá za rozhodné státní občanství zůstavitelovo. Tu je případ negativního konfliktu a spolu případ vzájemného dalšího poukazu.

A pro případ těchto konfliktů má platiti princip bližšího oprávnění. Soudce rozhodující (tedy soudce státu *A*) má prý zkoumati oprávněnost jednotlivých států, které materiální rozhodnutí si svojí, resp. kvalitu, váhu důvodů, ze kterých súčasné státy rozhodnutí od sebe odmítají. Tedy v našem případě konfliktu pozitivního má soudce zkoumati, zdali stát domovský (stát *B*)

má lepší nárok, aby dle jeho právního řádu posloupnost dědická byla posuzována, anebo má-li oprávněnější nároky stát bydliště (stát *C*). V případě negativním bude se opět soudce tázati, odmítá-li stát domovský rozhodnutí od sebe důvodněji nežli stát bydliště. Nyní ovšem vzniká otázka: Co má býti soudci vodítkem při rozhodování těchto otázek. A odpověď zní: jeho vlastní, domácí, právní řád. Soudce musí prý vzít k ruce právní řád vlastní a tázati se, jak jeho vlastní zákonodárce analogické případy rozhodl a na jaké skutečnosti klade v analogických případech důraz. Tedy v příkladě našem: Mezi právním řádem domovského státu zůstavitelova a právním řádem státu jeho posledního bydliště panuje pozitivní spor o tom, kdo je kompetentním rozhodnouti o posloupnosti v dědictví po něm zbylé. Soudce vezme do ruky svůj právní řád a bude se ptáti: Který moment pokládá můj právní řád za rozhodný, jde-li o posouzení práv dědických? Klade důraz na státní občanství zůstavitelovo, takže svojí si rozhodnutí o právech dědických po veškerých tuzemcích, nechť oni kdekoli měli svoje poslední bydliště, anebo klade důraz na poslední bydliště zůstavitelovo, takže svojí si rozhodnutí o právech dědických po veškerých osobách, které v jeho oblasti měly poslední bydliště, nechť ony byly příslušníky kteréhokoli státu? Rozhoduje-li se stát soudcův ve prospěch první alternativy, t. j. káže-li rozhodovati dle vlastního právního řádu, pokud jde o posloupnost dědickou po tuzemcích, nikoli však v případech jiných, pak přisoudí v našem případě soudce rozhodnutí právnímu řádu státu domovského. Rozhoduje-li se však stát soudcův pro alternativu druhou, t. j. káže-li rozhodovati dle vlastního právního řádu toliko pokud jde o posloupnost dědickou po osobách, které měly v jeho oblasti poslední bydliště a nikoli v případech jiných, pak přisoudí soudce rozhodnutí právnímu řádu státu posledního bydliště. A právě tak, jako zde byl rozhodnut případ pozitivního konfliktu, bude rozhodnut i případ konfliktu negativního. Z toho prý jasně plyne, že princip bližšího oprávnění úplně nahradí dvojstranné normy kolisní, neboť tam, kde soudce mohl by býti v pochybnostech, vyvede jej domácí právní řád z pochybností těch.

Přihlédneme-li k principu bližšího oprávnění v případech právě vylíčených zevrubněji, seznáme, že soudce koná tu práci tutéž, jakou by byl vykonal zákonodárce, kdyby byl postavil dvojstrannou normu kolisní. Výsledky, ku kterým dospíváme, budou naprosto totožny, nechť si přenecháme rozhodnutí soudci, nechť si rozhodnutí podal sám zákonodárce. Neboť princip bližšího oprávnění praktikovaný v případech právě uvedených nezáleží v ničem jiném nežli v tom, že soudce pomocí analogie rozšíří jednostrannou normu kolisní na případy zákonodárcem nerozřešené. Máme-li vyjádřiti se o tom, která z možných cest je s hlediska zákonodárné politiky vhodnější, budeme zajisté vždy přidržovati se náhledu, že

lépe jest, rozhodne-li zákonodárce sám, než přenecháme-li rozhodnutí soudci. Lépe pravíme; avšak, jak uvedeno, nebylo by v těchto případech nezbytno, aby zákonodárce rozhodoval; cesta analogie pode jménem principu bližšího oprávnění vyvedla by soudce z tísně. Ale mohou se vyskytnouti i případy, kdy princip bližšího oprávnění nechá soudce na holičkách. Případů takových uvedena byla se strany opposice celá řada, jmenovitě důležitým stal se onen, ježž uvedl *Kahn*, *Jahrbücher* sv. 30., str. 24. a nn. Marně proti těmto nesrovnalostem bojuje mínění panující, jak patrno z argumentace *Barovy*, *Zeitschrift* VIII. str. 188. p. 15.

Ze všeho toho, co uvedeno, můžeme dedukovati tolik: Nemají-li při rozsuzování mezinárodních poměrů soukromoprávních soudcové státi před mezerami, musí stát kolisními normami svými označiti netoliko případy, ve kterých svoje právo pokládá za rozhodné, nýbrž musí též zevrubně vytknouti, jaké právo v případech ostatních použito býti má, zkrátka řečeno, má vydávati normy kolisní dvojstranné a nikoli normy kolisní jednostranné. Z uvedeného plyne zároveň, že stát nemá činiti použití cizího právního řádu závislým na vůli tohoto právního řádu, poněvadž takové traktování věci nezbytně vésti musí k negativním konfliktům mezi různými právními řády cizími. Právní řád nemá tudíž obsahovati klausuli o t. zv. dalším poukazu; t. j. právní řád státu *A* nemá říci: V tomto případě budiž rozhodováno dle práva státu *B*, leda že by toto odkazovalo rozhodnutí právu státu *C*, v kterémžto případě jest souditi dle tohoto práva státu *C*. Neboť taková klausule zavdává podnět ku konfliktům mezi právními řády.

Dle toho zavrhuje tedy princip t. zv. dalšího poukazu a souhlasíme s těmi, kteří praví, že klausule v zákonech obsahující zpětný poukaz jsou de lege ferenda zavržitelnými. (*Zitelman* na u. m. 248.) Za jedinou odchylku, jak již uvedeno bylo, pokládali bychom případ ten, kdy veškeré cizí státy shodují se v tom, které právo má býti použito a právo to jest odchylné od onoho, které označuje dvojstranná norma kolisní státu rozhodujícího.

V souvislosti s těmito výklady jest pak se zmíniti o t. zv. principu zpětného poukazu (*Princip der Rückverweisung*). Případ je ten: Náš právní řád obsahuje kolisní normu, že určitý právní poměr posuzován býti má dle právního řádu státu *B*. Stát *B* obsahuje pak v právním řádě svém kolisní normu, že týž případ má býti rozhodnut dle právního řádu našeho. Za příklad uvádím § 34. obč. zák., dle kterého způsobilost k právním činům osoby nějaké řídí se právem její vlasti (výklad je ovšem sporný) a předpisy práv skandinávských, které stanoví, že způsobilost k právním činům řídí se právem domicilu osoby jednající. Případ konfliktu mezi těmito právními řády bude dán tehdy, jestliže Švéd neb Dán bude míti domicil v Předlitavsku. V případě tom totiž, bude-li

na př. ve sporu u nás vedeném učiněna námitka nezpůsobilosti k právním činům, měl by soudce rozhodnouti o tom dle práva dánského resp. švédského. Ale toto kompetentní právo dánské resp. švédské odkazuje zpět rozhodnutí právu našemu, neboť praví: Jedná se o osobu, která je v Předlitavsku domicilována, rozhoduje tudíž o způsobilosti k právním činům právo předlitavské. *Bar* a jeho stoupenci praví: Soudce státu rozhodujícího jest povinen k zpětnému poukazu přihlížeti, i když výslovně jeho zákon mu to nekáže — *clausula remissionis legibus tacite inest*, po případě přimlouvají se za to, aby do zákonů přijaty byly předpisy soudci nakazující, aby zpětného poukazu si všímal.

Jest skutečně nepochopitelné, že stoupenci učení, které praví, že dle právního řádu má býti souzeno jen tenkráte, když on použít býti chce, mohou se přimlouvati za respektování zpětného poukazu. Na to upozornil již *Kahn*, *Jahrbücher* sv. 40. str. 56. a nn. Přihlédněme k věci blíže. Náš právní řád, jak předpokládáme, nepokládá v určitém případě sebe kompetentním, na př. nepokládá sebe kompetentním, aby dle něho posuzována byla způsobilost Dánů neb Švédů u nás domicilovaných k právním činům. Dánský resp. švédský právní řád rovněž nepokládá sebe kompetentním, nýbrž pokládá kompetentním právní řád náš. Je tu tedy konflikt mezi dvěma právními řády a sice konflikt negativní. Jak svrchu jsme viděli, měl by případ takového konfliktu býti řešen pomocí t. zv. principu bližšího oprávnění. Tedy v tomto případě měl by soudce se tázati, který stát důvodněji rozhodnutí materiální od sebe odmítá. Při posuzování této otázky měla by soudci, jak rovněž svrchu jsme viděli, býti vodítkem kolisní norma vlastního řádu právního. Dle toho musil by pak soudce v našem konkrétním případě říci: Poněvadž můj právní řád klade v kolisních normách vždy důraz na státní občanství a nikoli na domicil, pokud jde o posuzování způsobilosti k právním činům, proto musí Dán u nás domicilovaný v tomto směru býti posuzován dle právního řádu své vlasti. A vzdor tomuto nepochybnému logickému závěru, totéž učení, které hájí princip bližšího oprávnění, hájí i zpětný poukaz, hájí zásadu, že soudce má uposlechnouti cizí řád právní a nikoli právní řád vlastní.

Není-li tu jiného důvodu pro obhájení zpětného poukazu, pak musíme se nepochybně na základě uvedených právě úvah logických postavit na stranu jeho odpůrců. A podobně, z týchž důvodů musíme se postavit proti mínění, které přimlouvá se za to, aby do zákona byla přijata výslovná klausule o zpětném poukazu. Neboť přijetí klausule té má, jak dobře bylo podotčeno, za následek, že stát v určitých případech, v případech, na které právě zpětný poukaz se vztahuje, svojí kolisní normu, nahraňuje kolisní normou státu cizího, tedy lepší normu kolisní normou kolisní horší. Pravíme: lepší normu kolisní kolisní normou horší. Neboť

liší-li se kolisní normy dvou právních řádů od sebe, je nepochybné, že každý stát svoje normy považuje za lepší, za případnějši, nežli jsou kolisní normy právního řádu druhého, ježto by jinak svoje normy kolisní těmto cestou zákonodárnou přizpůsobil. Uposlechneli však právní řád nějaký zpětného poukazu v jiném právním řádu obsaženého, poslouchá tím zároveň kolisní normy cizí, tedy kolisní normy, která dle jeho názoru je horší. Věc bude zajisté zcela jasna, povšimneme-li si svého příkladu: Dle obč. zákoníka pro říši německou (čl. 7., 13., 14., 15., 17., 18., 19., 20., 24. uvoz. zák.) klade se všude v mezinárodních poměrech soukromých váha na státní občanství osob účastněných, a jmenovitě dle čl. 7. musí každý cizinec v Německu domicilovaný býti posuzován, pokud jde o způsobilost k právním činům, dle práva své vlasti, a tedy také Dán v Německu domicilovaný dle práva dánského. Dánský zákoník však praví: Nikoli! on budiž posuzován dle práva německého! A tu přichází čl. 27. uvoz. zák. k obč. zákoníku pro říši německou a praví: Ano, onen Dán budiž posuzován dle práva německého! Co znamená tento ústupek? Zajisté nic jiného nežli toto: Ačkoli Německo pokládá státní občanství a nikoli domicil za rozhodný moment, pokud se týče posuzování způsobilosti k právním činům, přece podřizuje se nesprávnému stanovisku práva dánského (nesprávným jest ono zajisté, pohlížíme-li naň okem německého po případě i našeho zákonodárce; otázka, je-li vhodnějším de lege ferenda to či ono stanovisko, nemůže tu ovšem býti přetřásána) a opouští pro případy ty svůj jinak za správný uznaný názor. Z toho zdá se býti patrné, že ustanovení takového obsahu, jaký má čl. 27. uvoz. zák. něm. doporučiti nelze.

Nelze ostatně mlčením pominouti důvodu, který proti základu, na kterém princip zpětného a dalšího poukazu spočívá, uvedl *Buzzati* (Zeitschrift VIII. str. 451. a nn. sv. XI. str. 13. a nn.), »Základem učení, jak je hlásají *Bar* a jiní stoupenci téhož principu, je to, že oni chtějí znemožniti, aby jeden stát přiřkl druhému kompetenci, kterou tento odmítá. Ale celý jejich raisonnement redukuje se na toto: Náš zákon nemůže cizímu státu přisouditi kompetenci, kterou tento uplatniti nechce, ale s druhé strany je zajisté nepochybné, že může sobě velmi dobře osobovati kompetenci, kterou i cizí stát, cizí zákon sobě přisvojuje. Avšak«, praví *Buzzati*, »odnímati jiným kompetenci a sobě ji přiřkládati, je zajisté mnohem vážnější a mnohem více to ubližuje cizí iurisdikci, nežli přisuzovati jim kompetenci, o kterou oni nestojí. Zajisté ubližuje mně více ten, kdo popírá mně právo, o kterém tvrdím, že mně přísluší, nežli onen, kdo tvrdí, že přísluší mně právo, jehož existenci já popírám. Je-li tudíž pravda, že, dokavad všichni státové nepřijmou stejných norem kolisních, vždy budou vyskytovat se kolise mezi jejich řády právními, pak je patrné, že základ učení *Barova* o oněch jiných je velmi slabý.« Argumentaci té dlužno za-

jisté přiznati plné oprávnění a možno ji do posledního slova spolupodepsati.

Ovšem zastánci principu zpětného poukazu uvádějí další důvody proň svědčící, a opposice sama objasňuje, proč učení to vzdor základní své pochybenosti má dosud tak četné přívržence.

Na prospěch principu zpětného poukazu bylo uváděno, že prý přijetím jeho zmenší se počet kolisí, t. j. počet oněch případů, ve kterých týž právní poměr bude posuzován dle různého práva podle toho, ve kterém státě spor bude zahájen. Že argumentace ta je pochybena, prokázal nejprve zcela jasně *Kahn* (*Jahrbücher*, sv. 30. str. 22.). Vraťme se opět k našemu příkladu a uvažujme jej především dle té eventuality, neplatí-li princip zpětného poukazu a pak dle eventuality, platí-li týž princip.

Eventualita I. Bude-li posuzována v Rakousku neb v Německu způsobilost k právním činům Dána v Rakousku neb Německu domicilovaného, bude posuzována dle práva dánského, bude-li ona posuzována v Dánsku, bude posuzována dle práva rakouského resp. německého. Tedy v každém případě budou směrodatnými jiné materiální normy a po případě tudíž rozhodnutí různě dopadne.

Eventualita II. Bude-li v Rakousku neb v Německu posuzována způsobilost k právním činům Dána v Rakousku neb v Německu domicilovaného, bude posuzována dle práva rakouského, po případě německého (neboť právo dánské, které my pokládáme za kompetentní, odkazuje zpět na právo státního občanství, tedy na právo rakouské resp. německé, podle toho, kde příslušník dánský má své bydliště.) Bude-li ona posuzována v Dánsku, bude posuzována dle práva dánského, právo dánské pokládajíc za kompetentní právo domicilu, tedy právo rakouské resp. německé, podrobuje se normě o zpětném poukazu a bude tedy případ souzen dle práva dánského, poněvadž naň jako na právo státního občanství právo rakouské po případě německé (§ 34. obč. zák., čl. 7. uvoz. zák. k něm. zák.) odkazují. Tedy i za této eventuality sporný případ bude souzen dle různého práva podle toho, zdali v Dánsku anebo v Rakousku (Německu) spor bude zahájen. Dobře poznamenal *Kahn* na u. m., že zavedením principu toho kolise se neodstraňují, nýbrž pouze přesunují. *Bar* sám v poslední době doznal omylnost tohoto svého argumentu (srv. i *Zitelmann*, *Internationales Privatrecht* 248).

Na příčiny, proč dosud princip zpětného poukazu tak houževnatě je zastáván, upozornil jmenovitě *Zitelmann* na u. m. str. 248. On dovozuje, že obhajování principu zpětného poukazu má základ svůj v názorech zastaralých, ze starších dob na naši dobu přešlých.

V dobách těch, kdy bylo panujícím názorem, že právo tuzemské platí výhradně před soudy tuzemskými, a že jen z ohledů dobrého sousedství, z důvodů úslužnosti (*ex comitate*) výmínečně

má býti souzeno dle práva cizího, tam, v těch dobách bylo místo pro princip zpětného poukazu. Neboť, nestál-li cizí stát v určitém případě o to, aby dle jeho práva bylo souzeno, pak se jemu iudikováním dle jeho práva žádná úsluha neděla, a zůstalo při základní zásadě mezinárodního práva soukromého, při principu territoriality, a soudilo se dle práva domácího. Dále se uvádí, že princip zpětného poukazu dá se dobře vysvětliti ze starých názorů, dle kterých byl spatřován v používání pokud možno nejširším domácího práva materiálního prospěch pro stát. (Tento názor, jak soudí *Barazetti* [Zeitschrift VIII. str. 123] přešel jmenovitě i do občanského zákoníka pro říši německou.)

Dnes, kdy ani jeden z těchto názorů držeti se nedá, možno míti za to, že princip zpětného poukazu jest bez opory.

Tím více ovšem dlužno litovati, že nejvíce vynikající moderní kodifikace v oboru mezinárodního práva soukromého princip ten přijaly. Jak jsme již uvedli, jsou to německý zákoník občanský (čl. 27. uvoz. zák.) a osnova mezinárodního práva manželského usnesená kongressem haagským (čl. 1.). Osnova švýcarského zákoníka občanského chová se dosud obojetně. (Srv. *Barazetti*, Zeitschrift sv. XII. str. 272. p. 2.)

My můžeme stručně resumovati jako výsledek tohoto pojednání:

1. Každý stát má všestranně rozhraničiti normami kolisními materiální kompetenci veškerých právních řádů (tak jmenovitě *Niemeyer* na u. m., opačně *Neumann*).

Připomenouti dlužno ostatně, že v tom směru uvozovací zákon německý naprosto nevyhovuje, aniž by bylo lze se dopátrati, zdali je tak, jak nyní je sestaven, redigován z důvodů právnických či z důvodů jiných (srv. *Niemeyer* na u. m.).

2. Neobsahuje-li zákon výslovně klausuli o zpětném a dalším poukazu, nelze instituty ty subintelligovati, t. j. jinak vyjádřeno, dvojstranná norma kolisní v našem právním řádě obsažená určuje definitivně materiální právo, dle kterého má případ býti rozsouzen, a neurčuje snad jen kolisní normu cizího právního řádu, kterou dlužno bráti teprve na potaz při rozhodování otázky, kterého materiálního práva definitivně má býti použito.

Tato věta má význam pro právo rakouské de lege lata. Ač tedy v první řadě nechtěli jsme se zabývatí pozitivním právem rakouským, můžeme tu výslovně konstatovati, že dle práva rakouského zpětný a další poukaz místa nemají.

3. Nedoporučuje se, aby právní řády přijaly výslovnou klausuli o zpětném a dalším poukazu.

Tato věta má opět význam pro právo rakouské de lege ferenda.