

# VEŘEJNÝ POŘÁDEK JAKO TZV. OBECNÁ KLAUZULE V SOUKROMÉM PRÁVU Z HLEDISKA EVROPSKÉHO KONTEXTU

LUBOŠ TICHÝ

**Abstract: Ordre Public as a General Clause in Private Law from the Point of View  
European Context**

Presentation of general clauses as a phenomenon in private law, their function and position as a tool of interpretation. Analyses of ordre public as one of general clauses. Various forms of ordre public: ordre public of a police regime, ordre public in international private law, law of international civil procedure, ordre public in private law with a focus on French law. Introduced in to the Czech Civil Code (the ordre public interne) became a defensive mechanism against most dangerous influences. Resolution for domestic ordre public: it is based on fundamental rights.

**Key words:** general clauses, civil law, ordre public in international private law, procedural law and private law (ordre public interne)

**Klíčová slova:** veřejný pořádek, jeho funkce, obrana proti cizím vlivům nebezpečným základům právního státu a jeho právnímu řádu. V občanském zákoníku je naplněn základními lidskými právy

## 1. ÚVOD

Pro český občanský zákoník (OZ/2012, dále „NOZ“) je charakteristické, že na rozdíl od svých socialistických předchůdců a ve srovnání se zahraničními kodifikacemi je doslova přeplněn obecnými pojmy, jakými jsou např. dobré mravy či dobrá víra (poctivost) a celá řada dalších, jak o tom svědčí např. a především základní zásady obecné části (§ 1–8). Jejich „repertoár“ byl rozšířen o institut veřejného pořádku (viz § 1 odst. 2 a § 588).

Cílem tohoto příspěvku je především pojednání o významu a působení obecných klauzulí (kapitola 2). Jeho hlavním obsahem je rozbor fenoménu veřejného pořádku, který je v českém občanském právu novinkou. S veřejným pořádkem se český právník setkával tradičně v oblasti mezinárodního práva soukromého a poté i v rámci unijního práva. Nyní, evidentně po vzoru švýcarského občanského zákoníku (ZGB), se jedna forma veřejného pořádku, totiž tzv. vnitřní veřejný pořádek (ordre public interne), stala součástí i občanského zákoníku.

Příspěvek si proto klade za úkol v první řadě vyjasnit postavení tohoto institutu, a to na pozadí jeho chápání jak v jurisdikcích kontinentální Evropy, tak i common law

a unijního práva. Zvláštní pozornost je upřena na chápání vnitřního veřejného pořádku ve Francii. Konečně se pokoušíme stanovit obsah, význam a funkci tohoto institutu v rámci nového občanského zákoníku. To se neobejde bez vztahu především k jinému institutu, jež tradičně obstarává funkci, která je vlastní veřejnému pořádku, a to dobrým mravům.

## 2. OBECNÉ KLAUZULE V SOUKROMÉM PRÁVU

### 2.1 POJEM

Obecné klauzule, bez ohledu na to, zda je zařazujeme k právním principům nebo jim připisujeme jinou normativní funkci, jsou pro kodifikaci soukromého práva příznačným jevem. Vyznačují se charakteristickou flexibilitou, která znamená relativní neurčitost jejich použití. Uvažuje-li se o tom, že BGB se stal významným mj. pro výskyt těchto klauzulí, a že, jinak řečeno, jeho charakteristickým rysem byla ustanovení obsažená v § 138 (dobré mravy), resp. § 242 (dobrá víra), pak o NOZ můžeme mluvit jako o kodexu, který je symbolem přemíry těchto pojmů, jak je zřejmé především z jeho ustanovení v § 1–8. Z jiného hlediska lze uvažovat o jeho přetížení extralegálními hodnotami potenciálně či výslovně zakotvenými právě v generálních klauzulích. NOZ tedy kontrastuje s jinými kodifikacemi včetně např. nové maďarské úpravy, ale především s předchozími občanskými zákoníky socialistického typu v Československé republice, které byly prosty extralegálních prvků.

### 2.2 PROBLÉMY

Základní obtíží generálních klauzulí, jakými jsou dobrá víra nebo dobré mravy, je jejich neurčitost, jež nedovoluje bezprostřední subsumpci. Přesto je mnozí považují za plnohodnotné právní normy, které způsobují plnou formální platnost<sup>1</sup> a jsou vzdor své vágnosti formálně rovnocenné nejpřeciznějším právním pravidlům, jež jsou součástí právního řádu.

Tento problém lze ilustrovat na příkladu německého BGB. V Německu došlo současně s problémy industriální revoluce k příkré kariéře § 138, 157 a 242. Ustanovení § 242 BGB bylo oslavováno jako královský paragraf a pokusy označit je jako bezvýznamné ustanovení ztroskotaly.<sup>2</sup> Pod vlivem zájmové jurisprudence<sup>3</sup> zažilo toto ustanovení naprostou konjunkturu. Ani ostrá kritika vedená Hedemannem,<sup>4</sup> varující před roztržitěností práva a bezzásadovostí při jeho aplikaci, na tom nic nezměnila. Krizi zaznamenaly

<sup>1</sup> Srov. k tomu KRAMER, E. A.: *Juristische Methodenlehre*. 4. vyd. München, Wien, Bern, 2013, s. 70 an.

<sup>2</sup> Srov. k tomu JUNG, P.: Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht. In: BALDUS, Chr. – MÜLLER-GRAFF, P.-Chr (eds.): *Die Generalklausel im europäischen Privatrecht*. München, 2006, s. 37 an.

<sup>3</sup> HECK, P. H.: *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932.

<sup>4</sup> HEDEMANN, J. W.: *Flucht in die Generalklauseln*, 1933, s. 58 an.

generální klauzule teprve svojí diskreditací v nacionálně sociálním (nacistickém) zřízení.<sup>5</sup> Svoji rehabilitaci zažily v důsledku děl Karla Engische<sup>6</sup> a Josefa Essera.<sup>7</sup>

### 2.3 POUŽITÍ OBECNÝCH KLAUZULÍ JAKO NÁSTROJE VÝKLADU PRÁVA

Obecné klauzule jsou v zákonodárství používány proto, neboť je nemožné pojmout nekonečnou množinu skutkových případů, jež je zapotřebí usměrňovat. To vyžaduje obecně a abstraktně formulované skutkové podstaty a používání obecných neurčitých pojmů (effet utile), umožňujících široký prostor pro aplikaci.

Potřeba těchto klauzulí je tím větší, čím kazuističtější je vlastní právní úprava. To se ukazuje na srovnání BGB a ABGB.<sup>8</sup> Druhý uvedený kodex je konstruován ve velmi „otevřených“ (flexibilních) právních normách, které se relativně dobře vyrovnávají se změnami v prostředí, na které jsou aplikovány. Proto potřeba flexibilních klauzulí je podstatně menší než v případě kazuisticky koncipovaného BGB.

Obecné klauzule je třeba považovat za druh mezer v zákoně.<sup>9</sup> Určitou kategorií zákonodárcem plánovaných mezer jsou totiž flexibilní neurčité právní pojmy a práve obecné (generální) klauzule, jakými jsou v NOZ např. zásady slušnosti (§ 2958, 2959), dobré mravy, důležitý důvod apod. Obdobně tomu je i v DCFR, který se těmito neurčitými pojmy jenom hemží.<sup>10</sup> Jedná se o „prázdné“ formulace, které se pouze na první pohled zdají být precizními vyjádřeními. Při pozornějším čtení jsou však neurčité a mnohoznačné. Hedemann<sup>11</sup> obecné klauzule nazval příznačně jako kus otevřeného zákonodárství a označil je za chtěnou (plánovanou) mezeru v zákoně. Heck<sup>12</sup> je považuje za delegační normy.

### 2.4 FUNKCE SOUDŮ

Používání generálních klauzulí předpokládá vyplňování prostoru, který skýtají určitým obsahem. Jeho základem je mnohdy teologický výklad vycházející z hodnotové analýzy. V tomto ohledu se uvažuje o jakési legislativní funkci soudů, jež je projevem tzv. ducha doby.

Historie judikatury však dokládá nevidanou „legislativní fantazii“ soudů, která se dovolává práve obecných klauzulí. Množství nových právních institutů vděčí práve za tyto klauzule. V Německu to je např. zneužití práva, které v zákoně není upraveno, stejně jako prekluze či učení o odpadnutí ekonomického základu právního jednání. Generální klauzule jsou proto označovány jako kukaččí vajíčka<sup>13</sup> v liberálním právním

<sup>5</sup> RÜTHERS, B.: *Die unbegrenzte Auslegung*. 7. vyd. München, 2012.

<sup>6</sup> ENGISCH, K.: *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Wissenschaft unserer Zeit*, 1953.

<sup>7</sup> ESSER, J.: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956.

<sup>8</sup> KRAMER, viz pozn. 1, s. 75 an.

<sup>9</sup> RÜTHERS, B.: *Rechtstheorie*. 2. vyd. München, 2005, marg. č. 856.

<sup>10</sup> Viz kritiku např. u FAUVARQUE-COSSON, B. – MAZEAUD, D. (eds.): *European Contract Law*. München, 101 an., 150 an.

<sup>11</sup> HEDEMANN, viz pozn. 4, s. 58.

<sup>12</sup> HECK v pozn. 3, s. 4.

<sup>13</sup> Pfeiffer je označuje jako cizorodé těleso v kontinentální Evropě (PFEIFFER, Th.: *Die Generalklausel auf der Agenda der europäischen Privatsangleichung*, viz pozn. 2, s. 29).

systému. Jsou potenciálem zneužití. Jejich pomocí lze nejen jednotlivým ustanovením, nýbrž celému kodexu přiřkládat relativně libovolný význam. Jak to prokazuje nauka a judikatura v období tzv. třetí říše, je možné zásadním způsobem změnit i dosud existující, stabilizovaný koncept některých základních právních institutů soukromého práva. Funkce soudů je proto při výkladu a aplikaci obecných klauzulí zcela mimořádná. Jejich úloha je o to obtížnější, čímž „prázdňější“ obecné klauzule jsou. Neexistuje-li judikatura a nauka, postrádá soudce možná vodítka k předvídatelným rozhodnutím. Právní jistotě nepřispívá, nemá-li právní řád hranice, jimiž – byť ve formě – lze vymezovat potřebnost a způsob aplikace obecných klauzulí.

O takovou situaci se jedná v případech veřejného pořádku v NOZ. Proto tento institut analyzujeme nejen na základě srovnávacího rozboru vnitřního veřejného pořádku používaného v jiných právních řádech, ale i na pozadí jeho mezinárodní varianty (ordre public international).

## 2.5 KLASIFIKACE A VZÁJEMNÝ VZTAH VYBRANÝCH GENERÁLNÍCH KLAUZULÍ

Užitečné je zjišťovat charakteristické znaky jednotlivých generálních klauzulí a na jejich základě je klasifikovat, resp. srovnávat. To vede k jejich lepšímu poznání a pochopení jejich významu a funkcí.

Z hlediska vyjádření těchto fenoménů v platném právu je možné rozlišovat generální klauzule výslovně (explicitně) stanovené a ty, jež nejsou pozitivněprávně vyjádřeny, a přesto je lze dovést a používat. Určitý přechodný stav spočívá v tom, že tato ustanovení sice nejsou jako generální klauzule výslovně vyjádřena, ale přesto mají obdobnou funkci, neboť obsahují abstraktní pojmy, které tvoří jejich základ. Tak např. podle § 2958, resp. 2599 lze poskytnout náhradu při ublížení na zdraví a při usmrcení podle zásad slušnosti. Lze tedy dovozovat zásadu slušnosti, a to nejen v souvislosti s mírou odškodnění, ale její působnost lze dovést jako obecnou v celém rozsahu občanského zákoníku.

Obdobně zákon stanoví (např. v § 2061 odst. 1 písm. a)), že kupující určité vlastnosti očekává. Takový pojem je základem legitimního očekávání jako obecné kategorie známé např. z unijního práva. Takto lze pokračovat rozбором dalších obdobných konkrétních ustanovení, a tvrdit, že tyto „implicitní“ obecné klauzule mají stejný či obdobný význam jako ty, které jsou výslovně v NOZ vyjádřeny (viz § 1–8).

Z hlediska působnosti je možné rozlišovat mezi těmi obecnými klauzulemi, které mají věcně omezenou působnost se zaměřením např. na vztahy závazkového, případně věcného práva na straně jedné, a těmi, jež platí obecně na straně druhé. Do posléze označené kategorie lze zařadit dobrou víru, poctivost (tzv. objektivní dobrou víru),<sup>14</sup> dobré mravy či veřejný pořádek. Určitý standard, resp. postavení zásad obecného charakteru a všeobecné působnosti mají kategorie slušnosti, důvěry stran, spravedlnosti či legitimního očekávání.

<sup>14</sup> MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P. a kol.: *Občanský zákoník v § 1–17*. Praha, 2013, Komentář k § 6, marg. č. 11 an., s. 105 an.

Obdobný účel sledují pojmy zneužití práva, obcházení zákona, šikana apod. Jde o právní instituty obecné části občanského práva, nebo dokonce obecného charakteru, přesahující samotné občanské právo.

Jaký je vzájemný vztah těchto pojmů? Některé z nich jsou např. ve vztahu příčiny a následku. Tak podle německého práva je zneužití práva důsledkem porušení dobré víry. Proti tomu v rakouském právu je příčinou zneužití práva rozpor s dobrými mravy.

Podle význačného názoru v českém právu<sup>15</sup> je zneužití práva důsledkem porušení celé řady těchto generálních klauzulí, jež mají funkci určitých právních či morálních zásad.

Zvláštní pozornost si zasluhuje vzájemný vztah vnitřního veřejného pořádku a dobrých mravů. Zejména v germánském právním okruhu totiž převládá názor, že tyto instituty sledují v podstatě stejný účel, a proto je jejich „paralelní“ existence nadbytečná. Tomuto problému se věnujeme jak při rozboru právních řádů, jež v občanském právu znají veřejný pořádek i dobré mravy (Francie, Švýcarsko), tak těch, které upravují jen dobré mravy (Německo), a zejména analyzujeme tento problém v případě NOZ, který vedle dosud známého institutu dobrých mravů nově zavedl veřejný pořádek.

### 3. VEŘEJNÝ POŘÁDEK. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

#### 3.1 ÚČEL, DRUHY, TERMINOLOGIE A POJMOSLOVÍ

Veřejný pořádek je typickou obecnou klauzulí relativně širokého použití, neboť se vyskytuje nejen v soukromém právu, ale především v mezinárodním právu soukromém a procesním, v právu Evropské unie a dále v právu policejním. Má všechny charakteristické znaky obecné klauzule: její relativní neurčitost dává relativně široký prostor k uvážení při jeho aplikaci. Veřejný pořádek je relativním pojmem, neboť jeho obsahem jsou kategorie, které se mohou v čase změnit a mění se i relevance jednotlivých z nich pro veřejný pořádek. Obdobně jako u kategorie dobrých mravů mluvíme o relativitě veřejného pořádku.

Z hlediska původu jevů, jejichž standard se používáním výhrady veřejného pořádku zajišťuje, lze rozlišovat dvě oblasti. Jednak to jsou vlivy či jevy pocházející ze zahraničí a zde pak výhrada veřejného pořádku slouží v rámci mezinárodního práva soukromého a procesního, resp. evropského unijního práva. Na druhé straně v ryze tuzemských právních poměrech se používá vnitřního veřejného pořádku (*ordre public interne*). Jde převážně o soukromoprávní vztahy, ale i vztahy policejního práva.

Institut veřejného pořádku je kategorií sloužící k obraně určitého právního společenství, resp. právního řádu a právních vztahů na něm vybudovaných zejména před vlivy přicházejícími v důsledku aplikace cizích právních řádů, které mohou určitou rovnováhu tuzemského právního řádu vážně narušit. Veřejný pořádek je proto nástrojem, byť výjimečně používaným, namířeným proti tomuto „škodlivému“ působení. Jak uvidíme,

<sup>15</sup> Viz PULKRÁBEK, Z.: *Zákaz zneužití práva v rozporu s jeho účelem*. Praha, 2007; LAVICKÝ, P. In: LAVICKÝ, P. a kol.: *Občanský zákoník I, Obecná část (§ 1–654)*. Praha, 2014, Komentář k § 8, marg. č. 1.

existuje celá škála tohoto pojmu (viz kapitola 4). Veřejný pořádek má totiž jako nástroj obrany, ale i, jak ještě uvidíme, určitého pozitivního náboje, různé fazety. Tradičně se v českém právním řádu objevuje mezinárodní veřejný pořádek zakotvený v zákoně o mezinárodním právu soukromém (též „MPS“) a procesním. Má kolizněprávní podobu a formu nástroje mezinárodně práva procesního. Společným znakem obou těchto institutů je obrana před vlivem (výsledkem) aplikace cizího právního řádu, jenž je v rozporu se základními hodnotami tuzemského právního společenského systému.

Vedle toho existuje tzv. unijní veřejný pořádek v unijním (evropském) primárním právu (viz 4.5). Slouží jako omezení pohybu základních faktorů vnitřního trhu. Jeho základem je obrana určitého společenství (státu, EU apod.) v zájmu určitých hodnot či společných zájmů.

Konečně existuje jeho čistě „tuzemská“ forma v občanském právu (tzv. ordre public interne, viz kap. 6–8), která má poněkud jiný účel než výše uvedené druhy veřejného pořádku; má však stejný znak spočívající v obraně tuzemských základních zásad a hodnot. Tento institut je předmětem další analýzy v kapitolách 5–7. Ryze tuzemský charakter má institut veřejného pořádku v rámci policejního práva.

### 3.2 OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU, STANDARDY A MĚŘÍTKA

Jde o jednu z nejdůležitějších otázek veřejného pořádku.

Veřejný pořádek je právní kategorie, jejímž obsahem jsou převážně instituty ústavního práva. Ty jsou měřítkem přípustnosti, resp. nebo naopak neakceptovatelnosti určitých postupů či jevů.

Zdůrazňuje se význam základních hodnot, účelu zákona, zásad, na kterých je třeba trvat apod. Veřejný pořádek zahrnuje především tyto prvky:

#### a) Základní lidská práva

Základní lidská práva jsou nejen novým fenoménem 2. pol. 20. století vůbec, ale i novinkou a specifickým fenoménem v oblasti mezinárodního práva soukromého a procesního. K jejich přímé aplikaci dochází postupně, a to až v 70. a 80. letech 20. století.

Jednotlivá základní lidská práva jsou tangována různou měrou a rozdílným způsobem. Obsahem veřejného pořádku používaného v soukromém právu jsou především dotčená osobní, hospodářská základní lidská práva, zatímco v oblasti unijního práva se součástí veřejného pořádku stávají především základní práva politická, ale i hospodářská a sociální.

#### b) Základní právní principy

Obsahem veřejného pořádku jsou především principy ústavního práva. V oblasti soukromého práva mají však význam i principy tohoto právního odvětví.

#### c) Evropská dimenze

Tímto pojmem rozumíme určité aspekty unijního práva, které bez ohledu na intenzitu poměru daného skutkového stavu (právního vztahu) k tuzemskému právnímu řádu členského státu by měl tuzemský veřejný pořádek vždy respektovat.

#### d) Mezinárodní charakter

Je příznačné, že veřejnému pořádku v oblasti mezinárodního práva soukromého a mezinárodního práva procesního (MPP), jakož i práva unijního je vlastní mezinárodní charakter. Proto také je v oblasti prvních dvou právních odvětví veřejný pořádek nazýván veřejným pořádkem mezinárodním. Používá se tedy v právních vztazích s cizím, resp. unijním prvkem.

### 4. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V MEZINÁRODNÍM PRÁVU SOUKROMÉM A PROCESNÍM (ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL). UNIJNÍ VEŘEJNÝ POŘÁDEK. ZÁKLADNÍ OTÁZKY

#### 4.1 VEŘEJNÝ POŘÁDEK V MPS A MPP

Institut veřejného pořádku patří k obecné části mezinárodního práva soukromého a procesního a slouží k obraně proti právně relevantním vlivům, jež jsou v rozporu se základními hodnotami, resp. idejemi určitého společenství, především státu či Evropské unie. Podle klasického konceptu mezinárodního práva soukromého představuje veřejný pořádek „poslední ventil“ proti škodlivým účinkům aplikace cizího práva a cizích rozhodnutí. Je tedy obranou proti právním jednáním na základě volby práva či objektivního hraničního ukazatele, jež jsou v rozporu s uvedenými hodnotami, resp. před následky zahraničních rozhodnutí. Jde o neurčitý pojem, který vyžaduje při svém použití jako výhrada veřejného pořádku precizaci (viz např. 4.2.1). Veřejný pořádek však má i pozitivní funkci k prosazení určitých hodnot prostřednictvím tzv. přímo aplikovatelných právních norem veřejného pořádku (viz 4.1.5).

Na evropské úrovni (viz 4.2.3) je tento pojem vyplňován evropskými hodnotami,<sup>16</sup> především lidskými právy obsaženými v Chartě základních práv EU, resp. EÚLP.

##### 4.1.1 ROZDÍL MEZI VEŘEJNÝM POŘÁDKEM V MPS A MPP

Veřejný pořádek v MPS označovaný jako kolizněprávní je třeba chápat jako nezpochybnitelné jádro právního řádu, na základě jehož působnosti se odmítá používat cizích hmotněprávních norem. Veřejný pořádek v MPP, zvaný procesní, je součástí vlastního procesního práva a vede k odepření uznání, resp. výkonu cizích rozhodnutí.

Tento rozdíl se v naší nauce neakcentuje, i když je podstatný. Cílem použití veřejného pořádku v kolizněprávním smyslu je ochrana před následky aplikace zahraničního právního řádu, když jeho výsledek je v rozporu se zásadními standardy. V případě procesního veřejného pořádku nejde o aplikaci cizího právního řádu, nýbrž o působení rozhodnutí, jehož vadnost či rozpor s veřejným pořádkem může být dána několika faktory. Je výsledkem aplikace zahraničního práva, jež je v rozporu s tuzemským veřejným pořádkem. V mezinárodním právu procesním je použití veřejného pořádku odůvodněno

<sup>16</sup> Viz odst. 2 preambule SEU.



zásadním pochybením v řízení před cizím soudem před vydáním jeho rozhodnutí, o jehož uznání, resp. výkon se v tuzemsku žádá. Tyto vady mohou vzniknout v důsledku sice správné aplikace, avšak pochybných právních ustanovení, anebo vadnou aplikací správného procesního základu cizím soudem.

Společné rysy veřejného pořádku v mezinárodním právu soukromém a procesním jsou analyzovány v následujících pasážích. Specifické znaky veřejného pořádku v těchto dvou právních odvětvích jsou pak pojednány v 4.2 a 4.3.

#### *4.1.2 VAZBA NA ZÁKLADNÍ LIDSKÁ PRÁVA*

Jedním z obsahů veřejného pořádku, jakožto měřítko následků pronikání cizího práva ve shora uvedeném smyslu, jsou základní lidská práva (viz 3.3). Ačkoliv u nás existuje v současné době celá řada systémů či režimů základních lidských práv (např. Základní listina jakožto součást Ústavy ČR, EÚLP, Pakty OSN, Charta základních lidských práv EU), je pojmu základních lidských práv vlastní jejich nadnárodní charakter. Jsou-li základní lidská práva jedním z obsahů či základů veřejného pořádku, pak jej činí nadstátním. To se týká zejména případů s přeshraničním (cizím) prvkem. Klade se pak otázka významu vztahu dotčeného právního poměru či situace k dalším hodnotám, jež jsou ryze národního charakteru, a vůbec relace konkrétní skutkové situace (daného právního vztahu) k právnímu řádu státu, jehož orgán o věci rozhoduje. Tvrdí-li se, že vztah k tuzemsku je jedním z rozhodujících kritérií pro použití veřejného pořádku, pak uvedený argument toto tvrzení poněkud relativizuje.

#### *4.1.3 RELATIVITA VEŘEJNÉHO POŘÁDKU (PLNÝ ČI OSLABENÝ VEŘEJNÝ POŘÁDEK)*

Jde o různou intenzitu kritérií, jež mají v rámci mezinárodního práva soukromého zabránit aplikaci cizího práva, resp. následkům této aplikace. Převládající stanovisko tuto rozdílnost (relativita) přisuzuje míře intenzity vztahu daného skutkového základu k tuzemsku. Existují však opačné názory. Zřejmě však bude rozhodující obsah veřejného pořádku jakožto kritérium „filtrace“. Čím intenzivnější vztah k zahraničí (viz ZLP), tím nižší relativita a silnější potřeba jeho použití a opačně (viz 4.2.2).

#### *4.1.4 TZV. NORMY VEŘEJNÉHO POŘÁDKU*

Zatímco veřejný pořádek má takřikajíc negativní funkci, neboť brání vlivu z cizích právních řádů, normy veřejného pořádku mají funkci pozitivní, neboť chtějí být aplikovány. Jde o kogentní předpisy, jejichž obsahem jsou obecně či určitým právním řádem uznávané významné hodnoty či zájmy, které se prosazují bez ohledu na právní řád, který je na daný konkrétní právní vztah aplikován. Prosazují se i proti kolizním normám, resp. právnímu řádu, jenž byl na jejich základě použit.

V celé řadě právních odvětví existují ustanovení, která působí obdobně jako veřejný pořádek v mezinárodním právu soukromém. Tyto instituty je však třeba odlišovat od kolizněprávního veřejného pořádku.



#### 4.1.5 CIZÍ PRÁVO A MÍRA ROZPORU S VEŘEJNÝM POŘÁDKEM

O tom, co je „cizí právo“, rozhoduje aplikovaný cizí právní řád, tedy zejména jeho nauka o právních pramenech. Ta je relevantní pro určení toho, co je třeba rozumět pramenem práva.

Předmětem použití veřejného pořádku je celkový výsledek aplikace. Mnohdy je velmi složité, ačkoliv na to teorie neupozorňuje, posoudit soulad či rozpor s tuzemskými standardy. Zda např. nemůže určitý rozpor být vyvážen „nadstandardním“ pozitivním působením cizího právního řádu. Tak tomu zřejmě není (viz dále 4.2).

Jak již bylo řečeno, veřejný pořádek je jakýmsi posledním ventilem, „ultima ratio“, tedy řešením zcela zásadních rozporů, jež není možné překonat jiným způsobem. Jeho aplikace přichází v úvahu jen v případech zřejmého rozporu výsledků aplikace cizího právního řádu či procesních pochybení v řízení o vydání rozhodnutí, jehož uznání či výkon se v tuzemsku žádá. Je zřejmé, že i zde má soudce relativně široký prostor k uvážení. Proto i zde mluvíme o relativitě veřejného pořádku.

Rozpor s veřejným pořádkem musí tedy být kvalifikovaný, tj. musí pro daný případ představovat nepřekonatelnou, neúnosnou překážku. Zanedbatelný rozpor není důvodem k použití výhrady veřejného pořádku.

Právní úpravy kolizněprávního a procesněprávního veřejného pořádku zpravidla tuto obzvláštní míru rozporu s veřejným pořádkem jako podmínku aplikace výhrady výslovně upravují. Proto také k jejímu použití dochází zřídka.

#### 4.1.6 FAZETY VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V MPS A MPP

Z hlediska funkce lze rozlišovat negativní a pozitivní veřejný pořádek. Negativní veřejný pořádek znamená ochranu, tedy vylučování používání cizího právního řádu. Pozitivní veřejný pořádek reflektuje jeho funkci používat základní hodnoty jako důvod k odepření aplikace právního řádu, resp. použití náhrady za odepřený cizí právní řád. Obsahu tohoto pojmu se používá i v případě aplikace kogentních předpisů, tedy tzv. norem veřejného pořádku. Jde o tzv. přímo aplikovatelné normy, které v rámci lex cause je třeba „automaticky“ používat (viz 4.1.4.).

Z hlediska působnosti a původu se rozlišuje národní, mezinárodní a evropský veřejný pořádek. První z nich spočívá na národních představách, mezinárodní veřejný pořádek je především *ius cogens* mezinárodního práva veřejného, který je třeba použít jako soubor závazných právních principů zavazující subjekty tohoto právního odvětví. Současně však je možné chápat mezinárodní veřejný pořádek ve smyslu základních právních zásad, které jsou jako absolutní jádro mezinárodního práva veřejného společné všem národům (státům).<sup>17</sup>

<sup>17</sup> KROPHOLLER, J.: *Internationales Privatrecht*. 4.vyd. Tübingen, 2001, § 36, s. 242 an.

#### 4.1.7 PŘEDMĚT PŮSOBNOSTI

Při zjišťování souladu či rozporu s veřejným pořádkem jde o používání hmotněprávní kontroly spravedlnosti, jakožto mimořádného nástroje MPS, která jinak je k dispozici pouze zákonodárci. Základem je zjištění obsahu dotčeného základního práva.

Podstatné právní zásady (účel zákona, dobré mravy) jsou podmíněné časem a místem a proto se mluví o relativitě veřejného pořádku (viz 4.1.3), jež má klíčový význam pro rozsah jeho působnosti v daný okamžik při použití v konkrétním případě.

Podstatné jsou jak ochrana zájmů jednotlivce, tak ochrana státních, resp. veřejných zájmů.

#### 4.2. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V MPS

##### 4.2.1 OBECNĚ

Klauzule veřejného pořádku jsou obsaženy téměř ve všech evropských nástrojích kolizního práva, ať již ve smlouvách, nebo v nařízeních. Vlivem evropské harmonizace lidských práv dochází i k europeizaci veřejného pořádku. Veřejný pořádek je znám ve všech kodifikacích mezinárodního práva soukromého a v současné době je používán proti účinkům (např. islámského práva) působícím diskriminaci žen. Podstatný je obecný koncept, že veřejný pořádek se aplikuje s ohledem na výsledek použití cizího práva v konkrétním případě, jenž je v dané situaci neúnosný. Nejde tedy o jakousi abstraktní kontrolu norem cizího práva. Použití veřejného pořádku závisí též nejen na míře rozporu s ním, ale i na vztahu dotčeného konkrétního skutkového stavu k tuzemskému právnímu řádu.<sup>18</sup>

Obecně se vychází z určité klasifikace veřejného pořádku podle jeho funkce. Tak se rozlišuje především negativní a pozitivní veřejný pořádek, přičemž je třeba činit další rozdíl mezi obsahem veřejného pořádku a jeho funkcí. Obsah veřejného pořádku tvoří nezpochybnitelné zásady, resp. hodnoty určitého právního společenství (např. státu, EU). Ty jsou vyjádřeny v jeho řádu mravním, a v dalších zejména extralegálních pramenech. V tomto smyslu jde o negativní veřejný pořádek. Funkce klauzule veřejného pořádku může mít jak negativní, tak pozitivní účinky, a to podle toho, zda má za úkol prosazovat tuzemské právní normy, anebo chránit před výsledkem aplikace cizího práva.

Koneckonců se však toto rozlišování ukazuje mnohdy jako mylné, zejména s ohledem na to, že tuzemský veřejný pořádek má hlavně obrannou a tedy negativní funkci. O pozitivní funkci veřejného pořádku mluvíme především ve smyslu přímo aplikovatelných norem veřejného pořádku (viz 4.1.5).

Podle původu kolizněprávního veřejného pořádku rozlišujeme národní, mezinárodní a evropský veřejný pořádek.

<sup>18</sup> SEIDL-HOHEVELDERN, I.: Ordre public (public order). In: BERNHARD, R. (ed.): *Encyklopedia of Public International Law*, 3. svazek. Heidelberg, 1997.

Národní veřejný pořádek se dovolává tuzemských hodnot, resp. zásad. Mezinárodní veřejný pořádek je chápán subjekty mezinárodního práva veřejného jako kogentní právo (*ius cogens*) v mezinárodních vztazích.<sup>19</sup> Tento veřejný pořádek je chápán jako určitá opora národního veřejného pořádku. Zčásti jsou jím označovány právní zásady mezinárodního práva veřejného.<sup>20</sup>

Evropský veřejný pořádek je chápán jako jevová forma regionálního veřejného pořádku. Tento pojem je považován za určitý protipól mezinárodního veřejného pořádku, jenž vykládá zejména ESD a který vychází z toho, že je sumou kogentního práva státu, resp. EU a týká se nezpochybnitelných hodnotových soudů a zásad bez ohledu na to, zda pocházejí z národního, evropského nebo mezinárodního konceptu.<sup>21</sup>

Rozlišuje se též plný a zeslabený (umírněný, viz relativita veřejného pořádku, 4.1.3) veřejný pořádek.<sup>22</sup> Plná varianta se označuje jako kolizněprávní varianta veřejného pořádku a vyjadřuje, že veřejný pořádek v nalézacím řízení je třeba respektovat v jeho plném rozsahu, zatímco v řízení uznávacím nebo vykonávacím v oslabené či mírnější formě, jak o tom svědčí praxe ve francouzském nebo švýcarském právu,<sup>23</sup> např. při uznávání právních aktů vydaných v cizině, týkající se polygamních manželství apod. Používání procesního veřejného pořádku jako jeho mírnější formy se odůvodňuje tím, že cizí rozhodnutí, resp. jiné akty již způsobily právní následky a jejich neuznání by vedlo ke kulhajícím právním poměrům.

Konečně lze rozeznávat bezpodmínečný a podmíněný veřejný pořádek.<sup>24</sup> To se týká otázky, zda použití veřejného pořádku předpokládá určitý vztah k tuzemsku obsažený v daném právním poměru.

Předmětem testování použití výhrady veřejného pořádku je konkrétní výsledek použití právní normy povoláné tuzemským právním řádem. Je nepodstatné, zda právo se aplikuje na základě volby práva nebo objektivního navázání. Předmětem zjišťování jsou právní normy cizího státu ve smyslu tohoto práva, ať již to jsou zákony, zvykové právo, soudcovské právo nebo další prameny. Předmětem zkoumání je ovšem výsledek použití konkrétní cizí normy v konkrétním případě. Rozhodující je výsledek použití cizího práva v širokém smyslu, zahrnující reflexi právního kontextu dotčené normy, a vůbec celkovou právní úpravu. Měřítkem zkoumání rozporu s veřejným pořádkem jsou základní práva jako zvláště důležitá součást ústavního pořádku a základní právní principy.<sup>25</sup> Základní právní principy jsou závislé na době a prostředí, a proto je jejich obsah proměnlivý: relativita veřejného pořádku jako měřítko. Co patří k veřejnému pořádku, vyplývá ze situace v době rozhodnutí.

Je možné vycházet z toho, že každé porušení základních práv je zřejmým porušením základních právních principů. S tím není v rozporu situace, že i aplikace tuzemského

<sup>19</sup> SONNENBERGER, H.-J.: MünchKommBGB/Sonnenberger, Einl. IPR, marg. č. 53.

<sup>20</sup> VALLINDAS, P. G.: Der Vorbehalt des ordre public im Internationalen Privatrecht. *RabelsZ* 18, 1953, 1, s. 9 an.

<sup>21</sup> SONNENBERGER, H.-J.: Komentář k čl. 6 EG BGB, marg. č. 19.

<sup>22</sup> *Ibidem*, marg. č. 22.

<sup>23</sup> *Ibidem*, marg. č. 21.

<sup>24</sup> Viz SONNENBERGER, pozn. 25, marg. č. 3.

<sup>25</sup> MARTINY, D.: Die Zukunft des europäischen ordre public in Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht. In: COESTER, M. et al. (eds.): *FS Hans-Jürgen Sonnenberger*. München, 2004, s. 523 an.

práva v případě čistě tuzemského skutkového základu by byla v rozporu se základními právy. Dále je třeba velmi diferencovaného používání základních práv.<sup>26</sup> Tak např. německý ústavní soud poukazuje na to, že sám ústavodárce rozlišoval dopad jednotlivých základních práv mezi tuzemci a cizinci.<sup>27</sup> Nezávisle na tom může základní právo svojí podstatou být v určitém komplexním vztahu k ústavě, a tak by jeho „bezohledné“ prosazování v případě cizího skutkového základu protičeilo jeho smyslu a účelu ochrany. Veřejnému pořádku náleží nejen tuzemská úprava základních práv, nýbrž i systém v EÚLP.

Rozpor se základními právy v důsledku aplikace cizí právní normy představuje významný případ rozporu s veřejným pořádkem, přičemž relevantní je obsah dotčeného základního práva. Rozhodující je však celkový výsledek použití zahraničního práva. Měřítkem rozporu s veřejným pořádkem je výsledek, ke kterému by bylo možné dospět aplikací tuzemského práva.

Jestliže se výsledek použití cizí normy podstatně neodchyluje od výsledku aplikace tuzemské normy, není důvod k použití veřejného pořádku. Jeho aplikace předpokládá podstatnou diskrepanci poměřovaných výsledků.<sup>28</sup> Platí, že měřítkem je individuální spravedlnost, jež představuje jeden z nosných veřejných zájmů. Rozhodující jsou zásadně hmotněprávní hodnocení. Určitou doplňující roli hrají též dobré mravy.

Evropský koncept veřejného pořádku MPS však vychází nejen z významu základních práv, ale především základních svobod, jak to plyne též ze společných právních principů jednotlivých právních řádů (jde o evropský common core of the ordre public).<sup>29</sup>

Podstatná je tedy orientace na hodnotová kritéria,<sup>30</sup> přičemž hodnocení rozporu s veřejným pořádkem není legitimací k jakési abstraktní kontrole zahraničních právních norem.<sup>31</sup>

#### 4.2.2 ROZPOR S VEŘEJNÝM POŘÁDKEM A JEHO ŘEŠENÍ

Rozpor s veřejným pořádkem nespočívá tedy ani v odchylce cizí právní normy od tuzemské, ani v odchýlném působení právního následku tuzemském, nýbrž v neúnosných následcích aplikace cizí právní normy.<sup>32</sup> Míra rozporu musí být výrazná, neúnosná.

Relevantní je též vztah dotčeného právního poměru k tuzemsku, tedy určitá prostorová relativita veřejného pořádku. Relevantním vztahem k tuzemsku se rozumí veškeré relevantní osobní a věcné okolnosti. Výrazný vztah k tuzemsku je dán např. obvyklým pobytem dotčené osoby. Relevantní je též vztah k přítomnosti. Proto se mluví o časové relativitě rozporu s veřejným pořádkem.

Náhražkou za neaplikované ustanovení cizího právního řádu by měla být buďto jiná část cizího právního řádu v rámci *lex causae* nebo odpovídající ustanovení *lex fori*.

<sup>26</sup> Viz SONNENBERGER, pozn. 19, s. 22.

<sup>27</sup> SONNENBERGER, pozn. 21, marg. č. 75 an.

<sup>28</sup> MARTINY, pozn. 25, s. 526 an.

<sup>29</sup> MARTINY, pozn. 25, s. 526 an.

<sup>30</sup> SONNENBERGER, pozn. 23, s. 18.

<sup>31</sup> SPICKHOFF, A.: *Der ordre public im internationalen Privatrecht*. Neuwied, Frankfurt, 1989, s. 146.

<sup>32</sup> SIEHR, K.: *Internationales Privatrecht*. Heidelberg, 2001, s. 488 an.

#### 4.2.3 EVROPSKÝ KOLIZNĚPRÁVNÍ VEŘEJNÝ POŘÁDEK

Harmonizací určitých oblastí právních řádů se vytváří společný minimální hodnotový a právní standard soukromého práva. Takovéto minimum by mělo být prosazeno vůči právu třetího státu, jestliže skutkový stav vykazuje dostačující souvislost s územím jednoho nebo více členských států EU. Použití veřejného pořádku však nemůže být využíváno k harmonizaci práva v EU jenom proto, že např. směrnice není řádně transponována. Tato okolnost nevede k použití evropského veřejného pořádku.

Evropský koncept veřejného pořádku MPS se podává z významu základních práv, ale především základních svobod, jak to plyne též ze společných právních principů jednotlivých právních řádů (jde o evropský *common core ordre public*).<sup>33</sup>

Použití výhrady veřejného pořádku vedoucí k neaplikaci cizího práva nemůže být odůvodněno pouze rozparem s národními hodnotami, nýbrž i porušením unijního práva, zejména základních práv.<sup>34</sup>

Je zřejmé, že v takovém případě převažují hmotněprávní zájmy, tedy konkrétní spravedlnost, která je jinak v mezinárodním právu soukromém cizí.

Podstatná jsou hodnotící kritéria a tedy orientace na hodnoty zákonodárce. Stejně tak podstatná je orientace na extralegální měřítko.

#### 4.3 SPECIFIKA VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V MPP

V mezinárodním procesním právu má veřejný pořádek význam především při uznání a výkonu cizích rozhodnutí, stejně jako otázkách doručování nebo mezinárodního práva konkurzního. Podle nařízení Brusel I se rozpor s veřejným pořádkem nezkoumá z úřední povinnosti. ESD sice veřejný pořádek nedefinoval, ale zdůraznil svoji povinnost jej strážit „přes hranice“. Uznal jako rozpor s veřejným pořádkem např. popření práva na obhajobu.<sup>35</sup>

Evropská výhrada procesního veřejného pořádku zaznamenala pozoruhodný vývoj k omezení jeho významu. Úpravu veřejného pořádku totiž neobsahují nařízení o evropském exekučním titulu<sup>36</sup> a upomínacím řízení.<sup>37</sup> V době přijímání těchto předpisů se vycházelo z představy nadbytečnosti používání výhrady veřejného pořádku, jako nástroje určeného k ochraně před jevy, jejichž výskyt mezi členskými státy Evropské unie (tehdy ES) je krajně nepravděpodobný. Soudní systém byl považován za natolik vyspělý, že jeho fungování je ve všech státech imanentní respektování základních procesních principů včetně zásady *fair trial*, a to bez ohledu na to, zda soudy aplikují vlastní procesní předpisy, nebo se řídí jednotnými evropskými pravidly soudního řízení.

Zkušenost však, jak ukazuje např. rozhodnutí ve věci *Krombach v. Bamberski* a celá řada dalších rozhodnutí, svědčí o tom, že následkům některých zásadních procesních

<sup>33</sup> Srov. SPICKHOFF, pozn. 35, s. 146, 147 a WURMNEST, W.: *Ordre public*. In: LEIBL, S. – UNBE-RATH, H. (eds.): *Brauchen wir eine Rom 0 – Verordnung?* Jena, 2013, s. 477.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 148, 149.

<sup>35</sup> MARTINY, pozn. 25, s. 527.

<sup>36</sup> Srov. Rozsudek ESD ve věci *Krombach/Bamberski*, Úř. věst. 2000, I-1935, odst. 39 an.

<sup>37</sup> Viz nařízení 805/2004/ES.

pochybení nelze zabránit jinak než použitím výhrady veřejného pořádku. Jedině tak lze např. zabránit uznání rozhodnutí, jež bylo vydáno v rozporu právě se základními principy procesního práva.

#### 4.5 FORMY INTERNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V NÁRODNÍM PRÁVNÍM ŘÁDU – POLICEJNÍ PRÁVO

Pojmy „öffentliche Ordnung“, „ordre public“ a „public policy“ mají v Německu, Francii a Anglii mnohé společné významy, obsahují však i značné odchylky.

Nejvýrazněji se to projevuje v policejním právu. Ve Francii a Německu znamenají pojmy öffentliche Ordnung resp. ordre public chráněné statky, které jsou v těchto právních řádech chápány velmi rozdílným způsobem. Francouzský ordre public se blíží svým rozsahem německému dvousloví veřejná bezpečnost a pořádek (öffentliche Sicherheit und Ordnung). Pouze v Anglii není žádný paralelní význam pojmu public policy. Zde se používá místo něho v shromažďovacím a spolčovacím právu pojmu public order. I anglické právo však zná veřejnoprávní formu public policy. Tento pojem slouží v tomto rámci k odůvodnění imanentní hranice bezpodmínečně formulovaným nároků vůči veřejné správě. Ve větším rozsahu chápe též francouzské právo ordre public jako imanentní omezení základních práv. Má dokonce postavení ústavního pojmu.

#### 4.6 UNIJNÍ VEŘEJNÝ POŘÁDEK

##### 4.6.1 ÚVOD

Veřejný pořádek zahrnuje státní zájmy základního významu, neboť jak tento pojem vymezil ESD, porušení veřejného pořádku vyvolává skutečně a dostatečně závažné ohrožení ve smyslu policejního práva, které se dotýká základních zájmů společnosti.<sup>38</sup> Tato definice je používána též ve smyslu veřejného pořádku podle čl. 30 SFEU. Do obsahu veřejného pořádku v oblasti volného pohybu zboží patří např. odhalování a stíhání trestných činů, ale i např. placení neplatnými stříbrnými mincemi apod. Jeho součástí je i veřejná bezpečnost.

##### 4.6.2 POJEM

Pojem unijního veřejného pořádku lze definovat jako souhrn právních statků označených v SES (nyní SFEU), odvozených z unijních základních práv.<sup>39</sup> Jeho součástí je soubor vrchnostensky stanovených základních pravidel, na nichž je třeba trvat a která jsou vydávána v zájmu politické a sociální struktury společnosti.<sup>40</sup>

Zvláštnost unijního veřejného pořádku spočívá v tom, že slouží národním zvláště chráněným zájmům (viz účel ad 4.5.4). Otázku, co je z hlediska členského státu důvo-

<sup>38</sup> Viz nařízení 1896/2006/ES.

<sup>39</sup> SCHRÖDER, W. In: STREINZ, R. (ed.): *EUV/AEUV*. 2. vyd. München, 2012, s. 536, marg. č. 9.

<sup>40</sup> BECKER, U. In: SCHWARZE, J.: *Kommentar zu EUV und AEUV*. 3. vyd. Baden-Baden, 2009, Komentář k čl. 36, marg. č. 11.

dem k použití veřejného pořádku, je třeba zodpovědět podle národních aspektů a poměrů. To ovšem musí být kompatibilní s unijním právem. Aplikaci veřejného pořádku národním orgánem členského státu je třeba spojovat s tím, že kromě rozporu s veřejným pořádkem v důsledku porušení zákona existuje i skutečné a dostatečně závažné ohrožení, které se dotýká základních zájmů společnosti.<sup>41</sup>

Ordre public evropským jakožto neurčitý právní pojem však způsobuje především problém kompetencí. Je třeba totiž rozhodnout, kdo v konečné fázi, tj. při jeho aplikaci je oprávněn určit obsah tohoto pojmu. Bez ohledu na to platí, že veřejnému pořádku přísluší nadstátní působnost, i když se členským státům ponechává na základní úrovni určitý prostor k uvážení. Posléze na druhém stupni podléhá výsledek národního testu unijní kontrole, takže těžiště tohoto pojmu je v konečné instanci v rukou ESD. Unijní veřejný pořádek lze tak kvalifikovat jako unijní rámcový pojem.

#### 4.6.3 FORMY ÚPRAVY UNIJNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Úprava unijního veřejného pořádku se uskutečňuje různým způsobem. Schematicky lze vymezit tři techniky.<sup>42</sup> První představuje prostá konkretizace tohoto pojmu. Tak tomu bylo např. ve směrnici 244/1991/EHS.

Koncretizace veřejného pořádku se uskutečňuje i judikaturou ESD. V tomto rámci se ukázalo, že ESD označuje určité kategorie i práva policejního za součást veřejného pořádku.<sup>43</sup> ESD se však spíše koncentruje na vypracování určitých směrnic výkladu, které slouží k vyplnění tohoto flexibilního pojmu.<sup>44</sup> Základními myšlenkami judikatury jsou ochrana základních svobod před omezeními ze strany členských států, stejně jako výklad výhrad, které jsou součástí systému unijního práva. Vedle pozitivního vyplňování obsahu se unijní právo stará o kontrolní mechanismy pro negativní vymezení působnosti veřejného pořádku.

Třetí druh techniky se používá tehdy, jestliže určitý národní zájem na ochraně nelze z tohoto pojmu vytěsnit. V těchto případech unijní právo zásadně určité národní zájmy jako součást veřejného pořádku akceptuje.

Při používání, resp. výkladu veřejného pořádku se přihlíží k principu přiměřenosti v souladu se základními právy a základními hodnotami členských států.

#### 4.6.4 ÚČEL UNIJNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Účelem této výhrady je „bezpečnostní ventil“ pro národní zájmy, který poskytne členským státům možnost odchýlit se od pravidel vnitřního trhu podle vlastní potřeby. Jde o možnost negace práv poskytnutých zakládacími smlouvami z důvodu národních zájmů.<sup>45</sup> Článek 48 odst. 3 SFEU omezuje působnost veřejného pořádku na

<sup>41</sup> Viz rozsudek ve věci 30/77 Regina v. Bouchereau (1977) ECR-199, marg. č. 7–8.

<sup>42</sup> Viz FRENZ, W.: *Handbuch Europarecht*, sv. 1, Europäische Grundfreiheiten. Berlin, 2004, s. 358–359, marg. č. 943 an.

<sup>43</sup> FRENZ, ibidem.

<sup>44</sup> SCHRÖDER, pozn. 39, marg. č. 12.

<sup>45</sup> Viz WURMNEST, pozn. 33, s. 446 an.



v něm obsažená práva. Rovné zacházení podle čl. 48 odst. 2 SFEU, tj. zaměstnávání, odměna a další pracovní podmínky musejí být zachovány bezvýhradně.<sup>46</sup> Nejednoznačná situace je v otázce přístupu k zaměstnání, např. v oblastech týkajících se bezpečnosti (např. zbrojní průmysl). Veřejný pořádek a jeho výkon směřují k zákazu jakékoliv omezení přístupu k zaměstnání. Omezení na základě řečené výhrady se nesmějí nikdy opírat o pouhý zahraniční prvek, nýbrž vycházet výlučně z důvodů, které se týkají konkrétní osoby. Unijní veřejný pořádek neumožňuje vyjmout celé průmyslové oblasti z režimu základních svobod.<sup>47</sup>

Unijní právo však nezná jednoduchý, přímočarý koncept veřejného pořádku. Stanovení předpokladů jeho aplikace, na základě kterých je dáno ohrožení určitých právních statků, spočívá na členských státech.<sup>48</sup> Dovolání se výhrady má konstitutivní význam.<sup>49</sup>

K obsahu unijního veřejného pořádku patří zejména ochrana podstatných právních statků proti nedovoleným zásahům, pokud tím jsou dotčeny základní zájmy členských států. To může nastat při nepokojích zaviněných importem nebo exportem, vedoucích např. k uzavření dopravních cest. K veřejnému pořádku lze počítat např. právní úpravu mincovnictví, stejně jako užívání důležitých veřejných služeb či stíhání trestných činů krádeže automobilu.<sup>50</sup> Oproti tomu nepokrývá unijní veřejný pořádek opatření, která jsou učiněna v zájmu kapitálového trhu, soutěžní politiky, rovnováhy platební bilance či devizového hospodářství. Zařazení hledisek ochrany spotřebitele do pojmu veřejného pořádku judikatura odmítá.<sup>51</sup>

Rozpor s veřejným pořádkem ve smyslu čl. 45 odst. 3 SFEU předpokládá, že jsou porušeny vnitrostátní právní předpisy. V tomto rámci lze výhradu veřejného pořádku použít, avšak pod unijní kontrolou.<sup>52</sup> Je třeba přihlížet k základnímu chápání veřejné morálky členského státu, jež se projevuje v jeho právních předpisech.<sup>53</sup>

#### 4.6.5 VÝKLAD UNIJNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Unijní veřejný pořádek je třeba vykládat unijně autonomně. Výklad na základě interpretace stejně znějících pojmů tuzemského zákonodárství (policejní právo) nepřichází v úvahu.

Pro vymezení tohoto pojmu je třeba používat obecných výkladových zásad. Členské státy mají prostor ke konkretizaci svých příslušných základních zájmů, i když jejich uznání jako součásti veřejného pořádku je omezeno jakožto výjimka v čl. 36 SFEU.

Veřejný pořádek zahrnuje státní zájem základního významu.<sup>54</sup> Jeho použití s následkem neaplikace unijního práva přichází v úvahu tehdy, jestliže existuje skutečné

<sup>46</sup> Ibidem, 451.

<sup>47</sup> MÜLLER-GRAFF, P.-Chr. In: STREINZ, pozn. 39, s. 48, marg. č. 91, POILLOT-PERUZZETTO, Ch.: Ordre public dans le droit communautaire. In: *Recueil, Dalloz Sirey*, 1993, Chronique, s. 177.

<sup>48</sup> Viz závěrečný návrh generálního advokáta Darmona v případě Groener, C-379/77, marg. č. 35.

<sup>49</sup> Viz rozsudek ESD 131/85 Gül v. Regierungspresident Düsseldorf.

<sup>50</sup> Viz rozsudek van Duyn, 41/74.

<sup>51</sup> Rozsudek ve věci Rutili 36, 85 a 26/28 Bouchereau, resp. 30/77, marg. č. 8.

<sup>52</sup> Viz 157/79 Pieck.

<sup>53</sup> Srov. 7/78 Thomson.

<sup>54</sup> Viz C-239/90 Boscher.

a dostatečně závažné ohrožení, které se dotýká základních zájmů společnosti. Veřejný pořádek ve smyslu policejního práva musí být ohrožen konkrétním způsobem. Nepostačí např. obavy z protestních akcí, které by mohly veřejný pořádek ohrozit.<sup>55</sup>

Vážné ohrožení základního zájmu společnosti jako obsahová součást veřejného pořádku je obecný pojem. Neexistuje jednotná škála hodnot, jakožto jejich měřítko, takže určitý jev může být v členském státě velmi rozdílně posouzen. Tak tomu je v případě, že přijímací stát učiní vůči jednání vlastních občanů opatření k potlačení takového jednání, jež jsou nesrovnatelná s obdobným jevem u imigrantů.

#### 4.6.6 VEŘEJNÝ POŘÁDEK A MRAVNOST, NEMRAVNÉ ČINNOSTI

Pojem veřejné mravnosti není v unijním právu definován. Je ovšem pojmem primárního práva EU a tudíž se vykládá autonomně.<sup>56</sup> Týká se morálních představ, podle kterých se vytváří společný život lidí v daném členském státě. Představy o mravnosti musejí požívat normativní ochranu, která je důsledně uplatňována.<sup>57</sup> Tuto výhradu nelze ospravedlnit, nepoužívá-li členský stát příslušných opatření.<sup>58</sup> Vypřihování tohoto unijního pojmu přísluší členským státům, které mají značný prostor. To se týká i sexuální morálky.<sup>59</sup>

Veřejný pořádek není porušen ani při obecném nebezpečí, nýbrž je zapotřebí konkrétní jednání individua.<sup>60</sup>

#### 4.6.7 VEŘEJNÝ POŘÁDEK A NEPŘÍMÝ ÚČINEK SMĚRNICE

Jednou z důležitých otázek je, do jaké míry relativizovat (viz 4.1.4) pojem veřejného pořádku s ohledem na vztah k tuzemsku či naopak relativizovat jeho poměr k zahraničí.

Klade se i otázka, zda veřejný pořádek by mohl sloužit jako alternativa konformního výkladu, resp. sankce za porušení povinnosti transpozice směrnice. Jde o případ, kdy by mělo být aplikováno právo jiného členského státu, přičemž rozhodná ustanovení ne-reflektují právo evropské, tj. nebyla řádně či vůbec transponována ustanovení příslušné směrnice. Jde o to, zda ke konformnímu výkladu či přímému účinku má dojít na základě použití veřejného pořádku. Tento názor se však nezdá být dostatečně plausibilní. K řádné aplikaci rozhodného právního řádu, tj. ve smyslu přímého či nepřímého účinku je soud členského státu oprávněn, aniž by musel používat veřejný pořádek.

<sup>55</sup> Viz 95/01 Komise v. Itálie.

<sup>56</sup> 177/83 Kohl v. Ringelbahn.

<sup>57</sup> Srov. BECKER, U. In: SCHWARZE, viz pozn. 40, s. 11 a KINGREEN, T.: *Die Struktur der Grundfreiheiten des europäischen Gemeinschaftsrechts*. Berlin, 1999, s. 159.

<sup>58</sup> Viz 30/77 Bouchereau, marg. č. 33.

<sup>59</sup> FRENZ, pozn. 43, marg. č. 943 an.

<sup>60</sup> Viz 231/83 Cullet v. Leckvers a BECKER, U. In: SCHWARZE, pozn. 61, Komentář k čl. 30, marg. č. 9.

## 5. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V SOUKROMÉM PRÁVU (ORDRE PUBLIC INTERNE) V POJETÍ FRANCIE, NĚMECKA, ŠVÝCARSKA, ANGLIE, USA A ITÁLIE

### 5.1 FRANCIE

#### 5.1.1 POJEM

Pro pojem vnitřního veřejného pořádku má zcela zásadní význam francouzský občanský zákoník (dále CC). Jde především o jeho čl. 6, který v českém překladu zní: „Smlouva se nesmí odchýlit od zákonů týkajících se veřejného pořádku a dobrých mravů“.<sup>61</sup>

Vnitřním veřejným pořádkem v době vzniku CC se rozumělo veškeré veřejné právo. V prvních verzích návrhu CC se veřejný pořádek nezmiňoval, řeč byla o veřejném právu.<sup>62</sup> Portalis<sup>63</sup> upozornil na to, že jde o veřejný zájem, který zahrnuje vše, co patří pod pojmy kogentního práva, zneužití práva, veřejného pořádku a obecné prospěšnosti. Dnes nejsou veřejný pořádek a veřejné právo synonyma. Ohledně hledisek rozlišování však nepanuje shoda.<sup>64</sup> V 19. století sloužil veřejný pořádek též jako prostředek k prosazení příkazu morálky nebo zajištění individuální svobody.<sup>65</sup>

Byly činěny pokusy opsat veřejný pořádek prostřednictvím jiných abstraktních pojmů.<sup>66</sup> Používaly se proto pojmy sociální organizace (*organisation sociale*), sociální řád (*ordre social*) apod. Jednotlivé pojmy se odlišovaly, ale základní myšlenka byla stejná. Vnitřní veřejný pořádek by měl sloužit množině zásad a norem nutných k udržení společenského řádu.<sup>67</sup> Na základě tohoto konstatování lze však posuzovat rozpor s veřejným pořádkem jen případ od případu.

Podle jiného názoru<sup>68</sup> je možné použít vnitřní veřejný pořádek jenom na základě hodnocení zájmů, které jsou předpokladem vzniku a existence smlouvy nebo naopak jejího zániku. Obsah vnitřního veřejného pořádku je třeba konkretizovat na základě obecných zásad práva a posuzovat jej v souvislosti s právními instituty, jimž slouží.

Čl. 6 CC však mimo jiné rozděluje zákony do dvou kategorií – na ty, od kterých se lze odchýlit a ty, které platí bez ohledu na vůli stran. Tak rozlišuje předpisy kogentní a dispozitivní.

<sup>61</sup> Adoui, 115 a 116/81, marg. č. 8 a případ pornografie v rozsudku 34/79 Henn, Darby.

<sup>62</sup> Srov. čl. 6 Code Civil: „On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois intéressant l'ordre public et les bonnes moeurs.“

<sup>63</sup> Srov. SIMITIS, K.: *Gute Sitten und ordre public*. Hamburg, 1960, s. 81

<sup>64</sup> Cit. podle SIMITIS, pozn. 63, s. 85.

<sup>65</sup> FLEUR, J. – AUBERT, J.-L. – SAVAUX, E.: *Droit civil – Les obligations*. 9. vyd. Paris, 2000, marg. č. 253.

<sup>66</sup> TERRÉ, F. – SOMLER, Ph. – LEGUETTE, Y.: *Droit civil – Les obligations*. 6. vyd. Paris, 2006, marg. č. 175.

<sup>67</sup> Viz MALAURIE, Ph. – AYNES, L., STOFFEL-MUNCK, Ph.: *Les obligations*. 6. vyd. 2013, marg. č. 648.

<sup>68</sup> Ibidem, marg. č. 228.

### 5.1.2 VÝVOJ

Na počátku 20. století získal pojem veřejného pořádku na významu s následkem nárůstu kogentních předpisů, které buď výslovně tento pojem obsahují (ordre public textuel), anebo jsou svým charakterem kogentní a pak jde o tzv. ordre public virtuel.<sup>69</sup>

Ordre public zaznamenal pak další významný vývoj. Klasický veřejný pořádek (ordre public classique) byl totiž jednotným pojmem na rozdíl od současného veřejného pořádku, který se fragmentuje a má rozdílné následky.<sup>70</sup>

Klasický ordre public měl tři účely, a to konzervativní, soudní a negativní.<sup>71</sup> V prvé řadě měl bránit základní principy společnosti a obdobně jako dobré mravy byl pojmem, který konzervoval existující zásadní hodnoty zejména v oblasti autonomie vůle, smluvní svobody a soutěže.<sup>72</sup>

Obdobně jako dobré mravy má svojí podobu soudní, neboť soudce konstatuje rozpor smlouvy s ordre public a tak určité jevy zakazuje.<sup>73</sup>

V současné době se ordre public považuje za velmi komplexní a rozporuplný.<sup>74</sup> Vyskytuje se např. v mnoha předpisech určených k ochraně spotřebitelů v širokém slova smyslu. Jde např. o zákon z 6. 7. 1989 ohledně nájemní smlouvy nebo tzv. zákon Crvinew ohledně půjček, č. 28 z roku 1978 a 1979 nebo zákon z roku 1975 o ochraně spotřebitelů. Došlo i k jeho další diferenciaci.

Existuje např. několik odstínů ordre public, které se vyskytují v podobě politického ordre public, morálního ordre public a sociálního ordre public, jakož i ekonomického ordre public.<sup>75</sup>

První z nich spočívá v ochraně základní organizace společnosti a týká se státu, rodiny a individuálních svobod.

Morální ordre public je jakousi částečnou náhražkou za pojem dobrých mravů (bonnes moeurs). Jde především o sexuální morálku. Příkladem je případ zakázaných her nebo odměna za zprostředkování adopce.<sup>76</sup> Jde též o případy omezení základních práv a svobod.

Sociální ordre public se projevuje v ochraně sociálních práv, která se vztahují k pracovnímu právu a sociálnímu zabezpečení.<sup>77</sup>

Ekonomický veřejný pořádek je fenomén, jenž se objevil po 1. světové válce a vedl pak k ochraně slabších stran, jako jsou např. spotřebitelé.<sup>78</sup> V rámci ekonomického ordre public zákonodárce ukládá povinnost dodržovat pravidla nutná k uspokojení

<sup>69</sup> Ibidem, marg. č. 245.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Ibidem, marg. č. 158.

<sup>72</sup> Ibidem, marg. č. 160.

<sup>73</sup> PLANIOL, M. – RIPERT, G.: *Traité de droit civil français*. Paříž, 1930, marg. č. 226.

<sup>74</sup> MALIEAUD, pozn. 72, marg. č. 65. Viz již MALAURIE, P.: *L'ordre public et le contract*. Paris, 1954, s. 3 an.

<sup>75</sup> Ibidem, pozn. 72.

<sup>76</sup> Ibidem, pozn. 72, s. 75.

<sup>77</sup> Podle SIMITIS, pozn. 63, s. 89.

<sup>78</sup> Viz k tomu FAGES, B.: *Droit civil, Obligations*, a dále Cass, 1 Re civ. 5 nov. 1991.

ekonomického zájmu jako např. je zákaz dominantního postavení nebo boj proti inflaci a na druhé straně zajišťuje obranu individuálních zájmů zejména slabších stran.

### 5.1.3 PŮSOBNÍ ORDRE PUBLIC, JEHO NÁSLEDKY

Podle čl. 1131 a 1133 CC je smlouva protiprávní, jestliže je protiprávní její kauza. Protiprávnost kauzy je dána tehdy, jestliže záměr stran byl v době uzavírání smlouvy neslučitelný s vnitřním veřejným pořádkem (*ordre public interne*). Tak je tomu, jestliže strany sledují stejný protiprávní nebo rozdílný, ale protiprávní účel. Neplatná je smlouva i tehdy, je-li její předmět (*objet*) v rozporu s vnitřním veřejným pořádkem. Tento rozpor vede k protiprávnosti celé smlouvy. Je-li předmět smlouvy nepřipustný, jsou záměry stran nepodstatné.

Rozpor s vnitřním veřejným pořádkem má za následek totální neplatnost právního jednání. Každá žaloba na plnění z této smlouvy musí být zamítnuta. Neplatnost může být namítána kýmkoliv. Soud ji zjišťuje z úřední povinnosti.<sup>79</sup>

### 5.1.4 OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU. RESTRIKTIVNÍ NEBO EXTENZIVNÍ VÝKLAD ČL. 6 A 1133 CC?

Klíčovou kategorií představuje veřejný zájem, který vymezuje kogentní předpisy soukromého práva takto vymezené již římským právníkem.<sup>80</sup>

Podle Mauguina<sup>81</sup> je vnitřní veřejný pořádek zařízení společnosti, určující postavení osob, spolků a nositelů státní moci uvnitř ní. V rozporu s vnitřním veřejným pořádkem jsou podle Toulliera<sup>82</sup> jednání v rozporu se zákonem, který zakazuje odchylku nebo slouží-li veřejným nebo politickým cílům nebo ochraně třetích, anebo jestliže se zákaz odchylky podává z účelu předpisu.

Souslovím v čl. 6 CC (*lois d'ordre public*) jsou označovány kogentní právní normy.<sup>83</sup> Tak tomu je v případě čl. 686, 791, 900, 1130, 1133, 1172, 1387, 1388, 1443 nebo 1451 CC. Podle převažujícího mínění je třeba považovat veškeré kogentní zákonné předpisy za zákony veřejného pořádku.<sup>84</sup> Judikatura mnohdy takto označuje pouze ta ustanovení zákona, jejichž kogentní povahu nelze ze samotného textu dovodit. Zvláštní kategorie zákonů veřejného pořádku je pak přebytečná, neboť pojem *loi impérative* plně postačuje.<sup>85</sup> Podle mínění převládajícího v 19. století se považoval za rozpor smlouvy s čl. 1133 jen takový stav, kdy smlouva byla v rozporu s kogentní normou. Vzdor tomu se soudy bránily vyslovit neplatnost vždy, kdy byl tvrzen rozpor s veřejným pořádkem. Spíše se jako důvodu neplatnosti dovolávaly rozporu s dobrými mravy, nebo dokonce

<sup>79</sup> Dále k tomu Cass, 3 civ., z 10. června 2009, N.08-15533, Bull. civ. III, N.138.

<sup>80</sup> D.2, 14, 38: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Papinian, nebo D.50, 17, 45: *privatorum conventio iuri publico non derogat* Ulpian.

<sup>81</sup> MALAURIE et al., pozn. 67, marg. č. 225.

<sup>82</sup> FAGES, B.: *Droit d'obligations*. 4. vyd. Paris, 2006, marg. č. 169.

<sup>83</sup> Srov. MALAURIE, H.: *L'ordre public*. Paris, 1955, s. 7 a FAGES, B., pozn. 82, marg. č. 169.

<sup>84</sup> Viz rozsudek francouzského Nejvyššího soudu (Cour de Cassation, Cass. rep. z 18. 3. 1867, D.1867) a dále Cass., 1, re. Civ. 7 dec. 2014, no. 0111.823 JCP G 2005, I 141.

<sup>85</sup> MALAURIE et al., v pozn. 67, marg. č. 648.

přirozeným právem. Převažoval totiž názor, že takto je rozpor lépe odůvodněn. Tento postoj byl následkem posléze převládajícího liberálního pojetí, podle kterého to, co nebylo výslovně zakázáno, bylo dovoleno.<sup>86</sup> Mínění převládající v 19. století mělo za následek identifikaci čl. 1133 s čl. 6. Problematika veřejného pořádku se zdála být problematikou zákona veřejného pořádku. Tím byly do oblasti ordre public vtaženy problémy, které souvisely s kogentními předpisy. Restriktivní výklad čl. 1133 však již dnes neplatí. Toto ustanovení musí být aplikováno i bez ohledu na zákonné zákazy. Rozhodující argument spatřuje teorie v poskytnutí smluvní autonomie zákonodárcem. Jednotlivec je proto vázán celým právním řádem.<sup>87</sup>

### 5.1.5 METODA PŘÍKLADŮ, TYPOLOGIE

Tato metoda spočívá ve vymezení konkrétních případů rozporu s veřejnými mravy a vnitřním veřejným pořádkem. Byly činěny pokusy o konečné vypočítání jednotlivých případů. Tak tomu bylo v mnoha publikacích určených pro praktiky. Demolombes<sup>88</sup> rozlišuje mezi zákony obecného zájmu, které jím jsou určovány přímo, a těmi, jež jsou určovány nepřímo. Larnet definuje předpisy, které naplňují vnitřní veřejný pořádek, jako způsobilost k jednání, státní příslušnost nebo osobní status. Naproti tomu především věci majetkové vnitřnímu veřejnému pořádku zpravidla nepodléhají. Obdobně tak činí Marmion.<sup>89</sup>

Podle Malarie<sup>90</sup> představuje vnitřní veřejný pořádek nástroj společnosti, určující postavení osob, spolků a nositelů státní moci. V rozporu s vnitřním veřejným pořádkem jsou podle Malarie<sup>91</sup> jednání v rozporu se zákonem, který zakazuje odchylku nebo slouží veřejným nebo politickým cílům nebo ochraně třetích anebo jestliže zákaz odchylky plyne z účelu předpisu.

Účel určitého bližšího vymezení veřejného pořádku plní Courtierova typologie<sup>92</sup>, jež rozeznává: a) smlouvy týkající se státu a jeho organizace, b) smlouvy týkající se správy, c) smlouvy týkající se práce soudců, d) fiskální předpisy, e) měnové záležitosti, f) výkon některých profesí (dohoda o výsledkovém honoráři je v rozporu s veřejným pořádkem), g) smlouvy, které zavazují k trestnímu jednání, h) smlouvy, které upravují zásah proti tělesné nedotknutelnosti, i) smlouvy, jež porušují osobní svobodu,<sup>93</sup> j) předpisy, které upravují osobní stav, k) zásady rodinného práva, l) zásady vlastnictví, m) zásady smluvního práva, n) kontrolou přípustnosti všeobecných obchodních podmínek, o) hospodářskou soutěž, p) vzdání se práv jako např. práva na mzdu.<sup>94</sup>

<sup>86</sup> Viz BOULANGER, J. In: *Etudes Ripert*, sv. I, s. 62.

<sup>87</sup> TERRÉ et al., pozn. 70, marg. č. 191.

<sup>88</sup> Ibidem, marg. č. 202.

<sup>89</sup> MARMION, J.: *Etude sur les lois d'ordre public*. Paris, 1924, s. 42 an.

<sup>90</sup> MALAURIE et al., pozn. 67, marg. č. 652.

<sup>91</sup> Ibidem, marg. č. 721.

<sup>92</sup> COURTIER, M.: *De la notion de l'ordre public dans le code*. Paris, 1904.

<sup>93</sup> Z přehledu jednotlivých kategorií je zřejmé, že jsou v něm obsažena jednak kogentní pravidla, jednak smlouvy, které jsou typicky v rozporu s veřejným pořádkem.

<sup>94</sup> PLANIOL et al., pozn. 73, marg. č. 228.

### 5.1.6 HODNOCENÍ

Francouzská teorie počátku 19. století se interním veřejným pořádkem zabývala velmi intenzivně. Byla vyvinuta celá řada názorů, které se navzájem mnohdy velmi podstatně liší.<sup>95</sup>

Tvůrci CC byli přesvědčeni o nutnosti vnitřního veřejného pořádku. Problematické bylo snad jenom jeho označení. Kladla se tehdy otázka, zda ponechat vnitřní veřejný pořádek a dobré mravy jako obdobné instituty nebo odstranit tuto dichotomii. Podle Faureho<sup>96</sup> je veřejný pořádek širší a dobré mravy užší pojem. Dobré mravy se podle tohoto autora ve vnitřním veřejném pořádku rozpouštějí jako jedna z celé řady jeho forem.

Veřejný pořádek je dvojznačný pojem. Zahrnuje jak normy psaného práva, tak ty nepsané.<sup>97</sup> Neexistuje přesné vymezení mezi porušením zákonné normy a porušením obecných klauzulí. Do této kategorie byly zahrnovány předpisy správního práva, organizace zákonodárství, nebo instituty práva rodinného a dědického. Francouzský soudce<sup>98</sup> posuzuje rozpor s veřejným pořádkem velmi jednoduchým způsobem, přičemž nedovozuje neplatnost právního jednání z jednotlivých předpisů zákona, nýbrž na základě nepsaných principů veřejného pořádku. Vzdor této formální rozpolcenosti vnitřního veřejného pořádku však existuje hmotněprávní jednota. Vnitřní veřejný pořádek chrání trvalé hodnoty společenské sféry, a proto je namířen proti narušování soužití, sociální existence, resp. veřejného života.

Dobré mravy mají ve Francii vedle vnitřního veřejného pořádku podřadný význam. Jejich ochrana je nutností jen tehdy, není-li jinak vnitřní veřejný pořádek narušen. Tento názor se pak stal převládajícím míněním. Obtížné je hledat rozdíly. Materiální rozdíl neexistuje, neboť jak první, tak druhá kategorie chrání hodnoty společnosti.

Všechna omezení smluvní autonomie mají právní povahu. Jde sice o morální normy, které jsou však právně relevantní. Praxe soudů rozdíl mezi porušením těchto kategorií zatemňuje.

### 5.2 ŠVÝCARSKO

Veřejný pořádek je pojmem státního a policejního práva a dále pak MPS. V první řadě jde o státoprávní veřejný pořádek. Švýcarská ústava v čl. 2 vidí jeden z účelů švýcarského státu zachování klidu a pořádku. Porušení vnitřního pořádku je podle čl. 16 předpokladem k intervenci ústřední vlády.<sup>99</sup>

Švýcarsko bylo jedinou středoevropskou jurisdikcí, v níž byl uzákoněn vedle dobrých mravů v čl. 2 ZGB i veřejný pořádek.

Veřejnému pořádku je připisována několikerá funkce. Je zastáváno mínění, že veřejný pořádek má pouze interpretační úlohu vedle kogentních právních norem. Není-li

<sup>95</sup> Ibidem, marg. č. 230.

<sup>96</sup> COURTIER, pozn. 92, 82 an.

<sup>97</sup> Ibidem, 90.

<sup>98</sup> MALAURIE et al., pozn. 67, marg. č. 230.

<sup>99</sup> Podle čl. 16 švýcarské federální ústavy vyžaduje porušení ordre public v zásadě intervenci federálního státu.



zřejmé, zda určitý předpis má kogentní povahu, je třeba zjišťovat, zda slouží veřejnému pořádku či nikoliv.<sup>100</sup>

Nejen Wiget,<sup>101</sup> ale též Egger<sup>102</sup> považovali vnitřní veřejný pořádek za podkategorii dobrých mravů. Gauch a Schlupe<sup>103</sup> chápou veřejný pořádek jako komplex kogentních zakazovacích norem veřejného práva. Podle Brogginio<sup>104</sup> plní veřejný pořádek jakožto obecná klauzule samostatnou kontrolní funkci k zachování public policy s ohledem na základní hodnoty. Je-li smlouva zřejmě v rozporu se základními myšlenkami imanentními právnímu pořádku, je veřejný pořádek aplikován, aniž by taková smlouva musela být v rozporu s konkrétní kogentní normou. Zufferey-Werro<sup>105</sup> připisuje veřejnému pořádku vedle protiprávnosti samostatný význam. Podle Kramera<sup>106</sup> představuje vnitřní veřejný pořádek samostatně použitelnou obecnou klauzuli, kterou je třeba naplnit hodnotami a která má především zaplňovat mezery v právu.

Pojetí vnitřního veřejného pořádku jako souboru veřejnoprávních kogentních norem spočívá v tom, že tyto normy vydané ve veřejném zájmu jsou konkretizací vnitřního veřejného pořádku. Příklady z praxe švýcarských soudů však nejsou přesvědčivé. Tak švýcarský spolkový nejvyšší soud (Bundesgericht)<sup>107</sup> považoval za rozpor s veřejným pořádkem ustanovení ve stanovách, která umožňovala třetím osobám uplatnit odpor proti všem usnesením valné hromady, neboť takové ustanovení je v rozporu se základním principem soukromého práva. Rozhodnutí soudu v Basileji<sup>108</sup> považovalo dohodu o tom, že nelze z manželství dovozovat práva vůči druhému manželu, za neplatnou, neboť taková dohoda je v rozporu s právním institutem manželství. Stejně tak bylo pro rozpor s veřejným pořádkem neplatné svolení atletky s disciplinárním řízením kvůli podezření z užití dopingu, které jí upíralo jakákoliv procesní práva.<sup>109</sup> Vnitřní veřejný pořádek byl považován za měřítko při kontrole všeobecných obchodních podmínek.<sup>110</sup>

Vnitřní veřejný pořádek může též sloužit k tomu, aby obsahová kontrola smlouvy byla prováděna na základě ústavněprávních hodnocení včetně analýzy nepřímého účinku základních práv. Šlo např. o nárok na stejnou mzdu pro muže a ženy.<sup>111</sup>

Je však zřejmé, že ve švýcarském právu nehraje vnitřní veřejný pořádek významnější roli. Je především využíván jako prostředek výkladu práva a podstatně důležitější je princip dobrých mravů.

<sup>100</sup> Viz WIGET, F.: *Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung*. Aarau, 1939, s. 142.

<sup>101</sup> *Ibidem*, 150.

<sup>102</sup> Viz EGGER, A.: *Schweizerisches Obligationenrecht*. 4. vyd. Bern, 1987, marg. č. 507.

<sup>103</sup> GAUCH, P. – SCHLUEP, W. R.: *Schweizerisches Obligationenrecht*. 4. vyd. Bern, 1987, marg. č. 507.

<sup>104</sup> BROGGINI, F.: *Ordine pubblico e norme imperative quali limiti alla libertà contrattuale in diritto swizero, in Festgabe Schönberger*. Zürich, 1968, s. 93 an.

<sup>105</sup> Viz ZUFFEREY-WERRO, J.: *Le contract contraire aux bonnes moers*. Fribourg, 1988.

<sup>106</sup> KRAMER, E. A.: *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht* (sv. IV, 1). Bern, 1997, s. 72.

<sup>107</sup> Viz rozsudek BGE 74 II 158 (163).

<sup>108</sup> Cit podle KRAMER, pozn. 106, s. 74.

<sup>109</sup> Viz rozsudek BGE 109 II 123 (125).

<sup>110</sup> BGE 101 II 145 (200).

<sup>111</sup> BGE 101 I 150 (203).

### 5.3 ANGLIE

#### 5.3.1 PUBLIC POLICY V ANGLICKÉM PRÁVU

Pojmu veřejného pořádku v kontinentálním právu odpovídá pojem public policy v angloamerické právní kultuře. Smlouvy, jež jsou s ním v rozporu, jsou protiprávní a neplatné (112). V případě *Michel v. Reynolds* (1717)<sup>112</sup> byl zákaz považován za neplatný pro rozpor se zájmy veřejnosti a tedy s public policy. V případě *Egerton*<sup>113</sup> považoval soud za odporující veřejnému pořádku smlouvu, podle které měl dědic poskytnout zůstaviteli šlechtický titul. Podmínka této povinnosti byla sice platná, neboť nebyla zakázána. Přesto byla smlouva v rozporu s public policy, neboť vykonávala tlak na královnu propůjčit někomu šlechtický titul podle soukromé smlouvy.

Podle dnes převládajícího mínění doktríny<sup>114</sup> public policy není soudce bezpodmínečně vázán precedenty a musí brát v úvahu obsah public policy jako proměnlivý korektiv. Zásada, podle které jsou smlouvy v rozporu s public policy neplatné, platí nadále. Její používání se řídí představami, které určují v době rozhodování veřejné mínění. Takovými smlouvami jsou především: a) smlouvy týkající se Commonwealthu, b) smlouvy, jež se týkají veřejné služby<sup>115</sup>, c) daňové záležitosti, d) smlouvy o získání výhody z trestného jednání, ochrana náboženské svobody a tolerance, e) smlouvy, jež ve výsledku ignorují obecně uznávané povinnosti, f) smlouvy ohrožující osobní svobodu, g) smlouvy v rozporu s dobrými mravy, h) smlouvy v rozporu s ochranou rodinného života, i) smlouvy omezující hospodářskou, resp. podnikatelskou činnost, j) smlouvy omezující hospodářskou soutěž.<sup>116</sup>

#### 5.3.2 VÝZNAM POJMU

Public policy v širokém smyslu vyjadřuje morální, politické a sociální principy, které určují rozvoj práva.

Při hodnocení rozporu s public policy je třeba hodnotit konečný účel transakce, zejména pak úmysl stran.<sup>117</sup> Protiprávnost je dána tehdy, uzavřely-li strany smlouvu za účelem, jenž je v rozporu s veřejným pořádkem. Ten je třeba zjišťovat v každém konkrétním případě. I když pouze jedna strana smlouvy byla vedena nekalými úmysly, je celá smlouva neplatná.

Public order v Anglii znamená absenci veřejného nepořádku. Tento pojem je mnohem užší než pojem „public policy“, který se dodatečně soustřeďuje na základní zásady právního a společenského řádu.<sup>118</sup> Tento pojem je zřejmý ze zákona o veřejném pořádku upravujícího shromažďovací a spolčovací právo, který stanoví cíle omezení

<sup>112</sup> Viz odůvodnění případu *Michel v. Reynolds* z roku 1717.

<sup>113</sup> Viz *Egerton v. Earl of Brownlow*, 23 (1854), L. J. Ch. 348. Podle SIMMITISE, pozn. 41, s. 113.

<sup>114</sup> Viz CHESHIRE, G. Ch. – FIFOOT, C. H. S.: *Law of Contract*, s. 247.

<sup>115</sup> Viz *Reganzoni v. Secia* (1958) A.C.301.

<sup>116</sup> Viz SCHNEIDER, H.: *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten in EG-Vertrag*. Baden-Baden, 1998, s. 101.

<sup>117</sup> *Ibidem*, 101.

<sup>118</sup> Public Order Act z roku 1986.

shromažďovací a spolčovací svobody a umožňuje organizátorům omezení nebo zákaz demonstrace. „Public order“ je stav spořádaného a pokojného spolčení ve veřejném prostoru, který musí být uveden do souladu s právem prostřednictvím veřejného ohlášení.<sup>119</sup> Generální advokát Warner<sup>120</sup> ve svém závěrečném návrhu ve věci Bouchereau poukázal na to, že public policy má v common law především význam v soukromém právu a v mezinárodním právu soukromém. Veřejnoprávní formu tohoto pojmu je možné lépe vyjádřit slovy „public interest“ nebo v cizineckém právu slovy „public good“. Institut public policy je možný použít podle Immigration Act z roku 1971 tehdy, jestliže jeho pokyny jsou chápány jako „conducive to the public good“.<sup>121</sup> Především jde o vyhoštění po spáchání trestných činů. Pojem „public interest“ znamená soubor základních hodnot ve společnosti („set of fundamental values in society“), které slouží jako odůvodnění politických rozhodnutí.<sup>122</sup>

Public policy se velmi podobá vnitřnímu veřejnému pořádku. Neexistuje rozpor ani v základní myšlence, ani v působnosti. Public policy má v Anglii i obdobnou funkci jako ordre public interne francouzského soukromého práva.

#### 5.4 USA

V USA dlouho převládal anglický vliv, který však postupně zeslábl. Při definici public policy je třeba přihlížet k ústavě, zákonům a precedentu. Absolutní přednost mají ustanovení ústavy.

Význam pojmu public policy spočívá v tom, že jde o princip, který znamená, že si nikdo nemůže počínat legálně, jestliže jedná proti veřejnosti nebo veřejnému blahu.<sup>123</sup>

#### 5.5 ITÁLIE

Ordine pubblico plní úlohu vnitřního veřejného pořádku. Podle čl. 1343 CC je kauza smlouvy protiprávní, jestliže je v rozporu s kogentním právem, vnitřním pořádkem nebo dobrými mravy. Totéž platí i pro předmět smlouvy a motivy smluvních stran.<sup>124</sup>

#### 5.6 NĚMECKO

V německém právu vznikaly obdobné soukromoprávní předpisy jako ve francouzském Code Civil, nepochybně pod jeho vlivem. Tak tomu bylo např. v bádenském zemském právu z roku 1809 nebo návrhu BGB knížectví Hesenska (1844–1853) nebo návrhu BGB pro Bavorsko (1840–1864). Všude se objevuje pojem vnitřního veřejného pořádku. Jak známo, i při přípravě BGB se s vnitřním veřejným pořádkem

<sup>119</sup> Viz Lord Carman ve zprávě o nepokojích na Red Lyon Square v roce 1994, podle SCHNEIDER, pozn. 112, s. 101.

<sup>120</sup> Viz závěrečný návrh generálního advokáta Warnera k věci Bouchereau, 30/77.

<sup>121</sup> Viz SCHNEIDER, pozn. 116, s. 102.

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> Citováno podle SIMITIS, pozn. 63, s. 112.

<sup>124</sup> Ibidem, s. 130.

počítalo. Ve svém původním znění stanovil § 106, že právní jednání, jehož obsah je v rozporu s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem, je neplatný.

V německé literatuře<sup>125</sup> existuje trojí pohled na vnitřní veřejný pořádek. První skupina spatřuje jak v dobrých mravech, tak ve vnitřním veřejném pořádku kritéria nepsaného práva, u nichž lze vnímat jeho tři varianty: vnitřní veřejný pořádek a dobré mravy jsou rozdílné (disjunktní), překrývají se anebo jde o nadřizený a podřizený pojem. Druhá skupina chápe dobré mravy jako faktické, vnitřní veřejný pořádek jakožto normativní kritérium. Třetí skupina pak rozlišuje oba pojmy podle technického hlediska: vnitřní veřejný pořádek poukazuje na psané právo, dobré mravy jsou poukazem na nepsané právo.

Flume považuje právní jednání za neplatné, jestliže „neguje hodnoty, které podle platného právního přesvědčení právní řád musí uskutečňovat, takže uznání právního jednání negujícího tyto hodnoty je neslučitelné se smyslem a úkolem práva“.<sup>126</sup>

## 6. VEŘEJNÝ POŘÁDEK V NOZ

### 6.1 VEŘEJNÝ POŘÁDEK (VEŘEJNÝ INTERNÍ POŘÁDEK) V KONTEXTU ČESKÉHO PRÁVNÍHO ŘÁDU

Občanským zákoníkem do občanskoprávních vztahů nově zavedený institut (interního, vnitřního) veřejného pořádku je třeba posuzovat především z hlediska jeho působnosti a dále na pozadí ostatních druhů veřejného pořádku, jež jsou u nás známy z oblasti mezinárodního práva soukromého, mezinárodního práva procesního a práva unijního a též z práva policejního zejména v oblasti vystěhovalectví a azylového práva.

Veřejný pořádek zakotvený v § 1 odst. 2 a § 588 NOZ vyžaduje používání v rozsahu působnosti tohoto základního soukromoprávního kodexu. Proto jej, podle vzoru a praktické zkušenosti francouzského práva, lze označovat jako veřejný pořádek interní a v tomto ohledu odlišovat tento institut od výše uvedených druhů majících, i když rozdílným způsobem, „vnější“ (mezinárodní).

Instituci veřejného pořádku v širokém slova smyslu zahrnujícím jeho výše uvedené druhy je společný výše zmíněný ochranný účel ve prospěch vztahů v její působnosti. Společným jmenovatelem a tedy základem veřejného pořádku jsou základní hodnoty vlastní politickému, sociálnímu a ekonomickému uspořádání státního celku, součástí jehož právního systému (právního řádu) veřejný pořádek je.

Každý z uvedených druhů veřejného pořádku působí ve zvláštní sféře právních poměrů, která je určující pro jeho specifickou organizaci. Zatímco veřejný pořádek ve vztazích upravovaných mezinárodním právem soukromým chrání tyto vztahy především proti cizorodým vlivům (např. mnohoženství), veřejný pořádek procesní se stará o fungování justice (výkonu spravedlnosti) proti jejímu zneužívání (např. vynucování

<sup>125</sup> Viz FLUME, W.: *Allgemeiner Teil BGB des Bürgerlichen Rechts*, 2. Sv, Berlin et al., 1979, s. 364.

<sup>126</sup> Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu čj. 2 As 78/2006.

podvodně získaných právních titulů), unijní veřejný pořádek je ochranou řádného fungování vnitřního trhu a dodržování základních tržních svobod.

Vnitřní veřejný pořádek obsažený v NOZ střeží především standardy autonomie vůle z hlediska zájmů celku (společnosti, veřejnosti, veřejného zájmu). S ohledem na svoji specifickou orientaci vychází v rámci základních hodnot společných veřejnému pořádku jako druhové kategorii ze specifických principů a hodnot relevantních pro soukromoprávní vztahy. Základem jsou ty normy, „které umožňují fungování společnosti z principů vytyčených v úvodních ustanoveních ústavy ČR a její preambule, tedy zejména jako společnosti rovnoprávných, svobodných občanů, kteří jsou si vědomi svých povinností vůči druhým a odpovědnosti vůči celku, společnosti založené na úctě k právům a svobodám člověka, a na úctě k lidským právům“.<sup>127</sup>

Z hlediska působnosti interního veřejného pořádku mají mimořádnou relevanci základní lidská práva, včetně hodnot, na nichž je vybudováno Evropské společenství (čl. 1 a preambule SEU).

## 6.2 ROLE INTERNÍHO VEŘEJNÉHO POŘÁDKU V PŮSOBNOSTI NOZ A VZTAH K DOBRÝM MRAVŮM

Jedním ze základních nejen teoretických problémů je vymezení vztahu interního veřejného pořádku k zásadě dobrých mravů. Jde o „klasickou“ problematiku, neboť v oblasti soukromého práva se oba tyto instituty do jisté míry svým účelem i obsahem přibližují, až překrývají.<sup>128</sup> O tom svědčí dlouhodobé a rozsáhlé zkušenosti především francouzské jurisprudence.<sup>129</sup> O spornosti tohoto vztahu svědčí i vývoj diskuse a přístup zákonodárce k tomuto problému při kodifikaci BGB a konečně i rozporuplná situace ve švýcarském právu. Vzdor těmto varovným signálům, kterých si zřejmě český zákonodárce nebyl vědom, byl vnitřní veřejný pořádek do občanského zákoníku zakomponován a našim úkolem je proto se tímto problémem zabývat.

Dobré mravy mají základní význam v soukromoprávním styku – jsou standardem chování mezi občanskoprávními subjekty. Ve srovnání s tímto principem je veřejnému pořádku imanentní veřejný rozměr – veřejný zájem. Zatímco dobré mravy jsou korektivem právních vztahů z hlediska standardu poctivosti a slušnosti, v případě veřejného pořádku jsou kritériem dotčené celospolečenské hodnoty vlastní právnímu státu.

Základní orientací interního veřejného pořádku je ochrana autonomie vůle. Jeho korigující funkce k tomuto jevu je klíčová a byla základním podnětem zakotvení tohoto institutu ve francouzském občanském zákoníku.<sup>130</sup> To ovšem neznamená, že by smluvní svoboda neměla být respektována. Naopak její existence je hodnotou, jež je jeho základem. Veřejný pořádek však vůči ní funguje i ve prospěch jiných hodnot, které jsou mu též imanentní, jakými jsou rovnost, zákaz diskriminace a jiná základní lidská práva.

<sup>127</sup> Viz FLUME, pozn. 125, s. 182.

<sup>128</sup> Viz MALAURIE et al., pozn. 67, kteří tvrdí, že rozlišování obou pojmů se jeví umělým, marg. č. 158.

<sup>129</sup> Ibidem, marg. č. 160.

<sup>130</sup> Srov. k tomu KRAMER (pozn. 106) a jeho velmi zdrženlivý komentář, s. 72 an.

Veřejný pořádek tak slouží i jako standard, kritérium výkladu a nástroj vyplňování mezer v pozitivním právu.<sup>131</sup>

### 6.3 OBSAH VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Melzer a Tégl<sup>132</sup> rozlišují veřejný pořádek v širším smyslu a v užším smyslu. V prvním případě jde podle těchto autorů o souhrn pravidel, jejichž dodržování je podle panujících společensko-etických názorů nezbytným bezvýhradným předpokladem řádného lidského soužití v určité společnosti. Takové pojetí nerozlišuje původ těchto pravidel a zahrnuje i princip dobrých mravů. Užší pojetí se snaží o vymezení veřejného pořádku oproti kategorii dobrých mravů. Veřejný pořádek představuje jen ta z uvedených pravidel, která mají základ v právním řádu jako takovém.<sup>133</sup> Veřejný pořádek souvisí s pojmem veřejného zájmu, je však od něj odlišný. O porušení veřejného pořádku jde, dojde-li k narušení veřejného zájmu v takové intenzitě, že to ohrožuje společenské soužití tak zásadním způsobem, že je třeba, aby veřejná moc zasáhla.<sup>134</sup>

Pelikánová a Pelikán<sup>135</sup> zdůrazňují odlišnost vnitřního veřejného pořádku od veřejného pořádku v mezinárodním právu soukromém, který je citelně užší ve srovnání s veřejným pořádkem ve věcech veřejných. Ve veřejném právu je pojem veřejného pořádku mimořádně široký, odpovídající v zásadě pojmu veřejného zájmu. Jde o souhrn pravidel nebo zásad chování na veřejnosti, o určité zásady, na kterých celá společnost trvá. Používá se však i v užším významu, který se týká jenom pravidel chování na místech veřejně přístupných, v širším smyslu však zahrnuje zásady, na kterých společnost trvá.<sup>136</sup>

### 6.4 KRITIKA

Oba tyto názory vykazují celou řadu slabin, jež mají společného obecného jmenovatele v tom, že neuvažují nově zavedený pojem vnitřní veřejný pořádek v jeho celkovém kontextu. Vnitřní veřejný pořádek je jednou z forem veřejného pořádku, která má specifickou funkci uvnitř soukromého práva, konkrétně v rámci občanského zákoníku. Z tohoto důvodu je třeba vnitřní veřejný pořádek definovat a jeho obsah vymežit s ohledem na jeho specifickou funkci nejen vůči jiným formám veřejného pořádku, ale i jiným kategoriím, které, byť plní obdobné funkce, mají stejně jako veřejný pořádek svébytné postavení. To se týká dobrých mravů.<sup>137</sup>

Veřejný pořádek jako institut zakotvený v občanském zákoníku (viz § 1 odst. 2 a § 588) není souhrnem kogentních ustanovení, jeho obsahem nejsou právní předpisy či normy policejního práva a ani neobsahuje mravní či morální normy. Je totiž výrazem

<sup>131</sup> Srov. MELZER, F. – TÉGL, P. In: MELZER, F. – TÉGL, P., pozn. 17, Komentář k § 1 odst. 2.

<sup>132</sup> Ibidem.

<sup>133</sup> Ibidem.

<sup>134</sup> Ibidem.

<sup>135</sup> PELIKÁNOVÁ, I. – PELIKÁN, R. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J.: *Občanský zákoník, Komentář*. Praha, 2014, výklad k § 1 odst. 2, marg. č. 24, s. 16.

<sup>136</sup> Ibidem.

<sup>137</sup> TICHÝ, L.: *Obecná část občanského práva*. Praha, 2014, s. 121 an. a 145 an.

zásadního veřejného, společenského zájmu, jehož obsahem jsou ústavní principy, ústavní pořádek, včetně základních lidských práv.

## 6.5 VÝZNAM, ÚKOL A FUNKCE

Funkcí vnitřního veřejného pořádku v NOZ je postihovat právní jednání, jež jsou s ním v rozporu.

Podle § 1 odst. 2 jsou zakázána ujednání porušující veřejný pořádek a podle § 588 jsou právní jednání, která zjevně narušují veřejný pořádek, absolutně neplatná.

Na první pohled je zřejmý určitý rozpor mezi účinky veřejného pořádku v prvním případě a v případě druhém. Ze stran výsledku by tento rozpor znamenal, že určitá jednání, ačkoliv jsou zakázána, nemusí podléhat sankci neplatnosti. Tento nesoulad je třeba vyřešit tak, že první ustanovení (§ 1 odst. 2) je třeba považovat za proklamaci určité zásady, která je pak konkretizována ve speciálním ustanovení § 588.<sup>138</sup>

Ustanovení § 588 sankcionuje právní jednání, jež jsou v kvalifikovaném rozporu s veřejným pořádkem. Jen tak lze interpretovat poměrně nešťastnou dikci o tom, že jednání „zjevně narušuje veřejný pořádek“. Doslovný výklad této normy by totiž sváděl k názoru, že veřejným pořádkem je třeba rozumět soubor určitých pořádkových či policejních předpisů, jež se starají o udržení klidu, resp. určitého řádu věcí v běžném, faktickém, a nikoliv právním styku.

Kvalifikované narušení (viz „zjevně“) je třeba chápat jako flagrantní rozpor právního jednání s obsahem veřejného pořádku.

Aplikací veřejného pořádku je sankce neplatnosti právního jednání od samého počátku, k níž soud přihlíží z úřední povinnosti.

## 7. ZÁVĚRY A ŘEŠENÍ PRO NOZ

### 7.1 VEŘEJNÝ POŘÁDEK V RŮZNÝCH PRÁVNÍCH ODVĚTVÍCH

Na základě dosavadního pojednání lze provést určité zobecnění, z něhož by měly být zřejmé obecná podstata a společné rysy veřejného pořádku jako institutu užívaného jak v mezinárodním právu, tak v nadnárodním právu Evropské unie, tak i a především v národních právních řádech, a to v jeho několika odvětvích.

Podstata tohoto institutu spočívá v jeho obranné funkci, jakožto řešení určitých mezních situací ve formě určitého „pojistného ventilu“. Jeho aplikace přichází v úvahu tehdy, kdy určitý nežádoucím následkům nelze zabránit jinak. Proto se používá tehdy, jsou-li ohroženy určité základní hodnoty právního řádu, v rámci jehož působnosti by mělo dojít k nežádoucím následkům.

<sup>138</sup> TICHÝ, L.: Komentář k § 588. In: ŠVESTKA, J. – DVOŘÁK, J. – FIALA, J.: *Občanský zákoník, Komentář*, sv. I. Praha, 2014, s. 1487 an.



Společná je též funkce veřejného pořádku. Jeho uplatněním je vyřazeno použití určitého právního pravidla, jehož použitím, resp. na základě kterého by byl způsoben nežádoucí následek.

Naproti tomu má tento pojem rozdílné charakteristiky v závislosti na právním systému, jehož součástí je a k jehož ochraně slouží. Jinak řečeno, specifikum veřejného pořádku je dáno především předmětem ochrany.

I když hodnoty, jež jsou jeho základem a jejichž ochraně slouží, mohou být různé. Liší se např. v oblasti policejního práva ve srovnání s právem soukromým.

I když platí, že funkce veřejného pořádku je stejná ve všech právních odvětvích a systémech, její konkrétní působení se liší. V soukromém právu zpravidla způsobuje neplatnost právního jednání, v mezinárodním právu procesním brání uznání cizího rozhodnutí nebo jiného aktu aplikace práva, v oblasti mezinárodního práva soukromého vyřazuje způsob použití cizího právního předpisu, ale současně připouští jeho nahrazení. V unijním právu znamená nahrazení řešení podle unijního práva řešení, které je kompatibilní s právním řádem členského státu.

Určitou konkurencí, resp. souběhem s obdobným institutem, se vyznačuje veřejný pořádek v právu soukromém. Obdobnou funkci a v některých právních řádech stejnou funkci, jako má veřejný pořádek, plní zásada dobrých mravů.

## 7.2 VEŘEJNÝ POŘÁDEK V SOUKROMÉM PRÁVU

### 7.2.1 PODSTATA

Srovnáním působení veřejného pořádku v jednotlivých právních řádech vzniká, alespoň na první pohled, neuspořádaný obrázek vyznačující se mnohdy vnitřními rozpory, a to zejména nejen ve vztahu k dobrým mravům, ale i ohledně sankcí za právní jednání, která jsou veřejným pořádkem postižena. Vztah k dobrým mravům je mnohdy nevyjasněný. To zřejmě plyne z původní představy, podle které měl veřejný pořádek (viz vývoj BGB) zahrnovat i dobré mravy.

Jednotlivé koncepty interního veřejného pořádku se však liší obsahem tohoto institutu. V některých případech jsou za něj považovány veškeré kogentní normy, jindy kogentní normy zvláštního druhu, jakými jsou např. předpisy policejního práva, v dalších případech jsou to hodnoty nebo zásady sdílené v určitém společenství.

Dosud převládá teorie, že autonomie vůle stran je základem a vnitřní veřejný pořádek zasahuje do její sféry jako výjimka. Důvodem je obecný zájem. Tak tomu je tehdy, jestliže smlouva se týká ústavního institutu nebo toho, co většina považuje za podmínku klidného společného života.

V Anglii a ve Francii je ordre public a public policy označením skupiny právních norem, od nichž se nelze odchýlit, a ochrany, kterou poskytují, se nelze vzdát. Ve Francii jsou navíc předpisy veřejného práva označeny jako normy „d'ordre public“ a jsou spojeny se správněprocesními následky. V Německu tento pojem není spojován s kogentními předpisy.

### 7.2.2 FUNKCE VEŘEJNÉHO POŘÁDKU

Vnitřní veřejný pořádek může mít interpretační funkci, přičemž pojetí veřejného pořádku jako podkategorie dobrých mravů může mít význam v právních řádech, které tuto kategorii neznají (např. BGB, ABGB). V těchto právních řádech se totiž dobré mravy objektivizují ve směru veřejného pořádku. Z tohoto pohledu je tak nakonec ve výsledku nerozhodné, zda se pojmy veřejný pořádek a dobré mravy hází do jednoho pytle anebo zda mají samostatnou funkci.

Hlavní funkcí veřejného pořádku je omezení svobody vůle (autonomie stran) jeho obsahem. Přitom rozpor s obsahem vnitřního veřejného pořádku má za následek sankci neplatnosti, neboť jeho porušení je zakázáno.

### 7.2.3 HISTORICKÉ POJETÍ

Smluvní svoboda mohla být v liberálním pojetí omezena pouze na ochranu svobody jiných lidí. K tomu sloužily kogentní předpisy a veřejný pořádek. Svoboda a veřejný pořádek jsou výrazem dvou stran jedné myšlenky. Vnitřní veřejný pořádek byl výjimečným fenoménem. V čl. 6 a 1133 CC směly být použity s mimořádnou zdrženlivostí. Ve svých rozhodnutích se soudy dovolávaly veřejného pořádku ve smyslu ochrany francouzského národa, veřejného zdraví a veřejných zájmů, resp. morálky.<sup>139</sup> Teorie zastávala mínění, že veřejný pořádek slouží k zajištění řádu existující společnosti nebo k uskutečnění rozhodujících politických názorů v ní. Podle toho je vnitřní veřejný pořádek politický pojem. Veřejný pořádek je pak zajišťován právem jakožto bezrozpornou množinou norem. Současně je třeba veřejný pořádek vidět v historické perspektivě jako ochranu výdobytků francouzské revoluce proti feudálnímu řádu. Zákodárce nemohl předvídat všechny situace, které by byly v rozporu s těmito cíli. Proto existoval obecný nástroj veřejného pořádku jako klauzule na ochranu existujícího společenského řádu. Zajišťoval respektování minima právních norem zajišťujících běh společenského dění v souladu s představami zákodárce. Protože hodnotový systém zákodárce reflektuje jeho politickou představu, vynucuje veřejný pořádek prosazení politických cílů zákonodárnou mocí.

I obsah vnitřního veřejného pořádku se mění. Pracovní smlouvy, které za války ukládaly výkon práce v Německu, byly legální, a do rozporu s veřejným pořádkem se dostaly až po ukončení války.

### 7.2.4 FLEXIBILITA

Flexibilitu jako základní vlastnost veřejného pořádku lze ilustrovat na vývoji postavení nemanželských dětí. Koncepce, že nemanželské dítě nemá nárok

---

<sup>139</sup> Ibidem.

na uznání otcovství ani na výživné, byla překonána v roce 1933, kdy byla uznána povinnost otce nemanželského dítěte k výživnému.

### 7.2.5 VZTAH K DOBRÝM MRAVŮM

Relevantní je vztah vnitřního veřejného pořádku k dobrým mravům. Simitis zastával mínění, že dobré mravy tvoří součást vnitřního veřejného pořádku, a to výlučně za účelem aplikace morálních příkazů v oblasti pohlavního a rodinného života.

Vnitřní veřejný pořádek ztělesňuje v zákoně nedostatečně formulované hodnotové principy. Mnohdy jej lze jen obtížně oddělovat či rozlišovat od dobrých mravů. To, co je nemravné, je v mnoha případech v rozporu s veřejným pořádkem. Na druhé straně existují případy rozporu s vnitřním veřejným pořádkem, které nejsou nemravné. Lze však uvažovat o jednání, které je v rozporu s dobrými mravy, ale neporušuje vnitřní veřejný pořádek. To, že v mnoha případech neexistuje rozpor mezi dobrými mravy a vnitřním veřejným pořádkem, lze vysvětlit tak, že důvody obsažené např. v čl. 20 odst. 1 OR k neplatnosti smlouvy nevystačí bez zmínění vnitřního veřejného pořádku a vyjmenovávají pouze nemožnost, protiprávnost a rozpor s dobrými mravy.<sup>140</sup>

Působnost veřejného pořádku a dobrých mravů by se v zásadě neměla překrývat s ohledem na význam, obsah a koneckonců i cíl obou těchto institutů. Jedná-li někdo v rozporu s dobrými mravy, měly by následky takového rozporu plynout právě pouze z funkce a významu dobrých mravů, ledaže by v určitých případech bylo možné určité aspekty takového jednání postihovat i veřejným pořádkem. Každý z těchto institutů má jiný účel, a tedy jiný rozsah působnosti.

### 7.3 NÁVRH ŘEŠENÍ PRO NOZ

Pro český NOZ by měla platit tato výkladová pravidla:

a) Na rozdíl od dobrých mravů by obsah veřejného pořádku neměl zahrnovat veškeré kogentní předpisy právního řádu včetně předpisů veřejného práva. To je velmi široká definice zastávaná v Německu a někdy i ve Švýcarsku.

b) Obsahem veřejného pořádku by neměly být etické a morální hodnoty, které jsou vlastní dobrým mravům.

c) Veřejný pořádek by měl mít svébytný obsah a působnost, stejně jako vyvolávat specifické účinky. Základ a obsah veřejného pořádku tvoří základy právního řádu, tedy ústavní pořádek a základní lidská práva.

---

<sup>140</sup> Ibidem.