

# Způsoby a hloubka zjišťování obsahu cizího (cizozemského) práva v českém civilním procesu

TOMÁŠ MACH\*

## *The Techniques and Extent of Determining the Content of Foreign Law in the Czech Civil Procedure*

**Summary:** This article discusses the topic of proving foreign law in the Czech civil procedure in the light of case-law of the Supreme Court of the Czech Republic. The piece analyses the shortcomings of courts that appear in decisions of the courts of lower instances, shortcomings that the Supreme Court of the Czech Republic repeatedly needed to correct with a view to the fact that foreign law is law under the governing doctrine in Czech private international law. As regards the development of case law, the article discusses the procedural duties of the respective actors of a proceeding based upon the presumption that foreign law is law. Moreover, the article provides a comparative outlook into how this issue is tackled by other selected legal orders.

**Keywords:** foreign law, proving foreign law, foreign law in the Czech civil procedure

Aplikace cizozemského práva bývá pro obecné soudy výzvou, jejíž zvládnutelnost se notně odvíjí od jazykové vybavenosti samosoudce či členů senátu, která s sebou povětšinou – v závislosti na úrovni jazykové vybavenosti – nese jisté povědomí o právním prostředí jurisdikce či jurisdikcí, kde jazyk, jehož je ten či onen soudce znalý, je jazykem úředním. Zásadní výhodu má soud v situaci, kdy soudce či člen senátu měl možnost v rámci studií práva absolvovat zahraniční pobyt v takové právně či kulturně příbuzné jurisdikci, což jsou však až na výjimky případy nejmladší generace soudců, a navíc platí, že pobyt např. v rámci systému Erasmus obohatí studenta o komparativní právní znalosti toliko za předpokladu, že vládne již v době příjezdu do místa zahraničního pobytu dostatečně obстойně jazykem právního řádu, se kterým se jede seznamovat, neboť v opačném případě mu materie právní zůstává převážně skryta za komplexností jazyka, který se nejprve učí poznávat v relativně omezené době zahraničních studijních pobytů.

Autor tohoto článku živě vzpomíná ze svých studentských let na přednášku profesora Květoslava Růžičky, který v rámci

předmětu mezinárodního práva soukromého a práva mezinárodního obchodu s oblibou parafrázoval situaci, kdy volba příslušnosti českého soudu v kombinaci například s rozhodným právem estonským je nejlepším způsobem, jak zajistit klientům autorů smlouvy, která by takový výbušný koktejl upravovala, aby si v případě sporu na spravedlnost skutečně důrazně počkali, neboť taková kombinace jeví se býti nejlepší cestou, jak zajistit, aby spis putoval v senátu na samý spodek stohu.

Přeshraniční česko-německo-slovenská advokátní praxe autora tohoto článku závěry shora uvedené částečně potvrzuje ve vztahu ke sporům, které se soudí v České republice a na Slovensku. Zděšení z přítomnosti cizího rozhodného práva lze vždy zaznamenat i v německé soudní síni, byť zde autor prozatím nezaznamenal vliv této okolnosti na dobu řízení.

Předmětem tohoto článku je diskuse nad způsoby, kterými je možné zjišťovat obsah cizího práva a rozsah zajišťování, který mají české obecné soudy povinnost aplikovat ve světle judikatury Nejvyššího soudu České republiky (dále též „NS ČR“).

\* Autor je advokátem, členem ČAK, SAK a RAK Kolín nad Rýnem a odborným asistentem na katedře mezinárodního práva FPR ZČU v Plzni. E-mail: tm@machlegal.eu.

Než se budeme *in concreto* zabývat otázkou zjišťování obsahu cizího práva, připomeňme si skutečnost, že z komparativního pohledu není aplikace cizího práva a s tím související zjišťování jeho obsahu samozřejmostí bez dalšího. Ve světě, v zásadě rozděleném na kontinentální právní kulturu na straně jedné a anglosaskou právní kulturu na straně druhé, lze pozorovat dvě polární pozice ohledně aplikace cizího práva z pohledu jeho teoretického uchopení.

### **Cizí právo: ex officio, či ne, právo, či skutková otázka? Velmi krátký komparativní exkurs**

Předně je třeba se zabývat otázkou, zda má soud (či jiný orgán povoláný k aplikaci právních norem ve své rozhodovací praxi) povinnost aplikovat cizí práva *ex officio*, anebo zda tak má činit toliko na návrh některé z procesních stran.

Ve středoevropské kontinentální kultuře německy mluvících států a jejich dřívějších území (kam autor v podobě části bývalého Předlitavska řadí i Českou republiku) převládá od počátku 20. století koncepce, že cizí právo aplikuje soud *ex officio* a nakládá s ním tak jako s právem samým. Příkladem je vedle českého právního řádu i německý právní řád.<sup>1</sup> Podle judikatury k § 293 německého občanského soudního řádu (ZPO) platí, že soud zjišťuje obsah cizího práva, ke kterému jej zavedou kolizní normy německého mezinárodního práva soukromého, *ex officio*.<sup>2</sup> Podle zmínovaného § 293 ZPO, který je systematicky v ZPO zařazen v části, která pojednává o provádění důkazů, pak platí: „V jiném státě platí právo, obyčejové právo a předpisy je nutno dokazovat pouze v rozsahu, ve kterém jsou soudu neznámé. Při zjišťování těchto právních norem není soud omezen na důkazy předložené stranami; je nadán pravomocí používat také jiné zdroje poznání a za účelem takového používání jiných zdrojů nařídit potřebného.“<sup>3</sup>

Judikatura pak dovodila, resp. doplnila doktrínu ohledně právě povinnosti tak činit *ex officio* a činit tak komplexně, tzn. včetně aplikace právní doktríny a judikatury v tom či

onom právním řádu.<sup>4</sup> Obdobně federální právo Švýcarské konfederace předepisuje ve spolkovém zákoně o mezinárodním právu soukromém v čl. 16:<sup>5</sup>

- „1. Obsah zahraničního práva, které se má aplikovat, se zjišťuje z moci úřední. K tomuto může být požadováno součinnosti stran. V majetkových věcech může být důkaz přenechán stranám.
2. Pokud není obsah zahraničního práva, které se má aplikovat, zjistitelný, pak se aplikuje švýcarské právo.“

Oproti tomu v právu Anglie a Walesu jakožto jedné ze tří samostatných jurisdikcí v rámci Spojeného království (vedle Skotska a Severního Irsku; např. skotské právo je pro anglické soudy právem cizím, které jest tedy nutno dokazovat) se ustálila koncepce, že cizí právo je nutno tvrdit (jinak soud aplikuje právo Anglie a Walesu) a je nutno jej také dokazovat (aktivitou strany, která jej tvrdí), a to nejen v rovině zjišťování jeho obsahu, ale i v rovině toho, že právě toto cizí právo jest k použití.<sup>6</sup> Výjimkou z povinnosti dokazovat skutečnost samou, že takové cizí právo má být aplikováno, je situace, kdy strany sporu učiní nesporným jeho aplikovatelnost. Pak zbývá dokazovat jeho obsah, což bývá typicky s využitím tzv. *expert witnesses*, tzn. znalců z daného oboru (nikoliv ve smyslu soudních znalců podle českého zákona o znalcích a tlumočnících), tedy právníků připuštěných k výkonu advokacie v předmětné jurisdikci či právních profesorů z dané jurisdikce.<sup>7</sup>

### **Cizí právo v České republice**

Zjišťování a používání cizího práva českými orgány upravuje v českém právním řádu zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém, (dále jen „zákon o mezinárodním právu soukromém“ či „ZMPS“), který ve svém § 23 předepisuje:

- „1. Pokud z jiných ustanovení tohoto zákona nevyplývá něco jiného, je třeba zahraničního práva, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, používat i bez návrhu a tak, jak se ho používá na území, na němž toto právo platí. Použije se těch jeho ustanovení, kterých by se na území, na němž toto právo platí, pro rozhodnutí ve

<sup>1</sup> HARTLEY, T. C. Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared. *ICLQ*, 1996, roč. 45, č. 2, str. 272 a násl., str. 273.

<sup>2</sup> KROPHOLLER, J. *Internationales Privatrecht*. 6. vydání. Tübingen 2006, str. 45 a str. 47.

<sup>3</sup> § 293 ZPO.

<sup>4</sup> THOMAS, H. – PUTZO, H. a kol. *Zivilprozessordnung. Kommentar*. 39. vydání. München 2018, str. 605.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) ze dne 18. prosince 1987. Dostupný online na <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>> [cit. 2020-04-21].

<sup>6</sup> HARTLEY, C. d., str. 282.

<sup>7</sup> Tamtéž, str. 283.

věci použilo, bez ohledu na jejich systematické zařazení nebo jejich veřejnoprávní povahu, pokud nejsou v rozporu s nutně použitelnými předpisy českého práva.

2. Pokud dále není stanoveno něco jiného, obsah zahraničního práva, jehož se má použít podle ustanovení tohoto zákona, se zjišťuje bez návrhu z úřední povinnosti. Soud nebo orgán veřejné moci, který rozhoduje ve věcech upravených tímto zákonem, učiní k jeho zjištění všechna potřebná opatření.
3. Jestliže soudu nebo orgánu veřejné moci, který rozhoduje ve věcech upravených tímto zákonem, není obsah zahraničního práva znám, může si k jeho zjištění vyžádat také vyjádření Ministerstva spravedlnosti.
4. Má-li se použít právního řádu státu, který má více právních oblastí nebo různé úpravy pro určité skupiny osob, rozhodují o použití příslušných právních předpisů právní předpisy tohoto státu.
5. Jestliže se nepodaří v přiměřené době zahraniční právo zjistit nebo je-li to nemožné, použije se české právo.“

České orgány tedy aplikují cizí právo z moci úřední, a to stejným způsobem, jako by bylo cizí právo aplikováno v místě, ve kterém platí, tzn. včetně právní doktríny a judikatury.

Je třeba poznamenat, že výraz cizí právo (případně cizozemské právo) i v českém právním prostředí znamená pozitivní právní řád někde na Zemi existující ve smyslu pozitivního právního řádu státu či území jsoucímho jurisdikcí v rámci státu či soustátí s více právními řády. I v českém právním prostředí by tedy bylo nutno například souhlasit se závěry judikatury, která vylučuje aplikaci náboženských či nábožensko-obyčejových praktik, aniž by tyto byly zakotveny bez dalšího jako součást prvního řádu státu objektivně existujícího podle obyčejové definice státu [tzv. montevidejská definiční kritéria, jmenovitě (a) území, (b) stálé obyvatelstvo, (c) státní moc nad daným obyvatelstvem na daném území státu a (d) schopnost vstupovat do mezinárodních vztahů]. *Halakha* by tak nebyla právem aplikovatelným podle výsledku vedení kolizních norem (ostatně kolizní normy by k ní vůbec neměly dovést) ani právem

zvolitelným smluvními stranami.<sup>8</sup> Stejný závěr platí i pro tzv. *lex mercatoria*, pokud jej někdo někdy vůbec uchopitelně spatřil.

### Maximy ovládající zjišťování a aplikaci cizího práva českými orgány, zejména soudy

České obecné soudy s aplikací cizího práva tápají v intencích popsaných v úvodu tohoto článku. Maxima zavedená § 23 ZMPS, tedy že „je třeba zahraničního práva [...] používat i bez návrhu a tak, jak se ho používá na území, na němž toto právo platí [...]“, v soudní praxi trpí, což vede ke vzniku judikatury NS ČR níže diskutované. Paradoxní na této judikatuře je její existence samotná, když v zásadě lze dojít k závěru, že právní závěry Nejvyšším soudem ČR v předmětné judikatuře artikulované jakožto právní názory pro obecné soudy (které mají být ochránáři zákonnosti) závazné nejsou ničím jiným než odrazem dikce § 23 ZMPS. Tento závěr však neplatil před účinností současného zákona o mezinárodním právu soukromém (1. 1. 2014), což částečně vysvětluje nutnost vzniku této judikatury. Přesto je judikatura NS ČR v této věci významná i nadále, neboť její právní věty vysvětlují soudní praxi detailněji, zejména to, kdo nese důkazní břemeno zjišťování obsahu cizího práva a jaké (důkazní) prostředky k tomu mohou sloužit. Judikatura dále dokresluje otázku formální koncepce např. znaleckého posudku z oboru právních vztahů k cizině. Této problematice se věnujeme dále.

Předně je třeba poukázat na to, že v roce 2012, tedy před účinností současného zákona o mezinárodním právu soukromém,<sup>9</sup> NS ČR svým usnesením ve věci JUDr. Altner v. ČSSD, čj. 33 Cdo 3529/2010-354, ze dne 26. 6. 2012 konstatuje, že (a tedy dokresluje prázdnotu v právním rámci platného práva v dané době): „Podle § 121 o. s. ř. není třeba dokazovat skutečnosti obecně známé nebo známé soudu z jeho činnosti, jakož i právní předpisy uveřejněné nebo oznámené ve Sbírce zákonů České republiky. Právní teorie, soudní praxe, jakož i komentářová literatura je zajedno v tom, že předmětem dokazování nemohou být právní předpisy, pro něž platí zásada ‚iura novit curia‘. Byť zákon tuto zásadu výslovně uvažuje jen ve vztahu k předpisům,

<sup>8</sup> Srov. Court of Appeal (civil division) ve věci *Halpern & Ors v. Halpern & Anr.*, [2007] 3 WLR 849, [2007] 3 All ER 478 [2007] 2 Lloyd's Rep 56, [2007] EWCA Civ 291.

<sup>9</sup> Oproti současnému § 23 ZMPS se § 53 zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, omezoval toliko na stanovení, že:

„(1) K zjištění cizího práva učiní justiční orgán všechna potřebná opatření; pokud mu obsah cizího práva není znám, může si za tím účelem vyžádat také informaci od ministerstva spravedlnosti.

(2) Vzniknou-li při projednávání věci uvedených v § 1 pochybnosti, mohou si justiční orgány vyžádat u ministerstva spravedlnosti vyjádření.“

jež jsou uveřejněny nebo oznámeny ve Sbírce zákonů České republiky, lze ji obecně vztáhnout i na předpisy cizozemské, neboť se v důkazním řízení dokazují jen skutečnosti účastníky tvrzené či v řízení jinak vyšlé najevo. Z toho plyne, že soud, který má zásadně zjišťovat obsah cizího práva jakýmkoli dostupným a spolehlivým způsobem, může získat znalost cizího práva vlastním studiem (z pramenů jemu dostupných, jsou-li dostatečně spolehlivé), vyjádřením Ministerstva spravedlnosti (srovnej § 53 zákona č. 97/1963 Sb.), popř. ze znaleckého posudku z oboru právních vztahů k cizině, přičemž v posléze uvedených případech nejde o důkaz listinou ve smyslu § 129 o. s. ř. Soud může rovněž požadovat součinnost účastníka, který se dovolává cizího práva, aby předložil text cizí normy [...].“

Na zmíněnou judikaturu NS ČR a Ústavního soudu ČR (dle citace shora) dále odkázal NS ČR i v dalším usnesení ze ságy JUDr. Altnera v. ČSSD, nyní již za účinnosti zákona o mezinárodním právu soukromém, když v usnesení ve věci sp. zn. 33 Cdo 4334/2014 ze dne 10. 12. 2015 konstatuje: „Dovolací soud se k otázce zjišťování obsahu cizího práva vyjádřil již v předchozím zrušujícím usnesení ze dne 22. 1. 2009, č. j. 24 C 265/2000-266, ve smyslu výše podané rekapitulace, na niž lze jen odkázat. K obdobnému závěru dospěl i ve svém usnesení ze dne 27. 8. 2013, sp. zn. 21 Cdo 1012/2013. V rozsudku ze dne 17. 12. 2013, sp. zn. 23 Cdo 1308/2011, pak dovolací soud – s odkazem na již zmiňovaný nálezk Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 2/11 se k výkladu § 53 odst. 1, 2 zákona č. 97/1963 Sb. vymezil tak, že zásadně justiční orgán má zjišťovat obsah cizího práva jakýmkoli dostupným, spolehlivým způsobem; může si opatřit znalost cizího práva přímo sám z pramenů jemu dostupných, jsou-li dostatečně spolehlivé, zejména s ohledem na možnost změny, ke kterým v cizím právním řádu může kdykoliv dojít. Může požadovat součinnost od účastníků, zejména jde-li o cizí právnické osoby, které mají vlastní právníky, nebo jsou-li účastníci zastoupeni advokáty, kteří mají možnost opatřit si od svého zahraničního spojení příslušné prameny, literaturu nebo vyjádření a posudky, jakož i požadovat od účastníka předložení osvědčení o cizím právu, vydaného příslušným orgánem cizího státu, případně si opatřit posudek příslušného znalce. Teprve v případě, že se nepodaří soudu přes veškeré rozumně vynaložené úsilí obsah cizího práva zjistit, je třeba použít náhrady za nezjištěné cizí právo, jímž je

v případě pravomoci českých soudů v řízení právo české podle zásady *lex fori*. [...] Pro zjištění obsahu cizího práva přitom nestačí zjistit pouhý text právního předpisu, ale také informace o jeho výkladu (odbornou komentářovou literaturu, judikaturu apod.), pokud ze samotného textu cizího práva není jeho obsah a způsob aplikace jednoznačný. Soud je povinen pro zjištění cizího práva učinit všechna nezbytná opatření, jež jsou reálně dostupná; bude záviset na okolnostech konkrétního případu, jaké opatření z těch, které přicházejí v úvahu, zvolí.“

Ve skutkově odlišné věci, kde podstatou sporu bylo zjišťování obsahu práva ostrova Man v dědické věci jakožto samostatné jurisdikce v podobě korunního závislého území Spojeného království Velké Británie a Severního Irsku, NS ČR zasahoval v situaci, kdy obecné soudy pražské, nebyvše schopny sehnat stanovisko tamních justičních orgánů na obsah „Manx Law“, rezignovaly na svoji zákonnou povinnost zjišťování obsahu cizího práva a zkratkou, kterou by šlo parafrázovat větou „tak snad to bude stejné jako v Anglii, tak to rozhodneme podle toho“, činily rozhodnutí. Ve věci sp. zn. 21 Cdo 4674/2014 v rozsudku ze dne 17. 8. 2015 konstatoval NS ČR, jak následuje: „I když součinnost účastníků lze pokládat za ‚korektní a přípustný způsob‘ zjišťování cizího (cizozemského) práva, je třeba vzít v úvahu, že účastník není osobou, která by neměla zájem na výsledku řízení, a že proto nelze vyloučit, že jím poskytnuté informace o cizím (cizozemském) právu nemusí být přesné a úplné. Z informací o cizím (cizozemském) právu, které soudu poskytl účastníci, lze proto zpravidla vycházet jen tehdy, vyplývají-li z nich údaje, které jsou mezi všemi účastníky nepochybné (‚nesporné‘) a které svou úplností (komplexností) poskytují soudu prostor pro správné právní posouzení věci. [...] Za této situace bylo plně na místě provést důkaz znaleckým posudkem o právu Ostrova Man týkajícím se posuzování platnosti závětí (o znění příslušných právních předpisů nebo jiných pramenů práva a o jejich používání při rozhodování sporů a jiných právních věcí soudy Ostrova Man), který by podal tuzemský nebo zahraniční znalec tohoto práva; k ustanovení zahraničního znalce lze případně využít (ve vztahu k Ostrovu Man) též Úmluvu o provádění důkazů v cizině ve věcech občanských a obchodních ze dne 18.3.1970 (publikovanou vyhláškou ministra zahraničních věcí č. 129/1976 Sb.). Kdyby se ani prostřednictvím znaleckého posudku nepodařilo zjistit právo

Ostrova Man rozhodné pro posouzení platnosti závěti ze dne 21.6.2002 (buď vůbec, nebo v potřebném rozsahu a hloubce), pak je na místě věc posoudit - i s přihlédnutím k ustanovení § 36 ZMPSP – podle českého práva.“

Závěry v tomto právním posouzení předmětné rozhodované situace jsou pro postupy soudů zásadní. Vedle povinnosti právo aplikovat v jeho komplexnosti (tzn. vč. doktríny a judikatury – § 23 ZMPS) a činiti tak *ex officio* s ohledem na skutečnost, že cizí právo je v českém právu vnímáno jako právo, nikoliv skutečnost/tvrzení jsoucí k dokazování, přičemž soud přece právo zná, NS ČR zejména explicitně kategorizoval nástroje, kterých se mají obecné soudy při zjišťování a aplikaci cizího práva chopit. Těmito nástroji poznání mohou tedy být [vzhledem k bodu (f) demonstrativně]:

- (a) listinné důkazy (zejména předkládané stranami sporu, jakkoliv k tomu strany nejsou povinny),
- (b) vyjádření o obsahu cizího práva od Ministerstva spravedlnosti podle § 23 ZMPS,
- (c) odpověď dožádaného státu podle Evropské úmluvy o poskytování informací o cizím právu<sup>10, 11</sup>,
- (d) znalecký posudek od tuzemského znalce,
- (e) znalecký posudek od zahraničního znalce,
- (f) jakýkoliv jiný prostředek (včetně získávací potřebných poznatků vlastním studiem z iniciativy soudu).

Shora uvedený sumář zní právní větou NS ČR ve věci 21 Cdo 4674/2014 z rozsudku ze dne 17. 8. 2015 takto: „Ke zjištění cizího (cizozemského) práva mohou sloužit jakékoliv (všechny) prostředky, pomocí kterých může být objasněno znění příslušných cizích právních předpisů nebo jiných pramenů práva a jejich aplikace při rozhodování sporů a jiných právních věcí v domovské zemi. O obsahu cizího (cizozemského) práva si soud může vyžádat – jak se uvádí v ustanovení § 53 odst. 1 ZMPSP – informaci od ministerstva spravedlnosti, popřípadě může postupovat podle Evropské úmluvy o poskytování informací o cizím právu (uveřejněné sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 221 ve Sbírce zákonů, roč. 1998), může získat potřebné poznatky vlastním studiem pramenů získaných z iniciativy soudu nebo za součinnosti

s účastníky řízení a v neposlední řadě si může vyžádat znalecký posudek tuzemského nebo zahraničního znalce cizího (cizozemského) práva. V každém případě musí být obsah cizího (cizozemského) práva zjištěn tak úplně a spolehlivě, jak by tomu bylo (mělo být) v případě, kdyby spor nebo jiná právní věc byly řešeny a rozhodovány v domovské zemi aplikovaného práva.“

Za rozvedení stojí především instituty znaleckého posudku tuzemského znalce a znaleckého posudku od zahraničního znalce.

Ve vztahu ke znaleckým posudkům tuzemského znalce se jedná o zvláštní druh znaleckého posudku v oboru právní vztahy k cizině. Tento institut je řešením vhodným a je jisté dobře, že existuje. Jedná se však o řešení, které musejí soudy využívat jen velmi opatrně a s rozvahou, neboť jinak může docházet k deformaci přenosu informací. Jen stěžejí si lze představit, že znalec, který bude znalý například němčiny, německého či rakouského práva, obstojně angličtiny a francouzštiny, bude schopen podat komplexní a přezkoumatelnou zprávu o obsahu brazilského práva. Bez znalostí reálií a kulturního prostředí mu kupříkladu nepomůže ani skutečnost, že tamní rekonstrukce občanského práva z roku 2002 se významně inspirovala v německém právu, neboť při výkladu právních institutů se prostě neobejde bez znalosti jazyka a zdrojů k hledání judikatury. Praktickým příkladem pro případný spor (který v advokátní praxi autora tohoto článku málem musel řešit Obvodní soud pro Prahu 1 jakožto soud místně příslušný podle místa majetku žalovaného), příkladem pro meritum sporu podle brazilského práva dosti zásadním, může být otázka, nyní novelizačně řešená i v českém zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, za účelem postavení explicitně do textu zákona, a to zda závazky z neuhrazených plateb do SVJ v Brazílii při úplatném zcizení bytové jednotky přecházejí na nabyvatele (jsouce vázány k věci), anebo i nadále zatěžují zcizitele *ad personam*. Tento nikterak neobvyklý příklad ukazuje, jak omezený v praxi institut znalce v oboru právní vztahy k cizině může být, jakmile se rozhodné právo začne jazykově či kulturně dostávat mimo běžné „světové jazyky“, neboť na

<sup>10</sup> Evropská úmluva o poskytování informací o cizím právu (Londýn, 7. 6. 1968) a Dodatkový protokol k Evropské úmluvě o poskytování informací o cizím právu (Štrasburk, 15. 3. 1978). Vyhlášeno v ČR jako sdělení Ministerstva zahraničních věcí pod č. 221/1998 Sb., sdělení Ministerstva zahraničních věcí o sjednání Evropské úmluvy o poskytování informací o cizím právu a Dodatkového protokolu k Evropské úmluvě o poskytování informací o cizím právu.

<sup>11</sup> Čl. 7 Evropské úmluvy o poskytování informací o cizím právu předepisuje obsah odpovědi takto: „Účelem odpovědi je objektivně a nestranně informovat o právu žádaného státu orgán, který žádost podal. Podle povahy věci má odpověď obsahovat text příslušných zákonů a jiných právních předpisů a soudních rozhodnutí. Pokud je to pro dobrou informovanost žadatele nutné, bude též provázena doplňujícími dokumenty jako výňatky z vědeckých děl a přípravných prací. Může být popřípadě provázena i vysvětlujícím komentářem.“

služby překladatelů se při hledání „ducha“ právní normy (a tedy hledání judikatury, doktríny a výkladu obecně) nelze spoléhat, text zákona nemusí být kompletní (jinak by ostatně neexistovala judikatura), a přeložitelný (či jakýkoliv jiný) komentář povětšinou končí tam, kde začíná problém.

S ohledem na tyto závěry jeví se pak jako zásadně spravedlivější a zásadně podstatně vhodnější v situaci, kdy soud chce dojít k závěru spravedlivému, využívat znalců zahraničních. V tomto kontextu je třeba poukázat na skutečnost, že jakkoliv středoevropská právní kultura pracuje s institutem soudního znalce *Gutachter* jakožto se svébytným institutem, zejména v anglofonním světě se za *expert witnesses* běžně povolávají např. lékaři, případně univerzitní profesori v situacích, kdy se zkoumá otázka zdravotnická, či advokáti či univerzitní profesori z příslušné jurisdikce, pokud se zkoumá právo té či oné cizí jurisdikce. Konceptně je pak třeba se oprostít od představy, že taková osoba by měla být soudním znalcem, protože často v takové jurisdikci prostě takový institut neexistuje, a nabízí se tedy maximálně otázka případného ustanovení znalcem *ad hoc* z pohledu českého práva, jakkoliv se to jeví jako krok nadbytečný s ohledem na skutečnost, že podle panující judikatury české není znalecký posudek zvláštní, nadřazenou kategorií důkazního prostředku nad ostatními důkazy, vč. listinných.

Jak v případě tuzemských znalců, tak v případě zahraničních znalců (lze-li technicky a teritoriálně) se pak jeví jako nevyhnutelné, aby soud znalec k posudku vyslechl, neboť jen tak se soud faktický, rozhodného práva sice neznalý, právně jej však znalý, může pokusit v rámci maximy ústnosti skutečně zjistit alespoň to, jak hodně znalec předmětné rozhodné právo zná a jak hodně se snaží toliko se ctí dostát úkolu objektivně nespornému. Platí totiž, že v případě, že znalec není spolehlivě využitelný, a selžou-li i ostatní dostupné nástroje, „pak je na místě věc posoudit – i s přihlédnutím k ustanovení § 36 ZMPSP – podle českého práva“.<sup>12</sup>

K rozsahu zjišťování obsahu cizího práva v soudním řízení se v nedávné době vyjadřoval NS ČR v souvislosti s „rozsahem“ zjištění práva provedeného na základě zjevně velmi povrchního vyjádření Ministerstva spravedlnosti ČR podle § 23 ZMPS; Ministerstvo spravedlnosti ČR v daném případě rezignovalo na judikaturu ze zkoumaného právního řádu

a toliko velmi jednoduše, podle obsahu odůvodnění judikátu NS ČR, opsalo text německého občanského zákoníku a vložilo mu do „úst“ zavádějící interpretaci jsoucí v rozporu právě s tamní judikaturou (v daném případě ohledně povinné formy právního jednání). Poučení z daného případu ukazuje, že vyjádření Ministerstva spravedlnosti samo o sobě nemůže obstát. Zároveň z něj však plyne praktické poučení do řad advokacie, že *prima facie* pravdu je v takových případech nutno autonomně přezkoumávat, a i když je povinností soudu obsah práva zjistit a aplikovat *ex officio* a soud nesmí toto břemeno přenášet na strany, bylo by zjevně pochybením právního zástupce strany být ve věci (i pro neznalost) pasivní a případně důkazně proti takovému špatnému závěru nebrojit, nechaje tak soud v blažené nevědomosti, a to k tíži vlastního klienta. Spisová značka posledního zmiňovaného judikátu NS ČR v insolvenční věci je 29 ICdo 96/2016 a jedná se o rozsudek ze dne 30. 12. 2019, jehož relevantní část odůvodnění zní:

„Nejvyšší soud se ve své rozhodovací činnosti otázkou zjišťování obsahu cizího práva opakovaně zabýval, přičemž jeho judikatura je ustálena v závěrech, podle kterých:

1/ Justiční orgán má zásadně zjišťovat obsah cizího práva jakýmkoli dostupným, spolehlivým způsobem; může si opatřit znalost cizího práva přímo sám z pramenů jemu dostupných, jsou-li dostatečně spolehlivé, zejména s ohledem na možnost změn, ke kterým v cizím právním řádu může kdykoliv dojít. Může požadovat součinnost od účastníků, zejména jde-li o cizí právnické osoby, které mají vlastní právníky, nebo jsou-li účastníci zastoupeni advokáty, kteří mají možnost opatřit si od svého zahraničního spojení příslušné prameny, literaturu nebo vyjádření a posudky, jakož i požadovat od účastníka předložení osvědčení o cizím právu, vydaného příslušným orgánem cizího státu, případně si opatřit posudek příslušného znalce.

K tomu srov. shodně rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 17. prosince 2013, sp. zn. 23 Cdo 1308/2011, jehož závěry, ač přijaté při výkladu ustanovení § 53 zákona č. 96/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, se nepochybně plně prosadí i při výkladu nové právní úpravy obsažené v § 23 ZMPS.

2/ Pro zjištění obsahu cizího práva přitom nestačí zjistit pouhý text právního předpisu, ale také informace o jeho výkladu (odbornou

<sup>12</sup> Rozsudek NS ČR ze dne 17. 8. 2015 ve věci sp. zn. 21 Cdo 4674/2014.

komentářovou literaturu, judikaturu apod.), pokud ze samotného textu cizího práva není jeho obsah a způsob aplikace jednoznačný. Soud je povinen pro zjištění cizího práva učinit všechna nezbytná opatření, jež jsou reálně dostupná; bude záviset na okolnostech konkrétního případu, jaké opatření z těch, které přicházejí v úvahu, zvolí (srov. důvody usnesení Nejvyššího soudu ze dne 10. prosince 2015, sp. zn. 33 Cdo 4334/2014).

[...]

Obecně platí, že použití cizího práva by zásadně mělo vést ke stejnému výsledku, jako kdyby je aplikoval orgán státu, o jehož právo jde. Zpravidla proto nepostačí zjistit pouhý text právního předpisu, ale v rozsahu potřebném pro výklad zjištěné právní normy bude rovněž nezbytné získat přístup také k relevantní judikatuře či odborné literatuře, zabývající se řešenou problematikou. [...]"

## Závěrem

Pozitivní právo, ať již v podobě § 23 ZMPS, nebo v podobě panující judikatury, přikazuje soudům, znalým práva, aplikovat cizozemské právo v jeho komplexnosti a činit tak z moci úřední a zapovídá soudům přenášet jak břemeno tvrzení ohledně existence cizího práva jako práva rozhodného, tak břemeno důkazní na strany sporu. Je jasné, že se jedná o břímě dosti obtěžkávající, které však přiléhá teoretické koncepci cizího práva jako práva v evropském kontinentálním právním prostředí. Povinností advokátů jeví se přesto být dohlížet nad znalostí cizího práva soudy, zejména s ohledem na prameny poznání, které jsou k tomu voleny, a způsob, jak jsou takové prameny soudy čerpány.

# K zásadní změně Úmluvy Rady Evropy o ochraně osob se zřetelem na automatizované zpracování osobních dat (Úmluva č. 108)

KATEŘINA LIPANOVÁ\*

## *On the Fundamental Amendment to the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data*

**Summary:** *The importance and impact of international law in the field of personal data protection has undeservedly remained in the shadow of European Union law in recent years. The public also often overlooks the interaction between international law and European Union law, which very well mirrors the development of Convention No. 108, in particular its application and amendment. The article reflects this interaction of legal regulation in the field of personal data protection, especially in connection with specific amendments to Convention No. 108 introduced by the amending protocol (CETS No. 223).*

**Keywords:** *Data Protection Convention No. 108, Amending Protocol, Council of Europe Data Protection, European data protection standard, personal data protection, key principles of personal data protection*

Před více než dvěma lety, dne 18. května 2018, přijal Výbor ministrů Rady Evropy po několikaletém jednání text protokolu o změně

Úmluvy o ochraně osob se zřetelem na automatizované zpracování osobních dat, zkráceně nazývané Úmluva č. 108 (ETS No. 108<sup>1</sup>).

\* Autorka působí jako právnička v Úřadu pro ochranu osobních údajů a jako externí doktorandka na Právnické fakultě Univerzity Karlovy. E-mail: lipanova.k@centrum.cz. Článek vyjadřuje osobní názor autorky článku, nikoliv jejího zaměstnavatele.

<sup>1</sup> Publikováno v řadě Evropské smlouvy [„European Treaty Series“ (ETS)], od roku v řadě Smlouvy Rady Evropy [„Council of Europe Treaty Series“ (CETS)]. Dostupné na <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/54359126>>.