

Univerzita Palackého v Olomouci
Právnická fakulta



Martin Kopa

Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži

Diplomová práce

Olomouc

2010

Prohlašuji, že jsem diplomovou práci na téma „Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži“ vypracoval samostatně a citoval jsem všechny použité zdroje.

V Olomouci dne 26. 2. 2010

.....

Martin Kopa

Poděkování:

Na tomto místě bych rád poděkoval panu Mgr. et Mgr. Lukáši Ryšavému za jeho cenné rady a celé mojí rodině za veškerou pomoc při zpracování této diplomové práce.

ÚVOD.....	4
1. POJEM LEX MERCATORIA.....	6
1.1. HISTORIE LEX MERCATORIA.....	6
1.2. POJEM LEX MERCATORIA – JEHO DEFINICE A SOUVISEJÍCÍ TERMINOLOGIE.....	9
1.3. TRADIČNÍ KONCEPCE A SMĚRY LEX MERCATORIA	13
1.3.1. <i>Clive Macmillan Schmithoff</i>	13
1.3.2. <i>Aleksandar Goldštajn</i>	14
1.3.3. <i>Francouzská sociologická koncepce lex mercatoria</i>	15
1.3.4. <i>Transnacionální směr „stricto sensu“</i>	17
1.3.5. <i>Klaus Peter Berger a jeho tzv. kontinuální kodifikace lex mercatoria</i>	19
1.3.6. <i>Krátké shrnutí části 1.3.</i>	20
2. LEX MERCATORIA – PRO A PROTI.....	21
2.1. JE LEX MERCATORIA PRÁVEM, RESP. PRÁVNÍM ŘÁDEM?	21
2.2. JE LEX MERCATORIA NA ROZDÍL OD PRÁVA STÁTNÍHO VÁGNÍ, NEURČITÉ A OHROŽUJE TÍM POŽADAVKY PRÁVNÍ JISTOTY MEZINÁRODNÍCH OBCHODNÍKŮ?	27
2.3. JE LEX MERCATORIA VYTVOŘENO POUZE ÚČELOVĚ A BEZ METODOLOGICKÉHO ZÁKLADU?	31
2.4. TRPÍ DOKTRÍNA LEX MERCATORIA NEDOSTATKEM PUBLICITY?	33
2.5. JE LEX MERCATORIA NEDOSTATEČNĚ PROCESNĚ LEGITIMOVÁNO?.....	34
2.6. JE ROZHODOVÁNÍ PODLE LEX MERCATORIA VE SKUTEČNOSTI ROZHODOVÁNÍM PODLE EKVITY (<i>EX AEQUO ET BONO</i>) ČI POUZE JAKO <i>AMIALE COMPOSITEUR</i> ?	36
2.7. LEX MERCATORIA A VEŘEJNÝ POŘÁDEK	38
2.8. SHRNUÍ KAPITOLY 2.....	42
3. APLIKACE LEX MERCATORIA V MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ ARBITRÁŽI.....	44
3.1. LEX MERCATORIA PŘED OBECNÝMI SOUDY	44
3.2. LEX MERCATORIA PŘED MEZINÁRODNÍMI OBCHODNÍMI ROZHODCI	46
3.2.1. <i>Procesní lex mercatoria</i>	46
3.2.2. <i>Lex mercatoria jako hmotné právo v mezinárodní obchodní arbitráži</i>	48
3.2.2.1. Teoretické přístupy k aplikaci lex mercatoria v mezinárodní arbitráži.....	48
3.2.2.2. Úmluvy týkající se mezinárodní arbitráže a lex mercatoria.....	50
3.2.2.3. Lex mercatoria v pravidlech rozhodčích institucí.....	53
3.2.2.4. Lex mercatoria ve světle rozhodčích nálezů	56
ZÁVĚR.....	60
SHRNUÍ.....	62
SUMMARY	63
SEZNAM POUŽITÝCH ZDROJŮ	64

Úvod

Již v první polovině 20. století soudce Nejvyššího soudu USA, Oliver Wendell Holmes, napsal: „*Život práva nevychází z logiky; vychází ze zkušeností.*“¹, kdy byl samozřejmě ovlivněn podmínkami anglosaského právního prostředí, nicméně tím nastolil tezi, která se stala předmětem neutuchajících debat až do dnešní doby a svým způsobem tedy bude i předmětem této diplomové práce.

Coby student 3. ročníku právnické fakulty jsem se poprvé zúčastnil věhlasné soutěže v simulované mezinárodní obchodní arbitráži zvané *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* a začal jsem se tak blíže zabývat právě oblastí práva mezinárodního obchodu. V rámci příprav jsem měl poprvé možnost seznámit se s tvorbou mnoha uznávaných autorů v této oblasti, kdy každý z nich se alespoň okrajově vyjádřil k problematice *lex mercatoria*. Tento pojem byl následně několikrát zmíněn jak ústy „advokátů“ žalobce či žalovaného, tak i ze strany arbitrů, kdy jsem si poprvé uvědomil, o jak důležitý pojem v rámci argumentace jde. Protože jsem se chystal výše uvedené soutěže účastnit i v následujícím roce, začal jsem více studovat právě i problematiku *lex mercatoria* nebo chcete-li, transnacionálního závazkového práva, mezinárodních obchodních zvyklostí apod. Zjistil jsem, že jde o oblast probíranou ze všech možných zorných úhlů již po několik desítek let, přičemž jde o oblast, která budí emoce a vede k názorovým konfliktům nejen mezi jednotlivými autory, ale i celými právními systémy a filozofickými koncepcemi práva.

V rámci tohoto zjišťování poznatků o *lex mercatoria* se mi do rukou dostala kniha, která v mnohém ovlivnila můj názor na danou problematiku, stejně jako její autor a jeho související názory. Daná kniha se v anglickém originále jmenuje *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* a sepsal ji německý profesor mezinárodního práva, Klaus Peter Berger. V březnu roku 2009 jsem v rámci výše zmíněné soutěže, která také slouží jako možnost k setkání všech významných teoretiků i praktiků práva mezinárodního obchodu, měl možnost krátce si popovídat právě s profesorem Bergerem. Když jsem mu prozradil, že bych se rád v rámci své diplomové práce zabýval *lex mercatoria*, okamžitě mi představil „svou“ (staro)nově vytvořenou a na internetu nyní volně přístupnou databázi *Trans-Lex*² se slovy: „Tak tohle to je ta moje kodifikace, kterou už tolik let pomáhám celé té úžasné věci, které někteří říkají *lex mercatoria*.“.

¹ Holmes, O.W. *The Path of the Law*. In *Collected Legal Papers*. Holmes, O.W. (ed.). New York: 1920, s. 167

² <http://www.trans-lex.org> ; dříve také dostupná na <http://www.tldb.net/>

V rámci tvorby této diplomové práce jsem pracoval a budu pracovat zejména s dostupnou zahraniční literaturou a odbornými články, kdy samozřejmě budou zapracovány názory českých a slovenských autorů.

Pracovní hypotézou celé diplomové práce je převážně pozitivní náhled na lex mercatoria a jeho potřebu, resp. využití v oblasti mezinárodních obchodních arbitrází, v jehož spektru bude třeba vypořádat se s tvrdými argumenty všech názorových táborů. Půjde zcela jistě o práci, která se kromě mezinárodního ekonomického práva a práva mezinárodního obchodu nepochybně dotkne i mnohem obecnějších právních disciplín, bude totiž zcela jistě čerpat z poznatků teorie práva, právní filozofie, sociologie práva a dalších vědních disciplín, které nelze pro jejich vztah k právu jako takovému opomenout. Důvody jsou jednoduché, neboť i otázky jako např. „co je to právo?“ nebo „kdy můžeme mluvit o právním řádu?“ bude třeba v rámci této práce vzhledem k metodologii mezinárodního práva soukromého, resp. práva mezinárodního obchodu, uspokojivě zodpovědět.

Co se metod k potvrzení výše uvedené domněnky o potřebě existence a využívání lex mercatoria v mezinárodních obchodní arbitráži týče, budu se snažit držet klasických metod, jakými jsou např. SWOT (strengths, weaknesses, opportunities, threats) či metoda poměrnosti právních principů. Budu pracovat s dostupnou literaturou a časopiseckými články vydanými v odborných periodikách, v nichž lze objevit teze, se kterými doposud nebylo v rámci této problematiky pracováno.

Shrnu-li tedy výše uvedené, cílem této diplomové práce bude se přezkoumatelně přiřadit k táboru proponentů doktríny lex mercatoria a jejího využití ve stále se více rozvíjející oblasti řešení sporů z mezinárodního obchodu, a to v mezinárodní obchodní arbitráži. V české literatuře mezinárodního práva se totiž do dnešního objevuje debata o lex mercatoria jaksí neuceleně, neboť prakticky jedinou komplexní knihou pojednávající o celé problematice je monografie profesorky Naděždy Rozehnalové o transnacionálním právu mezinárodního obchodu, krom ní a několika kvalifikačních prací (např. disertační práce doktora Karla Střelce) se ostatní čeští autoři tohoto tématu dotýkají jen povrchně a omezují se často jen na obecné dále detailněji nerozvedené teze, proto bych rád v rámci možností této práce přispěl k případnému rozvoji debaty o lex mercatoria a jeho významu v právu mezinárodního obchodu.

1. Pojem lex mercatoria

1.1. Historie lex mercatoria

Před samotným historickým exkursem je nutné si jen stručně vymezit, co vlastně rozumíme pojmem lex mercatoria. Podíváme-li se do nejnovějšího vydání Právnického slovníku, pod heslem lex mercatoria tam objevíme definici profesora Pavla Šturmy, která říká: „*lex mercatoria* nebo též *transnacionální právo mezinárodních obchodních transakcí, popř. světové právo mezinárodního obchodu, je teoretickou koncepcí založenou na myšlence existence samostatného systému norem, či dokonce „třetího“ právního řádu, který je odlišný od systémů vnitrostátního i mezinárodního práva a upravuje právní vztahy vznikající v rámci mezinárodního obchodu. Je systémem obecných principů a obyčejových norem, spontánně aplikovaných či vypracovaných v rámci mezinárodního obchodu, bez odvolání na jednotlivé systémy národních právních norem. V praxi se ovšem připouštějí určité formy, jako obchodní obyčeje a zejm. též standardizované formy obchodních doložek, které přijala Mezinárodní obchodní komora pod názvem INCOTERMS. Je též možné použití lex mercatoria při rozhodování mezinárodní obchodní arbitráže, a to při výslovné volbě stran (na základě autonomie vůle).*“³

Za vznikem a původem fenoménu zvaného lex mercatoria se musíme přesunout až do 11. století našeho letopočtu, kdy se o něm objevují první historické zmínky i v souvislosti s tím, čemu Římané říkali *ius gentium*. Právě v 11. století došlo k obrovskému rozvoji středomořských obchodních center, což vedlo ke vzniku právních pravidel, někdy nazývaných **středověké lex mercatoria**, jehož právním základem byl zejména obyčej. Již v tehdejší podobě se lex mercatoria vyznačovalo velkou mírou autonomie, jelikož se z něj vyvinulo speciální právo mezinárodních obchodníků, kteří se jím po celém tehdejší světě řídili a rozvíjeli jej. Neexistovala žádná univerzální legislativa, a tak si jednoduše obchodníci vytvářeli právo sami.

Fenoménem, který mohl mít vliv na existenci a rozvoj tehdejšího lex mercatoria, bylo i tzv. *lex maritima*, které podle mnohých autorů spadá pod lex mercatoria a tvoří jej obecně uznávané zvyklosti námořního přepravního průmyslu, zejména vzhledem k přepravě zboží na základě konosamentů, dále unifikované listiny či přepravní podmínky apod. Původ *lex*

³ ŠTURMA, Pavel. *Lex mercatoria*. [online] beck-online. cit. 7. 11. 2009. Dostupné z <<http://www.beck-online.cz/legalis/document.seam?documentId=nnptembqhfpy6a&tocId=nnptembqhfpy6a&type=html&conversationId=14368&conversationPropagation=join#selected-node>>

maritima ovšem sahá ještě dále, a to do 8. - 9. století, kdy vznikl tzv. rhodský zákon⁴, nicméně jeho hlavním pramenem se ve 12. století staly tzv. oléronske svitky (či také oléronske rozsudky), které jsou dodnes považovány za prazáklad námořního práva⁵.

Právně historický pojem *lex mercatoria* byl namísto dříve užívaných pojmů *ius mercatorum* (Itálie), *droit des faires* (Francie) či *ley merchant* (Anglie) údajně poprvé písemně použit kolem roku 1290 v anglické právní sbírce nazvané *Fleta*, která měla být souborem pravidel tamějšího zvykového práva⁶. Prvním autorem, který ovšem zevrubně tehdejší *lex mercatoria* rozebral a popsal, byl Angličan Gerard de Malynes⁷, ve svém díle nazvaném *Consuetudo Vel Lex Mercatoria* až v roce 1622, kde *lex mercatoria* definoval jako „zvykové právo obchodníků, které jest starší, než jakékoliv jiné právo psané.“⁸

Středověké *lex mercatoria* bývá obecně mnohými autory označováno jako jakési do určité míry jednotné obyčejové právo, které mělo mezinárodní rozměr či dosah, díky čemuž bylo obecně uznáváno mezinárodními obchodníky a sloužilo jako dnešní terminologií označované rozhodné právo při řešení sporů obzvláště v arbitráži. Na tomto místě je třeba zmínit faktory, které k tomuto názoru vedly, kdy prof. Rozehnalová uvádí hned čtyři, a to:

- unifikující charakter práva význačných tržních míst (Benátky, Janov, Florencie, ale i třeba Kyjev),
- existence zvláštních soudů, resp. arbitráží, které rozhodovaly obchodní spory,
- aktivita veřejných notářů,
- univerzalita mořských obyčejů (viz. *lex maritima* zmíněné výše)⁹.

O středověkém *lex mercatoria* můžeme poté dohledat informace v dílech tehdejších právníků (např. Stracca¹⁰), nicméně nastalo období rozvoje průmyslové výroby, vzrůstající národní hrdosti a po sérii revolucí v nejvýznamnějších státech Evropy přišlo i tzv. období velkých kodifikací. Pro oblast řešení mezinárodních obchodních sporů je toto období významné i tím, že se postupně vytvořily klasické metody jejich řešení, které již známe ze soudobého mezinárodního práva soukromého.

⁴ tzv. *Lex Rhodia* byl souborem pravidel upravujících obchodní vztahy a plavbu na moři v rámci Byzantské říše

⁵ TETLEY, William. *The Lex Maritima*. In *Lex Mercatoria and Arbitration. Discussion of the new Law Merchant*. CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). New York: Juris Publishing, Inc., 1998, str. 43 - 52

⁶ SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam*. *Právník*, 1998, č.5, str. 409 - 424

⁷ žil v letech 1586 – 1641, byl nezávislý mezinárodní obchodník a také poradce anglické vlády v obchodních věcech

⁸ MYŠÁKOVÁ, Petra. *Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži*. *Právní rádce*, 2009, č. 5, str. 47 - 52

⁹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Lex mercatoria – právo světových obchodníků*. In *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006. s. 197 - 215

¹⁰ Benvenuto Stracca (1509 – 1578), italský právník a ekonom, autor díla *De mercatura*, blíže DONAHUE Jr., Charles. *Medieval and Early Modern Lex mercatoria: An Attempt at the probatio diabolica*. [online], Chicago Journal of International Law, 1. července 2004 [cit. 14. listopadu 2009]. Dostupné z <<http://www.allbusiness.com/legal/laws-government-regulations-business/1118520-1.html>>

Lex mercatoria v jeho původní podobě se tak dostává do krize a dochází k předělu, díky kterému se odděluje tzv. staré lex mercatoria a postupně se začíná mluvit o **tzv. lex mercatoria novém**. Jeho teorii začal rozvíjet už např. Édouard Lambert¹¹ v podobě doktríny o mezinárodních obchodních společnostech (nikoliv ve smyslu dnešního korporátního práva), kterou mimo jiné opíral i o hojně využívání arbitráží, coby způsobu řešení sporů. Jeho žák Masaichiro Ishizaki¹² poté opíral tuto doktrínu o dispozitivitu norem upravujících mezinárodní kontrakty, díky které se tyto kontrakty vymykají kontrole státu. Postupně se začínají čím dál častěji objevovat názory kritizující „státní právo“ a vůbec jeho obecné pokulhávání za potřebami mezinárodního obchodu. Rozvoj těchto názorů ovšem na čas přibrzdila druhá světová válka.

Každopádně v 50. letech 20. století lex mercatoria zaznamenává obrovský rozvoj, protože v té době začínají sílit snahy a argumenty nejen mezinárodních obchodníků, ale postupně i mezinárodních obchodních právníků a právních teoretiků, které zastávají nutnost sjednocení právní úpravy mezinárodního obchodu, která se postupem času stala velmi nepřehlednou. Složitost a nepřehlednost byla způsobena rozdíly jednotlivých národních (resp. vnitrostátních) úprav coby rozhodných právních řádů ve sporech z mezinárodních obchodních závazků. Specializované organizace vzniklé v rámci mezinárodního společenství jako UNCITRAL¹³ či UNIDROIT¹⁴ se také značnou měrou začaly podílet na tvorbě nového lex mercatoria.

Důležitým mezníkem v historii doktríny lex mercatoria jsou zhruba 60. léta 20. století, v nichž britský profesor Clive M. Schmitthoff¹⁵ začal tvořit svoji věhlasnou doktrínu tzv. nového práva obchodníků. Na něj navázal chorvatský profesor Aleksandar Goldštajn¹⁶, který je společně se Schmitthoffem považován za nejvýznamnějšího zastávce doktríny lex mercatoria a jejich myšlenky inspirovaly i další jejich následovníky. Na druhé straně vyvolaly logickou reakci jak v praxi, tak na akademické půdě a to v podobě názorů právníků jakými byli Francis Mann¹⁷ či Eric Loquin¹⁸, Henri Batiffol¹⁹ a jiní. Argumenty všech výše uvedených autorit spolu s názory českých a slovenských autorit si ovšem ponechám do příslušné části této práce,

¹¹ francouzský právník, v roce 1920 založil Institutu komparačního práva v Lyonu

¹² francouzský právník japonského původu, který působil na Institutu komparačního práva v Lyonu spolu s Lambertem

¹³ Komise OSN pro mezinárodní obchodní právo, viz. <http://www.uncitral.org/>

¹⁴ Mezinárodní institut pro unifikaci soukromého práva se sídlem v Říme, viz. <http://www.unidroit.org/>

¹⁵ přední britský jurista, žil v letech 1903 - 1990

¹⁶ profesor mezinárodního obchodního práva na univerzitě v Záhřebu

¹⁷ původem německý právník, který ve 30. letech 20. století emigroval do Anglie, žil v letech 1907 - 1991

¹⁸ profesor na univerzitě v Dijonu

¹⁹ profesor na univerzitě v Lille, žil v letech 1905 - 1989

tímto jejich zmíněním bylo zcela jistě učiněno zadost historickému popisu této fáze vývoje lex mercatoria.

V posledních letech či desítkách let nabývá lex mercatoria na důležitosti. Jedním z faktorů je stále častější využívání mezinárodní obchodní arbitráže coby pro obchodníky výhodné formy řešení sporu, s níž souvisí činnost velkých institucí poskytujících služby v této oblasti, jako jsou například Mezinárodní obchodní komora (ICC), Londýnský mezinárodní rozhodčí soud (LCIA), Americká arbitrážní asociace (AAA), Stockholmská obchodní komora (SCC) a mnohé další. Mezinárodní obchodní arbitráž totiž hraje v mezinárodním prostředí (pod vlivem anglosaského pohledu na alternativní řešení sporů) roli nejoblíbenější formy tzv. ADR (alternative dispute resolution). Činnost výše uvedených organizací UNIDROIT, UNCITRAL či tzv. Landovy komise, resp. vznik a existence databáze Trans-Lex, to vše jsou skutečnosti, které lex mercatoria napomáhají. Detailněji budou ovšem ještě zmíněny a rozebrány v následujících kapitolách.

Můžeme tedy shrnout, že lex mercatoria není výdobytkem posledních let, naopak si prošlo staletou historií, nevyhýbaje se v našem letopočtu všem historickým událostem dějin lidstva, což samo o sobě svědčí o jeho významu, flexibilitě či trvalosti. Pro bližší studium historie lex mercatoria doporučuji příslušnou detailnější literaturu²⁰.

1.2. Pojem lex mercatoria – jeho definice a související terminologie

Lex mercatoria, jeho definice a související terminologie, představují nemalá úskalí, v této části se tedy budu zabývat veškerými detaily a nuancemi, které definice a související terminologie přináší, zároveň se pokusím jednotlivé důležité pojmy dostatečně vymezit.

Nejprve se zaměříme na teoretické názory významných českých osobností mezinárodního práva soukromého, resp. mezinárodního ekonomického práva.

Výše jsem již uvedl definici lex mercatoria z pera profesora Pavla Šturmy²¹. Již z takto podané definice lze vyčíst určitou teoretickou skepsi, současně ale také uznání praktického

²⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Lex mercatoria – fikce či realita? *Právník*, 1998, č. 10 – 11, str. 932 – 952; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Lex mercatoria – právo světových obchodníků. In *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006. s. 197 – 215; SALAČ, Jaroslav. Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. *Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, str. 412

²¹ Jen pro přehlednost ji zde zopakuji: „*lex mercatoria* nebo též *transnacionální právo mezinárodních obchodních transakcí*, popř. *světové právo mezinárodního obchodu*, je teoretickou koncepcí založenou na myšlence existence samostatného systému norem, či dokonce „třetího“ právního řádu, který je odlišný od systémů vnitrostátního i mezinárodního práva a upravuje právní vztahy vznikající v rámci mezinárodního obchodu. Je systémem obecných principů a obyčejových norem, spontánně aplikovaných či vypracovaných v rámci mezinárodního obchodu, bez odvolání na jednotlivé systémy národních právních norem. V praxi se ovšem

využití celé koncepce, což je zřejmé i z popisu *lex mercatoria*, který v nejnovějším vydání své učebnice mezinárodního práva soukromého podává profesor Zdeněk Kučera, který píše o prostředcích, které si vytvořila mezinárodní obchodní praxe pro překlenování potíží vznikajících z rozdílnosti národních úprav. Mezi tyto prostředky řadí mezinárodní obchodní zvyklosti, vykládací pravidla, vzorové smlouvy či obchodní podmínky. Odkazuje na názory, dle kterých je těmto prostředkům přiznávána jistá autonomie pro jejich nezávislost na právu jednotlivých států i právu mezinárodním, kdy jim přisuzuje praktický význam, ovšem kategoricky nesouhlasí s faktem, že by *lex mercatoria* mělo mít povahu přímých, obecně závazných právních norem²².

Poněkud exaktnější definici a popis podává ve svých pracích profesorka Naděžda Rozehnalová, která se v nich zabývá rozdíly mezi termíny, jako jsou např. (staré, nové) *lex mercatoria*, transnacionální právo mezinárodních obchodních transakcí, transnacionální právo mezinárodního obchodu, mezinárodní obchodní právo apod. Poukazuje, že termín transnacionální právo, který poprvé údajně použil významný americký teoretik mezinárodního práva, Phillip C. Jessup²³, se v dnešní době používá již mnohem častěji a nikoliv jako synonymum pro termín *lex mercatoria*. Transnacionalita obzvláště vyjadřuje, že takové normy spadají do jakéhosi dalšího systému práva, který je oddělen od práva vnitrostátního či mezinárodního. Jde o reakci na zvláštnost transakcí, které překračují hranice jednoho státu, neboť je třeba zohlednit obecný právní režim mezinárodní obchodní transakce, podobnost v aplikovaném smluvním právu či vzory užívané v takových transakcích a v neposlední řadě jde o termín označující pramen mezinárodního obchodního práva, tedy jakési mezinárodně jednotné právo ve vlastním smyslu²⁴. Profesorka Rozehnalová uvádí, že: „*Projev existence ucelených pravidel chování vznikajících ve sféře transnacionální, ať již živelně (vykrytalizovaných v praxi samé) nebo uměle (a to na základě aktivit soukromých jako jsou uváděné INCOTERMS či zásady smluvního práva anebo i z iniciativy státu, nicméně neexistující v podobě závazné, ale využívané jen praxí jako jsou odkazy na některé úmluvy*

připouštějí určité formy, jako obchodní obyčeje a zejm. též standardizované formy obchodních doložek, které přijala Mezinárodní obchodní komora pod názvem INCOTERMS. Je též možné použití lex mercatoria při rozhodování mezinárodní obchodní arbitráže, a to při výslovné volbě stran (na základě autonomie vůle).“

²² KUČERA, Zdeněk. K povaze prostředků vytvořených mezinárodní obchodní praxí, k otázce tzv. *lex mercatoria*. In *Mezinárodní právo soukromé*. 7. Vydání. Brno: Doplněk, 2009. str. 218 - 220

²³ americký právník, diplomat, profesor mezinárodního práva a bývalý soudce Mezinárodního soudního dvora v Haagu. Žil v letech 1897 – 1986 a je po něm pojmenována prestižní soutěž v simulovaném jednání u Mezinárodního soudního dvora Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition

²⁴ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Lex mercatoria – fikce či realita? Právník*, 1998, č. 10 – 11, str. 943; srov. také HORN, Norbert. Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts. In *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. HORN, Norbert, SCHMITTHOFF, Clive (eds.) [online] Trans-Lex, cit. dne 7.11.2009. Dostupné z <<http://trans-lex.org/113800>>

v případě, že na subjekty nedopadají) považujeme za vhodné použít termínu „transnacionální“ právo či „transnacionální závazkové právo“. Termín *lex mercatoria* by měl nadále zůstat termínem označujícím jev obyčejového či zvykového práva.²⁵ Jak ovšem sama poznamenává, toto dělení není vhodné pro rozhodovací praxi, ve které se pod termín *lex mercatoria* zahrnují jevy vzniklé jak zvykově, tak uměle, proto se **i já z praktických důvodů v této práci přidržím termínu *lex mercatoria*, kdy pojem „transnacionální právo“ bude používán synonymicky.**

Co se obsahu pojmu *lex mercatoria* týče, profesorka Rozehnalová²⁶ jej asi nejpřesněji z českých autorů vymezuje coby souhrn:

- **mezinárodních obchodních zvyklostí**, z nichž jsou vyzdvihovány zejména tzv. zvyklosti formulované, mezi něž můžeme zařadit oblíbené INCOTERMS.
- **obecně uznávaných právních principů a zásad**, které mají svůj prazáklad již v právu římském. Na tomto místě si dovoluji upozornit na argument, který bude ještě detailněji rozebrán dále, a to, že v tomto bodu může mít *lex mercatoria* aspekty, zapadající spíše do mezinárodního práva veřejného, neboť tyto zásady a principy mohou spadat pod „obecné zásady právní, uznávané civilizovanými národy“, jak o nich mluví čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora. Základní obecnou zásadou právní je princip autonomie vůle spojený s principem smluvní svobody (realizovaný zejména volbou rozhodného práva). Další zásady se pokusím rozebrat v příslušné kapitole této práce, kdy mi inspirací bude zejména databáze Trans-Lex profesora Bergera a příslušná rozhodovací praxe arbitrážních tribunálů²⁷.
- jako další součástí *lex mercatoria* jsou tradičně uváděny i **formulářové smlouvy či obchodní podmínky**, které jsou dalším unifikujícím faktorem v životě *lex mercatoria*. Nelze opomenout ani tzv. **guidy** (právní návody) či činnost organizací jako WIPO či FIDIC²⁸, které se významnou měrou na zmíněné unifikaci podílejí.
- jako následek vývoje *lex mercatoria* a také důsledek nadšení mezinárodních obchodníků sdíleného i částí právní teorie a současně možná i jako snaha o vyvrácení jednoho z argumentů odpůrců celé doktríny vznikly **soubory principů**

²⁵ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Lex mercatoria – fikce či realita? Právník*, 1998, č. 10 – 11, str. 942 - 944

²⁶ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Lex mercatoria – právo světových obchodníků*. In *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006. s. 207 - 209

²⁷ Principy a zásady spadající do *lex mercatoria* skoro vyčerpávajícím způsobem popsal v příloze své knihy profesor Berger. Uvádí i odkazy na příslušné rozhodčí nálezy a ustanovení „kodexů“ jako jsou Principy UNIDROIT apod. blíže viz. BERGER, Klaus Peter. List of principles, Rules and Standards of the *Lex Mercatoria*. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Londýn: Kluwer, 1999. str. 210 - 229

²⁸ blíže srov. KLEE, Lukáš. Smluvní podmínky Mezinárodní federace konzultačních inženýrů jako součást *lex mercatoria*. *Právní rádce*, 2009, č. 7, str. 35 - 39

mezinárodních kontraktů z dílny UNIDROIT²⁹ či jako výsledek práce komise pod vedením dánského profesora Ole Landa³⁰. Jak je ovšem zřejmé, šlo vždy o „soukromé“ iniciativy, nikoliv tedy na rovině mezistátní, která by jim dávala kvalita mezinárodního práva veřejného. Nicméně jejich důležitost a praktický význam prokazuje praxe využívání těchto komplexů zejména právě v mezinárodních obchodních arbitrážích. Samotné UNIDROIT principy ve své preambuli uvádějí, že mohou být použity, v případech, kdy si strany smlouvy coby rozhodné právo zvolí obecné právní principy či *lex mercatoria*.

V naší literatuře objevíme plno dalších teorií a koncepcí, které v mnohém parafrázuji výše uvedené či vyzdvihují a upřednostňují jiné prvky *lex mercatoria*, uveďme si např. profesory Kandu, Bělohávka či skvělé příspěvky doktora Střelce.

Co se zahraničních definic a terminologických vymezení *lex mercatoria* (či transnacionálního práva) týče, rád bych poukázal na definici, o jejíž vymezení se v roce 1992 na konferenci v Káhiře pokusil Výbor mezinárodní obchodní arbitráže Asociace mezinárodního práva (*International Law Association Committee on International Commercial Arbitration*), který transnacionálním právem rozuměl jakékoliv právo, které výlučně nenáleží jednomu národnímu, resp. vnitrostátnímu právu.³¹

Již zmíněný profesor Berger poukazuje na společná východiska všech teorií *lex mercatoria*, kterými podle něj jsou: „*sloučený pohled srovnávacího práva, obyčeje, zvyklosti a praktiky mezinárodního obchodu, které vedou k rozvoji transnacionálních právních principů, pravidel a standardů, které jsou užívány v praxi s cílem dosažení ekonomicky citlivých řešení transnacionálních obchodních sporů.*“³²

Obdobné definice bychom objevili i v pracích jiných významných autorů jak z dávné minulosti, tak z dnešních dnů. Pokud tedy poněkud eklekticky přistoupíme k jednotlivým zde uvedeným definicím i z praktického pohledu³³, lze *lex mercatoria* definovat jako **pravidla, zvyklosti a právní principy všeobecně uznávané v mezinárodním obchodě, jejichž užití je do značné míry spojeno s využíváním mezinárodní obchodní arbitráže jako způsobu řešení sporů v této oblasti.**

²⁹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, dostupné na <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>>

³⁰ Principles of European Contract Law, dostupné na <<http://www.trans-lex.org/output.php?docid=400200>>

³¹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Lex mercatoria – fikce či realita? Právník*, 1998, č. 10 – 11, str. 943

³² BERGER, Klaus Peter. The Doctrine of Transnational World Trade Law. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Londýn: Kluwer, 1999. str. 2

³³ viz. např. rozhodčí nález ICC č. 10422, dostupné na <http://www.trans-lex.org/output.php?docid=210422>, kde jsou citovány i další obdobné rozhodčí nálezy, které se opírají o *lex mercatoria* v tomto smyslu

Takto vyabstrahovaný náhled na lex mercatoria totiž dle mého názoru zahrnuje veškeré výše uvedené výstavbové prvky lex mercatoria, neboť v případě formulářových smluv či obchodních podmínek a zejména jejich využití jde již o zvyklost. V dalších částech této práce ovšem budou rozebrána úskalí a slabé stránky takovéto definice, stejně jako i její přednosti a praktické uplatnění.

Pro zachování jisté míry objektivity této práce na tomto místě jen stručně zmíním i „definice“ lex mercatoria, které lze najít v pracích či rozhodnutích odpůrců této doktríny. Logicky tito autoři poukazují na důvody a názory, dle kterých lex mercatoria buď vůbec neexistuje či je mu přisuzováno pouhé postavení neurčitého souboru právních pravidel. Z povahy věci tedy prakticky nemůžeme mluvit o jakémkoliv definování lex mercatoria z jejich strany, za všechny členy této skupiny tzv. oponentů lex mercatoria mluví jasně a zřetelně např. bostonský profesor William Park, který lex mercatoria popisuje jako „fiktivní list, který slouží k zakrytí nedovoleného nahrazení řádného rozhodného práva vlastními normativními preferencemi (rozhodce).“³⁴ Z výše uvedených důvodů budou ovšem názory oponentů detailně rozebrány v následující části této práce.

1.3. Tradiční koncepce a směry lex mercatoria

Bylo by hříchem na tomto místě neuvést alespoň pět základních tradičních koncepcí lex mercatoria, které byly a jsou základem pro další debaty o něm. Těmito koncepcemi jsou doktríny **C. Schmitthoffa**, **A. Goldštajna**, **B. Goldmanna**, tzv. **transnacionální směr** a poté dnešní tzv. **kontinuální kodifikace K. P. Bergera**.

1.3.1. Clive Macmillan Schmitthoff

Schmitthoff uvádí tři základní výstavbové prvky lex mercatoria, které dále rozebírá:

- a) Autonomie vůle stran
- b) Princip pacta sunt servanda
- c) Mezinárodní obchodní arbitráž a její rozvoj

Na autonomii vůle nahlížel Schmitthoff na svou dobu poměrně pokrokově, neboť jí nerozděloval na autonomii vůle ve smyslu vnitrostátních závazků a autonomii vůle ve smyslu kolizním. Smluvní svobodu viděl v možnosti stran zvolit si pro své vztahy určité rozhodné

³⁴ MANN, F.A. Introduction. In *Lex Mercatoria and Arbitration. Discussion of the new Law Merchant*. CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). New York: Juris Publishing, Inc., 1998, str. xxv

právo a dále také možnost vyloučit dopad jakéhokoliv jiného práva a vůle stran tak v mezinárodním obchodě dle Schmitthoffa má kritickou roli pramene pravidel mezinárodního obchodu.³⁵

Dále Schmitthoff zdůrazňoval roli srovnávacího práva a jeho aktivní roli, která spočívá v upřesňování terminologie mezinárodního obchodního práva. Nelze opomenout ani jeho vědecké názory týkající se mezinárodních obchodních obyčejů (tzv. *law creating sources*), tedy obchodních praktik, zvyklostí či standardů formulovaných mezinárodními organizacemi (např. ICC), které bývají v obchodní praxi uznávány a aplikovány na základě vůle stran³⁶.

Co se vztahu práva mezinárodního obchodu a vnitrostátních právních řádů týče, Schmitthoff tvrdil, že: „*transnacionální právo je rozvíjeno paralelismem jednání v různých právních rádech ve sféře dispozitivního práva.*“³⁷ Tento paralelismus má pak za cíl vytvoření jednotných norem, které budou řídit právo mezinárodního obchodu, které opouští národní právní systémy i na základě licence od těchto národních práv a je tedy autonomní. Teorie *lex mercatoria* podle něj respektuje národní právní řády, suverenitu států, kdy její vztah k těmto vnitrostátním právním řádům je zejména vztahem koexistence.³⁸ Tento vztah je ovšem v procesu vývoje, v jeho první fázi národní zákonodárci tolerovali aktivity mezinárodních obchodníků tvorbou dispozitivních norem a ve fázi druhé už se tito zákonodárci aktivně podílí na tvorbě mezinárodně unifikovaných norem³⁹.

Clive Macmillan Schmitthoff postupně své argumenty v průběhu let zesiloval a postupně stále přísněji psal o autonomii a samostatnosti *lex mercatoria* i o tzv. „*self-regulating*“ smlouvách. Od 60. let 20. století je však považován za jednoho z otců tzv. nového *lex mercatoria*.

1.3.2. Aleksandar Goldštajn

Jeho koncepce se v mnohém Schmitthoffovi podobá, oba ovšem pojímají *lex mercatoria* s malými odlišnostmi. K rozvoji mezinárodního obchodního práva podle **Goldštajna** přispívají zejména:

- a) dispozitivita obecného práva

³⁵ SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, str. 412

³⁶ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. C.M Schmitthoff, A. Goldštajn. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 36 - 37.

³⁷ *Ibidem*, str. 39

³⁸ viz. i SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 412 - 413

³⁹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. C.M Schmitthoff, A. Goldštajn. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 39

- b) nepřiměřenost a neadekvátnost vnitrostátních právních řádů k potřebám mezinárodních obchodníků
- c) jistá obdoba obchodněprávních institutů v jednotlivých vnitrostátních právních řádech
- d) pozitivní přístup vnitrostátních právních řádů k mezinárodní obchodní arbitráži
- e) limity *ordre public*.

Zdůrazňoval tedy faktory právní (výčet výše), ekonomické a také sociologické, jejichž silný význam viděl ve zvláštní povaze mezinárodního obchodního práva, které je podle něj velmi citlivé na politické, ekonomické a společenské změny⁴⁰, což se promítá i do závazkových vztahů mezinárodních obchodníků. Na tyto změny je ovšem mezinárodní obchodní právo schopné i díky „kreativitě“ obchodních právníků a jejich klientů včas a adekvátně reagovat, díky čemu si vysloužilo i označení „*living law*“.

Co se pramenů práva mezinárodního obchodu týče, jak mezinárodní legislativu, tak mezinárodní obchodní obyčej Goldštajn hodnotil trochu odlišně, než Schmitthoff. Goldštajn totiž na rozdíl od Schmitthoffa viděl hlavní pramen nikoliv v obyčejích, ale v mezinárodní legislativě, kdy pro rozvoj *lex mercatoria* je ovšem důležitá proporcionalita mezi oběma druhy pramenů.

Goldštajn měl také lehce odlišný pohled na vztah vnitrostátních právních řádů, práva mezinárodního obchodu a *lex mercatoria*. Viděl v nich systémy vzájemně komplementární, protože například národní právní řády doplňují *lex mercatoria* obecnými normami obchodního práva a k úplné separaci těchto systémů v systémy autonomní tak podle Goldštajna nedochází. Shrme-li Goldštajnovy úvahy, které se nerozvinuly do nějaké radikálnější podoby jako v případě Schmitthoffa, mezinárodní obchodní transakce jsou podle něj regulovány mezinárodními obchodními obyčejí, mezinárodní legislativou, rozhodovací činností mezinárodních rozhodčích tribunálů a také národními právy (např. skrze *ordre public*), které tak spolu tvoří *lex mercatoria*.

1.3.3. Francouzská sociologická koncepce *lex mercatoria*

Tato koncepce je spojena zejména se jmény **Phillipa Kahna**, **Bertholda Goldmana** a **Phillipa Foucharda**. Obecně by se dalo říci, že *lex mercatoria* a tedy i pravidla mezinárodního obchodu jsou chápána jako obecně platné normy nadnárodního (resp.

⁴⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. C.M Schmitthoff, A. Goldštajn. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 37

transnacionálního) autonomního právního řádu, kdy tyto normy vznikají uvnitř společenství obchodníků, které tvoří jakousi heterogenní skupinu složenou z jednotlivých obchodnických „komunit“.⁴¹ Navíc vlastní orgány těchto komunit mají i zákonodárnou funkci, neboť vydávají např. formulářové smlouvy a unifikované obchodní podmínky, které jsou navíc arbitrážními orgány v rámci těchto komunit aplikovány⁴². Nepodřízení se všemu zde uvedenému pak může mít pro obchodníka důsledky v podobě až absolutního vyloučení z dané skupiny mezinárodních obchodníků, neboť s takovým obchodníkem nebude jednoduše obchodováno. Na rozdíl od Schmitthoffa či Goldštajna tedy tento směr celkově vychází z existence a činnosti mezinárodního společenství obchodníků stojícího mimo stát.

Pohled na prameny *lex mercatoria* se také liší, Goldman mezi ně nepočítá normy státní i mezistátní (ač jejich intervenci nevyklučuje), naopak sem řadí normy transnacionální, které vychází zejména z obyčejů a spontánně se vyvíjí. Pro absenci této spontánnosti tak překvapivě jako součást *lex mercatoria* zpochybňuje podmínky Evropské hospodářské komise OSN, které právě proto, že jsou stvořeny na půdě OSN a nikoliv spontánně, nemají pod *lex mercatoria* spadat (stejně tak i např. kodexy chování OECD a jiné). Nabízí se tedy otázka, zda tyto normy přijaté mezinárodním společenstvím k vytvoření rámce mezinárodních ekonomických aktivit a vytvářející mezinárodní konsensus nemohou být podle Goldmana brány za součást *lex mercatoria*, i když ztělesňují mezinárodní obyčej a obecné právní principy. Samotné obecné principy se tedy dle Goldmana dostávají na scénu, neboť je otázkou které z nich konkrétně do *lex mercatoria* zapadají (jen mezinárodní obchodní principy jako např. zásada *venire contra factum proprium* nebo i obecné zásady právní ve smyslu čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora?). Phillipe Kahn dělí prameny *lex mercatoria* na nesporné (např. obchodní obyčej či typové smlouvy) a sporné (zásady vyabstrahované v rámci rozhodovací činnosti mezinárodních rozhodčích tribunálů). Obecně pro shrnutí, Goldman coby představitel tohoto směru tvrdí, že: „*lex mercatoria je systémem obecných principů a obyčejových norem, spontánně aplikovaných či vypracovaných v rámci mezinárodního obchodu, bez odvolávání na jednotlivé systémy národních právních norem.*“⁴³

O pár řádků dále se budu vypořádávat s otázkou toho, zda a do jaké míry je *lex mercatoria* systémem práva, resp. právních principů a norem. Goldman vycházel z dvou možných úhlů

⁴¹ Toto prosazoval zejména Phillipe Kahn, viz. SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 413 - 414

⁴² ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Sociologická východiska v koncepci *lex mercatoria* – Ph. Kahn, B. Goldman. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 40

⁴³ *Ibidem*, str. 43

pohledu na lex mercatoria, za první dle možnosti odkazu na lex mercatoria a za druhé dle možnosti recepce lex mercatoria vnitrostátním právem.

Odkaz v rozhodčích doložkách je bezproblémový, některé rozhodčí nálezy už poté dokazují, že lex mercatoria by mohlo být použito i bez výslovného zmocnění stran. Lex mercatoria tu bývá buď na stejné úrovni se státním právem⁴⁴, případně bývají upřednostňovány obecné principy, resp. rozhodci mohou národní právo použít jako argument pro potvrzení závěru vycházejícího z lex mercatoria.

Recepci lex mercatoria do vnitrostátního práva Goldman chápal jako činnost legislativy či soudů, v jejímž rámci bylo s lex mercatoria zacházeno stejně jako s vnitrostátními prameny práva (např. čl. 1496 francouzského Code de procédure civile). K recepci lex mercatoria v rámci rozhodovací praxe může podle Goldmana dojít díky aplikaci tzv. kodifikovaných obyčejů (jak rozhodl např. německý Bundesgerichtshof dne 18. června 1975 či francouzský Cour de cassation dne 14. října 1981), na něž nebylo odkázáno anebo je-li vydán rozhodčí nález na základě lex mercatoria a rozhodci nerozhodovali jako *amiable compositeurs* (např. tzv. Norsolor Case či Fougérolles v. Banque du Proche)⁴⁵. Na mezinárodní úrovni se podle tohoto směru dá mluvit o recepci např. v případě čl. 42 odst. 1 Washingtonské úmluvy o urovnání investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států (Úmluva ICSID⁴⁶), čl. 7 Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži, čl. 33 odst. 3 rozhodčích pravidel UNCITRAL nebo i čl. 7 odst. 2 Vídeňské úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží.

Význam Bertholda Goldmana, Phillipa Kahna či Phillipa Foucharda tedy je ve zdůraznění i neprávnických faktorů, o něž se lex mercatoria opírá, zejména tedy faktorů sociologických a ekonomických. Konkrétně Goldman následně ve svých pracích začal prosazovat lex mercatoria jako systém právních norem nestátního původu a i z tohoto důvodu je považován za jednoho z nejvýznamnějších mercatoristů⁴⁷.

1.3.4. Transnacionální směr „*stricto sensu*“

Na začátek si opět uvedme některé představitele tohoto směru, patří mezi ně zejména **Michael Joachim Bonell**, **Eugen Langen** či již zmíněný **Phillip C. Jessup**.

⁴⁴ SALAČ, Jaroslav. Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. *Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, str. 413

⁴⁵ *Amiable composition* a rozhodování podle lex mercatoria je třeba rozlišovat, viz. níže

⁴⁶ Sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb., pohybujeme se zde ovšem již (alespoň částečně) v oblasti mezinárodního práva veřejného v tzv. diagonálních vztazích mezi státy a soukromými investory

⁴⁷ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Sociologická východiska v koncepci lex mercatoria – Ph. Kahn, B. Goldman. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 44 - 45

Paradoxně zastánci tohoto směru negativně přistupují k teoriím Schmitthoffa či Goldmana, protože tvrdí, že transnacionální právo představuje mezinárodně spojené státní právo (harmonizované právo a právo států) a nejde o právo svébytné. Podstatou tohoto směru je podřazení tzv. vztahů s absolutně mezinárodním prvkem pod zvláštní věcné normy a nikoliv nutná a často těžko zjistitelná lokalizace těchto vztahů do jednoho vnitrostátního právního řádu, jak nám velí kolizní normy. Tyto zvláštní věcné normy nejsou ovšem stavěny před normy kolizní, nacházeli by své uplatnění až v momentu, kdy by aplikace národního práva, které určuje kolizní norma, vedla k negativním důsledkům (někdy si zastánci tohoto pohledu říkají „*supplementary substantivists*“ jako protipól „*primary substantivists*“, kam bývá řazen Schmitthoff či Goldman).

Eugen Langen pak transnacionální právo definoval jako „*soubor všech norem, které platí stejně nebo podobně pro určité právní situace ve sféře dvou či více jurisdikcí.*“⁴⁸ Ve své tvorbě vypracoval i postup, kterého by se měl soudce či rozhodce držet při aplikaci transnacionálního obchodního práva a dále kritizoval jak mezinárodní právo soukromé, tak Schmitthoffovo pojetí *lex mercatoria*, snažil se zejména o nalezení mezinárodních obecně platných právních zásad, které jsou vlastní i dotčeným právním řádům (profesorka Rozehnalová ve své monografii zde použila termín „procházení“ národními právními řády).⁴⁹

Michael Joachim Bonell, jeden z hlavních tvůrců Principů UNIDROIT, se ve svých názorech opíral zejména o obecnou platnost obyčejů či tzv. transnacionálních kritérií a principů *ad hoc*. Svou vizi o transnacionálním právu skvěle dokládá rozhodnutími soudů a rozhodčími nálezy, kdy např. poukázal na skutečnost, že německý Bundesgerichtshof se již léta snaží o překračování kolizní metody a přihlíží ke stanoviskům všech dotčených právních řádů, i když jen k jednomu z nich navazuje kolizní norma. Na takovémto transnacionálním podkladu následně viděl i řešení otázky platnosti zvyklostí a praktik používaných v mezinárodním obchodě, kdy opětovně zdůraznil bezproblémovost přímého odkazu stran na tyto zvyklosti a praktiky, diskutabilně už ovšem nahlížel na jejich aplikaci v případě absence takového odkazu. Podle Bonella by se tyto situace měly řešit vždy důsledně *ad hoc* a nelze tedy o nich pojednávat příliš obecně.

Podle transnacionalistů by tedy účinnost norem měla být determinována díky mezinárodně účinným obecným právním zásadám (jak tvrdil E. Langen), resp. díky korespondujícím zásadám dotčených právních řádů, kdy nelze opomíjet i veřejný pořádek

⁴⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Transnacionální směr. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 45 - 49

⁴⁹ *ibidem*, str. 47

(viz. níže). Transnacionální směr tedy ve velké míře opomíjí sociologické, ekonomické či politické faktory působící na mezinárodní obchod a jeho podstatou je „projítí“ vnitrostátními právními řády. Doktrína transnacionálního práva „*stricto sensu*“ také přinesla plno soudních a rozhodčích nálezů, které přispěly i doktríně *lex mercatoria*, jež může být, jak jsem uvedl výše, považovaná za synonymum transnacionálního práva „*sensu lato*“, díky čemuž jsou tyto pojmy v této práci používány *promiscue*.

1.3.5. Klaus Peter Berger a jeho tzv. kontinuální kodifikace *lex mercatoria*

Profesor Klaus Peter Berger patří mezi skupinu zastánců *lex mercatoria*, a proto se mu již několik let snaží ze všech sil pomáhat tak, aby v co největší možné míře postupně rozbíjel argumenty kritiků celé doktríny. Zejména, aby umlčel ty, kdo kritizují neúplnost, vágnost, neurčitost či nezjistitelnost obsahu *lex mercatoria*, začal pracovat na vytváření tzv. kontinuální kodifikace *lex mercatoria*, jejíž podstatu a smysl shrnul i v monografii, která mi sloužila jako jeden ze základních zdrojů pro tuto práci⁵⁰. V tomto případě nejde až tak o koncepci jako spíše o zpracování *lex mercatoria*.

Během studia této monografie jsem si lámal hlavu nad tím, jak přeložit anglický termín „*creeping codification*“, resp. úplně původní německý pojem „*schleichende Kodifizierung*“, kdy jsem chvíli zvažoval používat termín „plíživá kodifikace“, naštěstí mne ovšem z těchto útrap zachránil doktor Karel Střelec, který ve své disertační práci použil trefný pojem „kontinuální systematická kodifikace“, který jsem pro tuto práci začal používat také⁵¹.

Co je tedy podstatou celé této koncepce? Jednou větou bychom mohli říci, že je jí existence volně přístupné otevřené databáze principů tvořících *lex mercatoria*. Tato databáze je ovšem ale kontinuálně doplňována doktrinálními články, soudními rozhodnutími, rozhodčími nálezy a dalšími dokumenty a informacemi, jež se týkají transnacionálního práva mezinárodního obchodu. Dříve byla tato databáze známa pod zkratkou „TLDB“ (z angl. Transnational Law Database), nyní již však má označení Trans-Lex⁵². Na rozdíl od kodifikací „nekontinuálních“, které představují Principy UNIDROIT či Principy evropského smluvního práva tedy Trans-Lex umožňuje přesně odrážet *lex mercatoria*, jako právo, jež je v neustálém vývoji a progresi, díky čemuž se zvyrazňuje i odráží povaha *lex mercatoria* jako „*law in action*“. Berger sám upozorňuje na problém, kterému se říká „*battle of lists*“, neboť obdobnou

⁵⁰ BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Londýn: Kluwer, 1999. 376 str.

⁵¹ STŘELEK, Karel. *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str.18

⁵² <http://www.trans-lex.org/>

databázi⁵³ založil i další z proponentů lex mercatoria, **Ralph Amissah**, každopádně na tuto skutečnost by se mělo nahlížet v tom smyslu, že jde spíše o šanci k evoluci lex mercatoria a případné komparaci.

Kontinuální kodifikace transnacionálního práva z dílny profesora Klausa Petera Bergera v podobě databáze Trans-Lex je tak ideálním způsobem reflexe neustálé evoluce lex mercatoria a představuje flexibilní obraz aplikovatelného transnacionálního práva. K detailnějšímu studiu tímto odkazují na příslušnou literaturu⁵⁴.

1.3.6. Krátké shrnutí části 1.3.

Pokud pro shrnutí zjednodušíme závěry uvedené v této části a přihlédneme i k dalším zde detailně nerozebraným teoriím, tak by se dalo říci, že se jednotlivé koncepce liší zejména v pozici vůči vnitrostátnímu právu. Jedna část těchto koncepcí říká, že lex mercatoria je autonomní vůči vnitrostátním právním řádům (i mezinárodnímu právu veřejnému) a je tak zvláštním právem mezinárodních obchodních transakcí, jež je vynucováno zejména v mezinárodní obchodní arbitráži (např. Goldman)⁵⁵, další část o něm mluví jako o alternativě k právu jinak rozhodnému, resp. jej někteří považují za právo doplňkové⁵⁶.

Co se mého osobního názoru týče, připojil bych se zejména k prostřední části těchto teorií, která o lex mercatoria mluví jako o alternativě k právu jinak rozhodnému. Argumenty vedoucí k tomuto názoru budou zmíněny, rozebrány a poté shrnuty v následující části této práce.

⁵³ <http://www.lexmercatoria.org>

⁵⁴ BERGER, Klaus Peter. The New Concept: The “Creeping Codification” of the Lex Mercatoria. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Londýn: Kluwer, 1999. str. 210 - 229

⁵⁵ SALAČ, Jaroslav. Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. *Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, str. 415

⁵⁶ MYŠÁKOVÁ, Petra. Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži. *Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 5, s. 49

2. Lex mercatoria – pro a proti

V této části rozeberu jednotlivé oblasti, které jsou již po mnohá desetiletí předmětem ohnivých debat mezinárodních obchodních právníků a právních teoretiků, které často směřují až k debatě o samotné existenci či neexistenci lex mercatoria. Proponenti a oponenti v tomto ohledu poukázali na všemožné detaily mající vyšší či nižší stupeň relevance, i přesto se však pokusím zmínit některé detaily, které nebývají v odborné literatuře až tak často zmiňovány. Pokusím se vymezit několik velkých oblastí, které se staly předmětem sporu mezi proponenty a oponenty lex mercatoria, ve kterých uvedu přehled nejpádnějších argumentů obou stran a tyto oblasti vždy zakončím názorem vlastním. Před začátkem části o možnostech aplikace lex mercatoria před rozhodčími tribunály tento svůj názor pro přehlednost ještě shrnu. V rámci této argumentační části bych rád zmínil kromě argumentů praktických i argumenty ryze právně teoretické i právně filozofické, neboť debata o lex mercatoria se často stáčí až k samotné podstatě existence práva jako takového.

2.1. Je lex mercatoria právem, resp. právním řádem?

Tato otázka a názory na její odpověď vyvolávaly (spolu s otázkou právní jistoty) snad největší kontroverze mezi oběma tábory. Nejprve si tedy jen krátce shrňme názory na to, co lze kvalifikovat jako právo (resp. právní řád či systém) a co ne. Úplně základní a přehlednou definici zde podává ve své učebnici teorie práva profesor Knapp, když říká, že: „*právo je společenský normativní systém, jehož normy jsou vynutitelné státní mocí.*“ Dále se zde uvádí, že jde o systém „*otevřený, dynamický a cílený*“⁵⁷. Rozebereme-li si tedy tyto znaky, mohli bychom teoreticky dojít i k závěru o tom, že lex mercatoria kvalitu práva má, neboť o systém norem nepochybně jde, problematickou částí se zdá být požadavek vynutitelnosti státní mocí. Jsem toho názoru, že v oblasti mezinárodních obchodních arbitrází je tento požadavek naplněn zejména v rámci uznání a výkonu (cizích) rozhodčích nálezů či v rámci (ne)rušení rozhodčích nálezů napadených např. pro nepoužití národního práva při rozhodování nebo pro rozpor s veřejným pořádkem. Toto mé tvrzení podporují i dva dnes již klasické judikáty **Parbalk Ticare v. Norsolor**⁵⁸ a **August Töpfer & co. GmbH v. Fratelli Damiano**⁵⁹.

⁵⁷ KNAPP, Viktor. *Teorie práva*. Plzeň: PF ZČU, 1994. str. 23

⁵⁸ Přehledně shrnuto např. zde <http://arb.rucil.com.cn/enarticle/default.asp?id=196> či ROZEHNALOVÁ, Naděžda. K uznání lex mercatoria státními (obecnými) soudy. In *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006. s. 213 - 214

Nicméně ze strany oponentů *lex mercatoria* (zde např. Henri Batiffol, Paul Lagarde⁶⁰) zaznívají námitky, které by se daly shrnout do tvrzení, že ***lex mercatoria* nemůže být právem, neboť se vymyká státní normotvorbě, není vytvářeno státem (resp. státy)**. Dle základní bipartice práva na právo mezinárodní a vnitrostátní (či chcete-li jako opak mezinárodního - národní) tak není kam *lex mercatoria* subsumovat. Zejména skupina pozitivistů tedy namítá absenci exaktně daného subjektu, který by byl legitimován k tvorbě norem a sankcionování jejich případného porušení.

Jako kontrastní teorie se zde ovšem nabízí tzv. **sociologická teorie práva**, která již od dob Maxe Webera, Eugena Ehrlicha nebo již zmíněného Oliver Wendella Holmes, ve zkratce zdůrazňuje rozdíly mezi právem pozitivním a dalšími normami majícími sociologickou povahu, které regulují každodenní život⁶¹. Nabízí se tedy rozbor toho, zda sociologický pohled na právo v jakémsi „testu proporcionality“ může převažovat nad pohledem pozitivistickým (kdy nejde jen o tzv. normativní sílu faktu)⁶². Sociologický náhled na právo zastávali a ve prospěch *lex mercatoria* jím argumentovali již výše uvedení Berthold Goldmann, Phillipe Kahn či Philippe Fouchard a další autoři⁶³.

Jak bylo uvedeno výše, pozitivisté jednoznačně odmítají přiznat *lex mercatoria* kvalitu práva právě pro absenci státu při jeho tvorbě. Tento argument však dle mého názoru nelze absolutně sdílet, ba naopak, státy mohou často plnit funkci jakéhosi „nepřímého potvrzení“, a to díky přiznávání kvality práva jistým faktickým skutečnostem (kteroukoliv z druhů státní moci v rámci jejího dělení). Analogicky bychom zde jako příklad mohli uvést princip uznání nových států mezinárodním společenstvím, kdy je jednostranným volným aktem státu určité faktické skutečnosti přiznána právní kvalita a takové uznání (jak tzv. *de iure* či tzv. *de facto*) způsobuje právní účinky, ač nemá žádný vliv na právní existenci (resp. vznik) nového státu jako subjektu mezinárodního práva⁶⁴. Jak píše doktor Radošovský: „*Postoj soudů, rovněž jako postoj jiných státních orgánů, je možno pokládat za uznání práva v právně*

⁵⁹ Dostupné např. zde <http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/DocumentFrameSet.aspx?ipn=4319> či ROZEHNALOVÁ, Naděžda. K uznání *lex mercatoria* státními (obecnými) soudy. In *Právo mezinárodního obchodu*. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Praha: ASPI, 2006. str. 214

⁶⁰ SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam*. *Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 416

⁶¹ K jejich názorům blíže PŘIBÁŇ, Jiří. *Sociologie práva*. 1. vydání. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996. 197 s.

⁶² RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část II*. [online], epravo.cz, 31. prosince 2003 [cit. 14. listopadu 2009]. Dostupné z < <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-ii-22525.html> >

⁶³ Viz shrnutí jejich názoru dostupné zde < <http://www.trans-lex.org/output.php?docid=130600> > či ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Sociologická východiska v koncepci *lex mercatoria* – Ph. Kahn, B. Goldmann. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 40 a násl.

⁶⁴ ZBOŘIL, František. Uznání státu. In *Mezinárodní právo veřejné*. DAVID, Vladislav, SLADKÝ, Pavel, ZBOŘIL, František. Praha: Leges, 2008. str. 148

sociologickém smyslu, což je synonymem tvorby práva státem.“⁶⁵Lze tedy dovést, že i výše zmíněné judikáty Norsolor a Töpfer v. Fratelli Damiano či další rozhodnutí na ně navazující tento analogický závěr potvrzují, neboť z hlediska právně sociologického stát právo uznává, není však jeho tvůrcem, protože právo bylo historicky před státem, který je sám jeho adresátem. Státy tak často i ve své legislativě stvrzují právní život skutečností pocházejících od jiných subjektů (které k tomu i zmocňuje, např. profesní komory) a za právo tedy můžeme považovat i normy přímo nevytvořené státem, kdy kritickým bodem bude jejich uznávání prostřednictvím soudní moci, legislativy (např. čl. 1496 I francouzského NCPC, či čl. 176 – 196 švýcarského IPRG⁶⁶) či moci výkonné (výše zmíněné uznání nově vzniklého státu).

Odpověď na otázku, zda je *lex mercatoria* právem a úvahy zmíněné na předešlých řádcích bych rád shrnul slovy bývalého českého ústavního soudce a dnes již bohužel zemřelého profesora Vojtěcha Cepla, který v jednom rozhovoru, na který jsem nedávno narazil, popisoval tzv. americký právní realismus coby reakci na tzv. normativismus, jehož duchovními otci byli profesori Weyr a Kelsen. Právní realismus shrnul slovy: „**právo je naopak součástí sociologie, normativních systémů a představuje jen jeden typ lidského chování, který se má prolínat s jinými pravidly estetickými, etickými, a dokonce i takovými, jež jsou rozumem neseznatelné, jako jsou předsudky, návyky, zvyklosti, obyčeje. Teprve tato pestrá směsice norem, z nichž nejnížší jsou normy profesní etiky, jimiž lidé skutečně žijí, mají být v ideálním případě v souladu se všemi ostatními normami, které jsou uspořádány do hierarchického systému, na jehož vrcholu je zákon základní neboli ústava.**“ Dle slov profesora Cepla mu měl i sám Kelsen přiznat, že se v teorii normativismu mýlil a že nyní jsou již právní teoretici a filozofové spíše sociology⁶⁷. Vzhledem k výše uvedenému lze tedy konstatovat, že **lex mercatoria má kvalitu práva** coby otevřeného, dynamického a cíleného společenského normativního systému, jehož normy jsou vynutitelné státní mocí.

Má-li tedy *lex mercatoria* kvalitu práva, znamená to současně, že jej lze ztotožňovat i s právním řádem (ve smyslu použití tohoto pojmu v kolizních normách)? Právní řád by se dal definovat jako souhrn norem majících kvalitu práva, jež je klasicky vázán na určitý stát, proto z povahy věci nelze říci, že by *lex mercatoria* právní řád takto *stricto sensu* konstituovalo.

⁶⁵ RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část II.* [online], epravo.cz, 31. prosince 2003 [cit. 14. listopadu 2009]. Dostupné z < <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-ii-22525.html> >

⁶⁶ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Užití *lex mercatoria*. In *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha: ASPI, 2008. str. 236

⁶⁷ HVIŽDALA, Karel. Zamrzli jsme v ledničce. *Respekt*, 2009, č. 43, str. 38 – 41, dostupné i na < <http://blog.aktualne.centrum.cz/blogy/karel-hvizdala.php?itemid=7903> >

Na druhou stranu, znamená to, že s *lex mercatoria* nelze zacházet jako s právním řádem *sensu lato*? Právní řád v tomto smyslu by totiž měl splňovat několik základních znaků, a to dostatečnou míru publicity (k tomu viz. níže) a transparentnosti, jeho normy by měly být efektivní a prosaditelné, měl by zajišťovat určitou míru spravedlnosti, mluví se v této souvislosti i o určité míře úplnosti či strukturovanosti spolu se schopností samostatného vývoje, kdy nesmí být opomenuta i existence určitého institucionálního systému k řešení sporů. Dle tzv. mercatoristů jsou všechny uvedené podmínky splněny i díky respektování *lex mercatoria* obecnými soudy pro jeho soulad s veřejným pořádkem a také díky rozvoji mezinárodní obchodní arbitráže. Kritici *lex mercatoria* s takovýmto náhledem logicky nesouhlasí a namítají absenci „původních“ pramenů *lex mercatoria*, kdy poukazují na národní či mezinárodně právní povahu norem, které mercatoristé považují za prameny *lex mercatoria*. Doktor Salač k tomu uvádí: „*Je totiž třeba upozornit na to, že kritika, která směřuje proti doktríně lex mercatoria, a která se konkrétně nezaměřuje na charakter lex mercatoria jako právního řádu, paradoxně útočí na lex mercatoria jako na právní systém, jako na právní řád supranacionální* (pozn. dnes bychom řekli spíše „transnacionální“ povahy), *který je neslučitelný s národními právními řády.*“⁶⁸ Mohli bychom v tomto ohledu tedy uzavřít, že lze o *lex mercatoria* mluvit jako o pravidlech, na jejichž základě lze rozhodnout a jde tedy o alternativu ke klasickým řešením mezinárodního práva soukromého, která často pro potřeby mezinárodního obchodu nevyhovují⁶⁹, tedy lze zkonstatovat, že **s *lex mercatoria* můžeme zacházet jako s právním řádem sensu lato.**

Mohou ovšem transnacionální principy tvořit celý systém práva (jako jeho další typ, ve smyslu klasického dělení práva na vnitrostátní a mezinárodní)? Na počátku lze říci, že v závorce uvedené klasické dělení již v dnešní době také neobstojí, neboť už dlouhá léta mluvíme i o právu supranacionálním (jinými slovy právu komunitárním)⁷⁰.

Obecně se v této rovině opětovně setkáváme s námitkou toho, že mezinárodní společenství obchodníků není schopno vytvářet svůj vlastní právní systém, protože takové právo nemůže zajistit spravedlnost ve stejném měřítku jako právo vnitrostátní (např. dle názoru Lagarda takovéto společenství ani neexistuje⁷¹). Spojování práva výhradně se státy není nutně jedinou možností, protože i sociální interakce mezi obchodníky coby autonomní skupinou má přímou normativní moc. Pokud bychom totiž vycházeli z pozitivistické

⁶⁸ SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 409-418

⁶⁹ MYŠÁKOVÁ, Petra. *Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži. Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 5, s. 49

⁷⁰ TICHÝ, Luboš. *Unijní právo. In Evropské právo. TICHÝ, Luboš, ARNOLD, Rainer, SVOBODA, Pavel, ZEMÁNEK, Jiří, KRÁL, Richard. 3.vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. str. 29*

⁷¹ SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 416

představy o právním systému, takové právo by nevyhnutelně předpokládalo, aby řád lidského chování byl předepsán suverénem, což by vyžadovalo, aby státy byly jakýmsi meta-legálními entitami, které by vytvářely a spravovaly principy a pravidla, které zakládají (vnitrostátní či mezinárodní) systém práva. K evoluci světového obchodního práva by tedy mohlo dojít jen za existence či vytvoření „světového státu“, což je názor nezohledňující skutečné funkce právních institutů a pravidel⁷². Jak již bylo popsáno výše v části o právní kvalitě *lex mercatoria*, právo existovalo již před státy, které mu samotné podléhají, a proto nelze konstatovat, že státní normotvorba je *conditio sine qua non* existence systému práva.

Je tedy mezinárodní (resp. transnacionální) společenství obchodníků subjektem nadaným způsobilostí tvořit právní pravidla a principy? Nutno uznat, že tu nelze hovořit o nějaké celosvětově organizované struktuře v úzkém slova smyslu a oponenti *lex mercatoria* také často namítají, že mezinárodní společenství obchodníků jako takové ani neexistuje, spíše mluví o různorodé skupině, do které lze zařadit obchodníky všeho druhu, od obchodních asociací až po naprosto neorganizované skupiny obchodníků, a proto podle nich nemůže v takovém rámci docházet k žádné ucelené tvorbě práva. Nabízí se tu ovšem analogie se středověkým *lex mercatoria*, kde se zvyklosti využívané ve velkých obchodních centrech tehdejšího světa (Janov, Benátky a jiné) postupně vžily do praxe obchodníků, nikdy ovšem nevytvořily jednotný, ucelený systém práva. Některými autory tak bývá zmiňována duální funkce zvyklostí vytvořených v konkrétní oblasti mezinárodního obchodu, protože tyto zvyklosti sice umožňují obchodníkům v této konkrétní oblasti používat jisté obchodní praktiky, zároveň však mohou bránit vytvoření celosvětového homogenního obchodního práva. Profesor Berger ovšem trefně dovozuje, že takovéto vertikální (sestupné či vzestupné) zvyklosti a smluvní obyčej konkrétního odvětví mezinárodního obchodu mohou vést k jejich všeobecnému uznávání ve společenství mezinárodních obchodníků, díky čemuž se tak z nich vyvíjí **všeobecně aplikovatelné horizontální zvyklosti**, které nejsou vymezeny pouze pro obchodníky působící v určitém obchodním odvětví. Zářným příkladem tohoto vývoje jsou INCOTERMS, které mají původ v různých odvětvích mezinárodního obchodu, ale postupně se vyvinuly ve všeobecně uznávané praktiky a zvyklosti. Právě tento horizontální přístup se naprosto shoduje s názory proponentů transnacionálního obchodního práva, neboť tito vychází z předpokladu existence jednoho homogenního systému obchodního práva na transnacionálním podkladu, který se neustále vyvíjí a nesouhlasí tedy s existencí více „*leges*

⁷² BERGER, Klaus Peter. The *Lex Mercatoria* as a ‘Transnational’ Legal System. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 102 - 103

*mercatoriae*⁷³. V souladu s těmito úvahami jsem tedy toho názoru, že **mezinárodní společenství obchodníků subjektem nadaným k tvorbě právních pravidel je**.

Dalším důležitým aspektem systému práva jsou i společná očekávání členů příslušného společenství, co se týče dodržování určitých závazných pravidel chování. Tento aspekt nemůže být naplněn bez všeobecného **konsensu** o společných hodnotách a přesvědčeních spolu s ochotou každého člena tohoto společenství podřídit se příslušným pravidlům a principům i pod hrozbou poškození jeho individuálních zájmů. Díky tomuto elementu závaznosti právo může v rámci regulace společenského života vést k „nepříznivým následkům“⁷⁴. Jde totiž obecně i o zamezení ztráty obchodní prestiže, která by hrozila v případě notorického porušování těchto ustálených praktik a zvyklostí ze strany konkrétního obchodníka, což by mohlo vést až naprostému zániku jeho obchodních vztahů s dalšími obchodníky, kteří by logicky neměli vůli s takovýmto obchodníkem spolupracovat. Už i Hugo Grotius si uvědomoval, že dodržení vlastního slova je podstatou principu dobré víry a součástí lidské povahy. Důvěra jedné smluvní strany ve slib strany druhé jednoduše představuje nezbytný základ i pro současné mezinárodní obchodní transakce neboť právní závazek plnit své povinnosti ze smlouvy není ničím jiným, než projevem morální povinnosti dodržovat vlastní slovo⁷⁵.

Za pilíř transnacionálního práva lze tak považovat i kontrakt, tedy smlouvu jako institut závazkového práva. V případě obligatorně písemných smluv lze totiž například využít standardizovaných formulářů či vzorů smluv, které obíhají mezi členy obchodní komunity. Nahlížíme-li takto na právní vývoj transnacionálního práva, musíme zpochybnit i tradiční teorie dělení pramenů práva. Podle mnohých jsou to totiž právě smlouvy, které v moderních obchodních vztazích mají skutečnou roli pramene práva⁷⁶.

Na tomto místě nelze nezmínit důležitost mezinárodní obchodní arbitráže jako způsobu řešení sporů mezi mezinárodními obchodníky. Pokud totiž jedna ze stran smlouvy tuto smlouvu nedodržuje, bývají to v mezinárodním obchodě právě rozhodci, kdo na základě smlouvy nabývají pozici kontrolní instance. Vůle stran v případě sporu již totiž směřuje k založení pravomoci rozhodce či rozhodčího tribunálu, to vše ovšem právě na základě smlouvy.

⁷³ BERGER, Klaus Peter. The International Community of Merchants as a Source for the Creation of Transnational Law. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Londýn: Kluwer, 1999. str. 104 - 105

⁷⁴ Ibidem, str. 106

⁷⁵ Ibidem, str. 107

⁷⁶ ibidem, str. 108

Tvrzení o tom, že pilířem *lex mercatoria* jako systému práva je krom jiného smlouva lze v návaznosti na předchozí odstavec také podložit argumenty vycházejícími z teorií rozhodčího řízení. Podkladem může být zejména teorie smluvní,⁷⁷ jejímž základem je, že rozhodčí řízení vychází ze smlouvy a rozhodce (či rozhodci) na základě *recepta arbitri* přistupují k této smlouvě, kdy mají jen pravomoci a povinnosti z této smlouvy vycházející. Anglické soudy dokonce judikovaly, že *receptum arbitri* má za následek vznik trilaterálního (resp. multilaterálního v případě alespoň tříčlenného tribunálu) kontraktu, který mění původní rozhodčí smlouvu⁷⁸. Každopádně smluvní teorie rozhodčího řízení naráží na mnohá v zahraniční i české literatuře zmíněná úskalí vedoucí až k možnému porušení práva na spravedlivý proces⁷⁹. Můj osobní pohled na mezinárodní rozhodčí řízení se opírá o teorii autonomní, kterou ovšem rozeberu na jiném místě této práce.

Mnohé bylo v této části práce řečeno, než přejdu k rozboru další skupiny výtek vůči *lex mercatoria*, rád bych pro přehlednost shrnul i svůj názor a případnou odpověď na otázku, která tuto část uvozuje. **Lex mercatoria podle mého názoru má kvalitu práva, lze s ním zacházet jako s právním řádem *sensu lato*, tedy jako se souhrnem pravidel ovládajících mezinárodní obchodní závazky, které vyvěrají do živého a neustále se rozvíjejícího systému práva transnacionální povahy, které se opírá o právotvornou způsobilost mezinárodního společenství obchodníků, všeobecný konsens, smlouvu coby závazkový institut a mezinárodní obchodní arbitráž coby formu řešení sporů.**

2.2. Je *lex mercatoria* na rozdíl od práva státního vágní, neurčité a ohrožuje tím požadavky právní jistoty mezinárodních obchodníků?

Právě v této otázce se skrývá další skupina námitek oponentů doktríny *lex mercatoria* (např. Mayer⁸⁰), pro svoji neúplnost, vágnost a pochybný obsah má být *lex mercatoria* „masou“ pravidel, které subjekty konkrétních závazkových vztahů znejišťují a v případech sporů má *lex mercatoria* coby rozhodné právo vést k nepředvídatelným výsledkům⁸¹.

⁷⁷ srov. např. nález českého Ústavního soudu IV. ÚS 174/02

⁷⁸ BORN, Gary. Contractual Status of International Arbitrators. In *International Commercial Arbitration*. 3. vydání. Londýn: Kluwer, 2009. str. 1059

⁷⁹ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Smluvní doktrína. In *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha: ASPI, 2008. str. 55 - 56

⁸⁰ SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam*. *Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 416

⁸¹ viz. např. MANN, F.A. Introduction. In *Lex Mercatoria and Arbitration. Discussion of the new Law Merchant*. CARBONNEAU, Thomas E. (ed.). New York: Juris Publishing, Inc., 1998, str. xxiii - xxv

Lze ovšem *a contrario* konstatovat, že právo (vnitro)státní je tedy pro subjekty mezinárodních obchodních závazků přehlednější, exaktnější a tím i „jistější“? Je i v oblasti mezinárodních obchodních arbitráží (na rozdíl od soudního řízení s mezinárodním prvkem) státní právo tou jedinou správnou volbou či možností, resp. východiskem? Na otázky položené v tomto odstavci odpovídám negativně, nemyslím si totiž, že by státní právo bylo jakkoliv vhodnějším, „lepší“ než *lex mercatoria*. K tomuto závěru mě vede hned několikero argumentů.

Dnešnímu mezinárodnímu právu soukromému stále vládou jeho klasické metody kolizní a přímá. Kolizní metoda ovšem poněkud pokulhává, co se týče přeshraničních sporů, jak kdysi napsal Ole Lando: „*Nedá se v ní spolehnout takřka na nic.*“⁸² Tento závěr dosvědčují instituty, jako jsou zpětný a další odkaz nebo v praxi mnohdy uplatňované výhrady veřejného pořádku, i profesionální obchodník tedy často při uzavírání smlouvy nemůže tušit, k jakému vnitrostátnímu právnímu řádu bude případný spor z této smlouvy „přiřazen“. Soudy navíc z povahy věci mohou velmi jednoduše neobratně zacházet s cizím právem, které tak nebývá plnohodnotně aplikováno, ač se i na něj vztahuje zásada *iura novit curia*. Nutno zmínit i specifikum anglosaského právního systému, konkrétně anglického práva, protože cizí právo je zde bráno za skutečnost *sui generis* a je aplikováno jen na návrh, kdy je presumován soulad s právem anglickým, případný nesoulad musí být stranou, která se jej dovolává, prokázán. Neunese-li potom tato dovolávající se strana důkazní břemeno, může dojít k tomu, že soud neaplikuje rozhodné právo dle nařízení Řím I⁸³, protože v návaznosti na bod 3 prvního článku jde o otázku dokazování, na něž se nařízení Řím I nevztahuje. Lze tedy uzavřít, že výše uvedené skutečnosti nasvědčují tomu, že metody mezinárodního práva soukromého právní jistotě mezinárodních obchodníků nikterak nepřidávají, ba naopak⁸⁴.

V dnešním mezinárodním obchodě tedy vznikají smlouvy a celé komplexy transakcí, které nelze jednoduše přiřazovat a lokalizovat k jednotlivým vnitrostátním právům, která navíc bývají přizpůsobena jen pro potřeby toho kterého státu a logicky tak nemohou adekvátně korespondovat s potřebami mezinárodními. Ve 21. století už ovšem došlo k pokroku, ke kterému přispěl i funkčně a nikoliv teritoriálně chápaný institut autonomie vůle⁸⁵, coby projev, který směřuje k tomu, aby konkrétní právní vztah byl regulován konkrétním systémem práva, nikoliv však nutně právem státním. Jistou reflexí tohoto pokroku může být i stvrzení

⁸² LANDO, Ole. Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations. *7 King's College Law Journal*, 1996-1997. str. 55 a násl.

⁸³ Účinné od 17. 12. 2009, nicméně i předešlá Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy z roku 1980 v článku 1/2 písm. h) řešila danou situaci stejně

⁸⁴ MYŠÁKOVÁ, Petra. *Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži. Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 5, s. 48

⁸⁵ MYŠÁKOVÁ, Petra. *Autonomie vůle v mezinárodní arbitráži. Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 4, s. 41-47

důležitosti nestátních pravidel jako vhodného práva k řešení sporů v již zmíněném nařízení Řím I, které výslovně ve své preambuli a jejím odstavci 13 říká, že: „*toto nařízení nebrání smluvním stranám, aby do svých smluv začlenily formou odkazu nestátní normy nebo mezinárodní úmluvu.*”⁸⁶

Tyto velice aktuální problémy rozhodného práva se ve svém díle snažil řešit profesor Berger, a to ve třech konkrétních formách⁸⁷, vždy ve vazbě na právo státní:

1) **v oblasti kolizní** – kam zařazuje dvě teorie:

a) tzv. **better law approach** směřující k selekci takového práva, které je nejlepší, nejvhodnější či nejrozvinutější vzhledem k řešenému vztahu, tato metoda je ovšem použitelná pravděpodobně jen v kontextu práva USA, kde soudci jsou schopni rozlišit výhody a nevýhody jednotlivých federálních právních řádů. Mezinárodní rozhodce či evropský soudce ovšem takovouto rozlišovací schopnost jednoduše nemohou mít. *Better law approach* je také v příkrém rozporu s významem a účelem pravidel mezinárodního práva soukromého, které využívá tzv. *closest connection testu* nehledícího k hmotnému právu jednotlivých států, což se přesně v rámci *better law approach* děje. Objektivní lokalizace právního vztahu dle tradiční kolizní metody je s teorií *better law approach* proto neslučitelná. Odpůrci těchto tradičních metod ovšem kritizují právě fakt, že právo, které nejlépe sedí k řešení problémů mezinárodního obchodování, je tak často na základě klasických kolizních metod vyloučeno z možné aplikace.

b) doktrínu **Comitas** spočívající v přátelském připuštění aplikace cizího práva ze strany suverénního státu a naopak. Ovšem i zde se vyskytují problematické otázky. Pohled na tuto „zdvořilost“ je totiž velmi široký a jen těžko si tedy lze představit konkrétní a specifická kritéria pro jednotlivé typy střetu právních řádů. Prokazují se tak opět různorodé nesoulady mezi tradičními metodami řešení střetů právních řádů a hmotněprávní spravedlností, proto i vznikají ve vhodných odvětvích mezinárodního práva impulsy k vytvoření přímých norem, jako např. Vídeňské úmluvy OSN o mezinárodní koupi zboží z roku 1980.

2) **na úrovni hmotněprávní** – kde zmiňuje dvě hlavní oblasti:

⁸⁶ Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (Řím I) je dostupné např. zde

< <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008R0593:CS:NOT>>

⁸⁷ BERGER, Klaus Peter. Ways and means to escape the dilemma of the international legal process. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 17 - 26

- a) **Tvorbu speciálních norem pro mezinárodní obchod** (UNIDROIT principles 2004, Principles of European Contract Law, UNICTRAL Model Law on International Commercial Arbitration atd.), kteréžto ovšem přináší riziko vzniku dalších speciálních kolizních norem, které by mohly zkomplikovat celý proces určování rozhodného práva.
- b) Druhou oblastí je dle Bergera **mezinárodně užitečná konstrukce vnitrostátního práva**. Národní právní řády často skutečně na toto pamatují (např. § 157 německého BGB, resp. § 345 tamějšího HGB, ale i např. § 1 odst. 2 či §730 našeho současného obchodního zákoníku). Krásným způsobem ovšem celou tuto problematiku shrnul W. Goldschmidt, když řekl, že: *„soudce je jako architekt, když aplikuje své vlastní právo, ale musí se chovat jako fotograf, když je nucen aplikovat či vykládat právo cizí.“*⁸⁸

3) **Tzv. hybridní řešení**, která tvoří opět dvě teorie:

- a) **Hmotněprávní pravidla (*Règles matérielles*) mezinárodního práva soukromého**, což je teorie, která říká, že ve sporech týkajících se více právních řádů, resp. systémů, které současně nabízí různá řešení jednoho právního problému má soudce či rozhodce přistoupit ke klasické kolizní metodě obohacené o hmotněprávní zřetel. Při tom by mohl dojít ke kumulativnímu použití všech dotčených vnitrostátních právních předpisů, vybrat vhodné normy z různých vnitrostátních právních předpisů nebo by i mohl vytvořit nové hmotné právo vycházející ze všech dotčených právních řádů. Tato teorie má ovšem silné metodické nedostatky, neboť vhodnost právních pravidel by byla hodnocena jinak případ od případu a praktická využitelnost této teorie tedy není příliš efektivní.
- b) **Obecné zásady právní**, což je teorie nejbližší autonomnímu transnacionálnímu systému práva, neboť se v ní tvrdí, že mezinárodní kontrakty, obsahující rozhodčí doložky, by měly podléhat obecným zásadám právním a nikoliv žádnému vnitrostátnímu právnímu řádu. Pokud totiž rozhodce nemůže dojít k určení rozhodného cizího práva, měly by to být právě obecné zásady právní, které by se použily jako „náhradní právo“ namísto *lex fori*. Nicméně i zde je nutno mít na

⁸⁸ BERGER, Klaus Peter. Internationally Useful Construction of Domestic Law. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 25

paměti, že *lex fori* by určení obecných zásad práva jako „anacionálního“ právního systému muselo připouštět.

Jak vidno, nelze se divit, že ve vazbě na státní právo nelze uvedené problémy řešit, mezinárodní právo soukromé skutečně nepostačuje, a proto se nelze divit, že se „*societas mercatorum*“ uchýlila k vytvoření *lex mercatoria*, tedy vlastní regulaci vzájemných vztahů, která tak jako celek má povahu práva existujícího mimo právo jakéhokoliv státu i mimo mezinárodní právo veřejné (*tertium genus*). Státy se sice o odstranění nedostatků snaží, mezinárodní obchodníci ovšem reagují mnohem flexibilněji a rychleji, proto postupně ke kontinuální tvorbě normativního systému *tertium genus* skutečně dochází⁸⁹.

Ke shrnutí, **nelze tedy konstatovat, že by *lex mercatoria* bylo vágní, neurčité a že by ohrožovalo právní jistotu mezinárodních obchodníků.** Vágnost odbourávají databáze a seznamy principů *lex mercatoria*, které např. již v roce 1987 identifikoval Lord Mustill, nebo které zformuloval a následně ve své databázi zpracoval Klaus Peter Berger. Nadto lze zmínit již několikrát omílané Principy UNIDROIT, práci Landovy komise, INCOTERMS, a takto bychom mohli pokračovat dále. Co se určitosti týče, je důležité brát v potaz zejména míru určitosti celého souboru, kdy nic nenasvědčuje tomu, že by *lex mercatoria* mělo být něco více neurčitějšího než jiný „klasický“ systém práva⁹⁰.

2.3. Je *lex mercatoria* vytvořeno pouze účelově a bez metodologického základu?

Mezi odpůrci (zde např. Beguin⁹¹) *lex mercatoria* se nezdá objevují i názory, že za tvorbou a prosazováním transnacionálních norem stojí ve skutečnosti velké nadnárodní korporace, které tak předchází pro ně nepříznivým následkům aplikace vnitrostátního (domácího) práva. Jak dovozuje doktor Radošovský, „*jedním z vrcholů transnacionalizačního pohybu je skutečně podřízení smluv např. mezi státem a investorem všeobecným právním zásadám*“⁹². Jako příklad zde poslouží již výše uvedený čl. 42 odst. 1 Úmluvy ISCID, ze které

⁸⁹ MYŠÁKOVÁ, Petra. *Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži. Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 5, s. 48

⁹⁰ RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část II.* [online], epravo.cz, 31. prosince 2003 [cit. 18. listopadu 2009]. Dostupné z < <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-ii-22525.html> >

⁹¹ SALAČ, Jaroslav. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 416

⁹² RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část II.* [online], epravo.cz, 31. prosince 2003 [cit. 18. listopadu 2009]. Dostupné z <

bývá dovozována „*obecná normotvorná praxe aplikovat domácí zákony na smlouvu, jenom pokud tyto stvrzují obecné právní zásady*“.⁹³ Obecně jde ovšem jen a pouze o hledání pragmatických a v praxi využitelných řešení, neboť pokud na jistých místech dochází ke společné tvorbě norem (např. UNCITRAL), bývají zde vždy svými reprezentanty zastoupeny praktické všechny zainteresované skupiny z celého světa a nikoliv pouze představitelé obřích nadnárodních společností. Tyto námitky odpůrců jsou tedy velmi liché⁹⁴.

A chybějící metodologický základ? V tomto ohledu podle Bergera⁹⁵ *lex mercatoria* odvozuje svoji legitimitu z tzv. funkční právní komparace, která byla poprvé použita na Prvním mezinárodním právně-komparatistickém kongresu v Paříži v roce 1990 a od té doby efektivně posloužila k úspěšné formulaci univerzálních právních principů práva, mezinárodního „*common law*“ nebo při vytváření obecných zásad mezinárodního práva veřejného, zejména s ohledem na smlouvy mezi státy a soukromými osobami. Funkční právní komparace má velice blízko ke komparační technice normotvorby, která je často využívána při vnitrostátní legislativní činnosti (např. civilní kodexy ve Francii, Rakousku, Švýcarsku, Německu a Itálii). Její nejdůležitější vlastností pro unifikaci a transnacionalizaci obchodního práva je úzký vztah k obchodní realitě. Použití komparační metody totiž umožňuje analýzu podobných řešení určitého problému v různých právních řádech. V praxi tuto metodu využili např. francouzští a angličtí právníci při tvorbě kontraktu ke stavbě Eurotunnelu, když analyzovali možnosti, které jim dávají jejich právní řády a snažili se najít společné obecné principy, které tvoří základ úplně odlišných znění a dogmatických základů jejich práv (dá se zde mluvit i o tzv. metodě *trunc commun*, viz. dále).

Cíle použití funkční právní komparace jsou dvojí:

- 1) **konsolidace** – určení společného jádra srovnávaných právních systémů
- 2) **kodifikace** – vytvoření a sepsání norem zavedených a notoricky známých, které nebývají nijak zpochybňovány.

Obecně lze usuzovat, že kodifikační přístup vede k lepším a progresivnějším závěrům, které bývají lépe přizpůsobitelné právnímu problému, který byl na začátku komparační

<http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-ii-22525.html> >

⁹³ BERGER, Klaus Peter. The need for a Uniform Substantive Law of International Commerce and trade. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 35

⁹⁴ RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část II*. [online], epravo.cz, 31. prosince 2003 [cit. 18. listopadu 2009]. Dostupné z < <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-ii-22525.html> >

⁹⁵ BERGER, Klaus Peter. The Lex Mercatoria-Doctrine has no methodical foundation. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 44 - 54

analýzy. Funkční komparace má podle proponentů *lex mercatoria* kritický význam, jde jí o nalezení společných jmenovatelů jednotlivých právních řádů, účelu či socio-ekonomické koncepty daných pravidel. Proces funkční komparace musí být ovšem zakončen uznáním a dodržováním jeho výsledků v mezinárodní obchodní praxi, k čemuž nepochybně dochází, ovšem současně s tím se zvyšuje i autonomie arbitráž při nalézání práva⁹⁶. Metoda funkční právní komparace stála za tvorbou mnohých teoretiků mezinárodního práva a vedla např. i k zakotvení obecných zásad právních do čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu MSD⁹⁷. Funkční právní komparace tak dává teorii transnacionálního práva zvýšený stupeň legitimacy, protože potvrzuje, že *lex mercatoria* nutně vychází z vnitrostátních právních řádů, jejich hodnot a základů, a to ve světle zvláštních potřeb mezinárodního obchodu.

2.4. Trpí doktrína *lex mercatoria* nedostatkem publicity?

Zajisté, publicita *lex mercatoria* nemůže být příliš srovnávána s publicitou vnitrostátních zákonů či mezinárodních smluv vycházejících tradičně v příslušných sbírkách. Často se zmiňuje, že *lex mercatoria* je sice ve velké míře propagováno, ale již v menší míře dohledatelné a z takového pramene aplikovatelné. Postupem času ovšem vznikají katalogy a seznamy jednotlivých principů, které se těší neobvyklé popularitě. Kupříkladu Principy UNIDROIT, které osobně považuji za jeden z projevů *lex mercatoria*, zde hrají významnou roli⁹⁸.

Na tomto místě nelze opětovně nezmínit práci profesora Klause Petera Bergera, který již mnoho let „sbírá“ *lex mercatoria*, jeho principy, rozhodčí nálezy, soudní rozhodnutí, doktrinární názory apod., a tyto veřejně zdarma zpřístupňuje ve své databázi Trans-Lex, která vznikla jako dokonalejší následovnice dřívější databáze Transnational Law Database. Jde sice stále o databázi soukromou, profesor Berger a jeho spolupracovníci ovšem naplňují hlavní ideu jeho tzv. „kontinuální (či chcete-li „plíživé“) kodifikace *lex mercatoria*“, kterážto namítaný nedostatek publicity alespoň částečně odbourává.

⁹⁶ RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část II.* [online], epravo.cz, 31. prosince 2003 [cit. 18. listopadu 2009]. Dostupné z < <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-ii-22525.html> >

⁹⁷ BERGER, Klaus Peter. The Use of Comparative Law in the Lex Mercatoria context. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 49

⁹⁸ blíže viz. ROZEHNALOVÁ, Naděžda, STŘELEČEK, Karel. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, *lex mercatoria* a odvaha k aplikaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2004, roč. 12, č. 1, str. 48-55

Neméně významnou roli ovšem hraje i stále více vzrůstající publicita mezinárodních rozhodčích nálezů, z nichž se mnohé o *lex mercatoria* opírají a pomáhají tak při jeho utváření. Již od roku 1974 bývají zveřejňována rozhodnutí učiněná při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži (ICC), a to konkrétně v Žurnálu mezinárodního práva (*Journal du droit international*), známého pod označením *Clunet*, od roku 1976 bývají tato rozhodnutí poté publikována i v Ročence obchodní arbitráže (*Yearbook Commercial Arbitration*)⁹⁹. Dále vychází pravidelně Bulletin švýcarské arbitrážní asociace (ASA), kde jsou publikována rozhodnutí Obchodní komory v Zurichu, v USA je to Americká „zpráva o mezinárodní arbitráži“, v Nizozemí tzv. „*Tijdschrift voor Arbitrage*“ uvádí rozhodnutí Nizozemského arbitrážního institutu (NAI) a dalších nizozemských rozhodčích institucí, kdy bychom takto mohli pokračovat až donekonečna. Díky těmto sbírkám je tedy zajištěna určitá míra homogenity a spojitost rozhodčích nálezů napříč různými rozhodčími institucemi, díky čemuž dochází i ke stabilizaci doktríny *lex mercatoria*, ač samozřejmě, publicita vnitrostátních rozhodnutí, zákonů a jiných předpisů či pravidel je na vyšší úrovni.

2.5. Je *lex mercatoria* nedostatečně procesně legitimováno?

Námítka nedostatku publicity *lex mercatoria* je do velké míry propojena s námitkou absence procesních pojistek i v návaznosti na vynucování systému *lex mercatoria*. S podobnou námitkou se muselo vypořádávat i obyčejové mezinárodní právo (veřejné), kterému mají dle jeho kritiků chybět procedurální pojistky, které mívá vnitrostátní právo, protože obyčejové mezinárodní právo bývá „objeveno“ mezinárodními soudci, rozhodci či akademiky, pročež není dostatečně demokraticky legitimováno. Vnitrostátní soudy ovšem v tomto ohledu nejsou nijak lepší, z jakého jiného důvodu by totiž více než 90% všech mezinárodních obchodních sporů bylo vyjmuta z jurisdikce těchto soudů a řešeno před mezinárodními rozhodčími tribunály? I v případech, kdy soudy tzv. negativně intervenují do rozhodčího řízení v rámci jejich kontrolní pravomoci spočívající v rušení rozhodčích nálezů nebo v odmítnutí či zastavení výkonu takového rozhodnutí, je soudní kontrola aplikace hmotného práva rozhodcem zúžena na minimum, kdy prakticky jedinou možností pro soudní zásah je zde porušení norem mezinárodního (resp. transnacionálního) veřejného pořádku. Za tím vším stojí zejména rychlost a efektivita rozhodčího řízení, které patří logicky mezi jeho

⁹⁹ Blíže dostupné na <<http://www.arbitration-icca.org/publications.html>>; srov. také BERGER, Klaus Peter. Increasing Publicity of International Arbitral Awards. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 49

hlavní výhody, proto i soudní rozhodnutí v oblasti (ne)rušení a výkonu rozhodčích nálezů potvrzují uznání existence transnacionálního právního systému ze strany soudů¹⁰⁰.

Proto musí procesní legitimita *lex mercatoria* vycházet odjinud. Prvním jejím zdrojem jsou instituce, které jsou nositeli přirozené mezinárodní autority (opětovně zmiňme UNIDROIT, UNCITRAL, ale i např. WTO). Bývá namítáno, že ani v těchto organizacích nejsou jednotlivé státy dostatečně zastoupeny a činnost těchto organizací a institucí tedy nemůže být dostatečně legitimní, což je ale i z pohledu mezinárodního práva veřejného výtka lichá, neboť by takto mohla být zpochybňována legitimita prakticky každé mezinárodní organizace. Konkrétně UNCITRAL navíc vznikl na půdě OSN, spolupracuje hojně i s WTO, a proto lze jeho autoritu a pravomoci napadat jen stěží. Mezinárodní praxe zde má opět kritickou roli, je každopádně nutné nezaměňovat legitimitu výstupů činnosti těchto institucí a organizací s legitimitou *lex mercatoria* samotného, která je totiž ve větší míře spjata s praxí velkých arbitrážních institucí, které mají obdobně vysokou autoritu a jsou široce uznávány.

I tyto velká arbitrážní centra ovšem bývají podrobena kritice jako celek. Kupříkladu mnoho stran ve sporu je stále nespokojeno s absencí odvolací instance, díky které by byla sjednocována rozhodovací praxe. Kontrola zde ovšem probíhá horizontálně, kdy publikace rozhodčích nálezů, odkazy na rozhodnutí jiných arbitrážních institucí, kontinuita rozhodování a sjednocování rozhodovací praxe vedou ke skoro až precedenčnímu rozhodování rozhodců¹⁰¹. Prvky kontroly lze najít i u selekce arbitrů, protože ti si sebou nesou v každé arbitráži svoji vlastní reputaci, kterou si nemohou poškodit např. nekvalitními odůvodněními postrádajícími potřebnou erudici, neboť by tak velmi lehce mohlo dojít k tomu, že už si je sporné strany při konstituování panelu do budoucna nevyberou.

Dále bývá kritizováno občasné předčasné využití transnacionálních pravidel při absenci volby práva. Srovnávání nečinění volby práva s volbou *lex mercatoria* je ovšem podle mého názoru jeden z neduhů proponentů transnacionálního práva, neboť v oblasti volby práva by *lex mercatoria* mělo být na stejné úrovni jako vnitrostátní právní řády. Profesor Berger dokonce píše o tom, že takovýto postup narušuje legitimitu *lex mercatoria*¹⁰². Použití *lex*

¹⁰⁰ BERGER, Klaus Peter. *The Lex Mercatoria Lacks the Necessary Procedural Legitimacy*. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 64 - 65

¹⁰¹ RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část II*. [online], epravo.cz, 31. prosince 2003 [cit. 18. listopadu 2009]. Dostupné z < <http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-ii-22525.html> >

¹⁰² BERGER, Klaus Peter. *Approximation in the field of International Commercial Arbitration*. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 82 – 83, srov. např. rozhodnutí ve věci *Compania Valenciana* nebo „Rezoluci o Transnacionálních Právních principech“ Asociace pro mezinárodní právo na 65. konferenci v dubnu 1992 v Káhiře.

mercatoria lze bez učiněné volby jen v případě, pokud tomu nasvědčují okolnosti a projevy vůle stran, tedy subjektivní i objektivní prvky skutečnosti nebýt vázán jakýmkoli národním právním řádem¹⁰³. Jen na okraj zmíním, že bude zajímavé sledovat možnosti aplikace nestátních právních pravidel před obecnými soudy, o čemž mluví nařízení Řím I v odstavci 13 své Preambule, kdy se zde nabízí častější cesta např. pro Principy UNIDROIT či tzv. Landovy zásady, a tedy i lex mercatoria, do evropských soudních síní.

2.6. Je rozhodování podle lex mercatoria ve skutečnosti rozhodováním podle ekvity (*ex aequo et bono*) či pouze jako *amiable compositeur*?

I v tomto bodě se lex mercatoria po celém světě střetává s velkou vlnou kritiky, neboť jeho odpůrci (např. Mann, Loquin¹⁰⁴) namítají, že jde vlastně jen o jiné pojmenování institutů známých teorii a praxi mezinárodních obchodních arbitrází pod pojmem rozhodování *ex aequo et bono* či jako *amiable compositeur*, a to bez zmocnění stran sporu. Jak následně prokážu, nelze rozhodování podle lex mercatoria s výše uvedenými pojmy zaměňovat.

Rozhodování *ex aequo et bono* či jinými slovy podle ekvity je způsobem rozhodování, ve kterém se rozhodce pohybuje mimo právo, kdy jsou mu vodítkem zejména morální normy a vlastní představa o „spravedlivém“¹⁰⁵ řešení sporu. Rozhodce rozhodující *ex aequo et bono* může nepoužít jak normy dispozitivní, tak kogentní, kdy jedinou hranicí je mu mezinárodní (resp. transnacionální) veřejný pořádek¹⁰⁶. K takovému rozhodování je ovšem třeba zmocnění stran v rozhodčí smlouvě, jinak by hrozilo zrušení rozhodčího nálezu soudu místa rozhodčího řízení¹⁰⁷. Odpůrci tohoto rozhodování, stejně jako i odpůrci lex mercatoria společně projevují skepsi vůči rozhodování na základě obecných principů práva či ekvity, neboť ho chápou jako závoj kryjící umělé a svévolné rozhodování a prostředek, který umožňuje obejít jinak aplikovatelného práva a zároveň prostředek zvýraznění a vynucení

¹⁰³ Nález ICC č. 8365

¹⁰⁴ SALAČ, Jaroslav. Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. *Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 415 - 416

¹⁰⁵ Používám uvozovky, protože nemám příliš rád pojem „spravedlivý“ v tomto smyslu, neboť co je spravedlivé pro jednu stranu sporu bývá většinou nespravedlivé pro stranu druhou. Ovšem jde o asi nejpřesnější význam anglického pojmu „equitable“ či „equity“.

¹⁰⁶ HERBOCZKOVÁ, Jana. Amiable compositeur v mezinárodním rozhodčím řízení. *Právní rozhledy*, 2008, č. 17, s. 632

¹⁰⁷ Zde je nutno poukázat na rozhodnutí vídeňského odvolacího soudu ve výše uvedeném případě Norsolor, který zrušil rozhodčí nález vydaný čistě na základě zásady dobré víry a označil lex mercatoria za „mezinárodní právo pochybné kvality“, kdy (zřejmě neadekvátně) smazal rozdíly mezi lex mercatoria a rozhodováním *ex aequo et bono*, ke kterému je třeba zmocnění stran

ekonomické síly¹⁰⁸. Lze tedy shrnout, že bez výslovného zmocnění stran musí rozhodci při rozhodování používat právo, resp. pravidla s kvalitou práva. Zjednodušeně řečeno, rozhodování v rozhodčím řízení podléhá vůli stran a mezinárodnímu (resp. transnacionálnímu) veřejnému pořádku. Pokud tedy strany smlouvy v rozhodčí smlouvě zmocní rozhodce k rozhodování *ex aequo et bono*, rozhodce může rozhodnout věc jen na základě vlastních přesvědčení o tom, co je „spravedlivé“ a správné v dané věci, aniž by musel určit a ověřovat obecnou platnost jím použitých principů¹⁰⁹.

V čem tedy spočívá onen rozdíl mezi rozhodováním *ex aequo et bono* a rozhodováním dle *lex mercatoria*? Vysvětlím jej na následujícím komparačním příkladu. Pokud vnitrostátní právní řád umožňuje soudci či rozhodci vzít na zřetel úvahy o spravedlivém řešení věci, musí příslušné argumenty vycházet z norem daného právního řádu, musí tedy „zůstat v rámci práva“. Rozhodce rozhodující na základě *lex mercatoria* je v případě hledání „spravedlivého“ řešení v rozhodované věci v úplně stejné situaci: nemá volné uvážení, neboť musí vzít v úvahu právní hodnoty, které jsou základem každého principu transnacionálního obchodního práva. Podle *lex mercatoria* nemůže rozhodce na základě volného uvážení dojít k tomu, co je „spravedlivé“ v rozhodované věci. Rozhoduje-li tedy rozhodce podle práva, rozhodnutí zůstává zakotveno v zákonných ustanoveních, judikatuře a doktrinálních názorech příslušného právního systému, zatímco dle ekvity rozhodnutí závisí jen na tom, co rozhodce považuje za „spravedlivé“¹¹⁰.

Výše uvedené prakticky platí i pro rozhodování jako *amiable compositeur*, byť se tento institut v nuancích od rozhodování *ex aequo et bono* lehce liší. Doktorka Herbočzková uvádí, že: „rozhodce jednající jako *amiable compositeur* rozhoduje spor na základě zákona a právních principů, ale je oprávněn modifikovat účinek některých, tedy dispozitivních, norem“ a zároveň v současné době „má *amiable compositeur* pravomoc úplně vyloučit dopad právních pravidel a spor rozhodnout podle zásad spravedlnosti a slušnosti. Tento koncept je tedy stranami využíván spíše jako náhrada než jako doplnění, za národní právo. Některými autory je tento koncept dokonce definován jako „negativní volba práva“, kdy rozhodce je oprávněn aplikovat „zásady spravedlnosti a slušnosti“ namísto určitého národního práva.“¹¹¹ Rozhodce tedy jako *amiable compositeur* může například posuzovat otázky promlčení, náhrady škody apod., kdy „spravedlnost“ či ekvita je jen jedním z aspektů tohoto

¹⁰⁸ BERGER, Klaus Peter. The Application of the *Lex mercatoria* leads to a decision in Equity. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. BERGER, Klaus Peter. Londýn: Kluwer, 1999. str. 54 - 56

¹⁰⁹ ibidem. str. 57

¹¹⁰ Ibidem, str. 58

¹¹¹ HERBOČZKOVÁ, Jana. *Amiable compositeur* v mezinárodním rozhodčím řízení. *Právní rozhledy*, 2008, č. 17, s. 632 - 633

rozhodování¹¹². Pro zopakování a shrnutí rozdílů tedy opět uvedu, že rozhodce rozhodující na základě *lex mercatoria* aplikuje právní pravidla, zatímco rozhodce rozhodující jako *amiable compositeur* nemusí vůbec právní pravidla brát v potaz, ale může upravovat efekt některých dispozitivních norem (na rozdíl od *ex aequo et bono*, kde k právu vůbec nepřihlíží). Rozhodce rozhodující dle *lex mercatoria* ovšem (za jistých okolností teoreticky) nepotřebuje výslovné zmocnění, jako je tomu v případě *amiable composition* (i *ex aequo et bono*)¹¹³.

Na závěr této části bych rád jen stručně zmínil tzv. rozhodování *tronc commun*, které mnozí autoři (např. Fouchard, Gaillard, Goldmann) pod *lex mercatoria* podřazují. Duchovním otcem této doktríny je italský profesor Mauro Rubino – Sammartano, který v případě absence volby práva stranami dovozuje, že by mělo být rozhodné právo odvozeno na základě pravidel společných právním řádům. Rozhodci by tedy měli zvolit i „ne-volby“, resp. „negativní volby práva, jež mají dvojí roli, a to pozitivní spočívající ve volbě „společného kmene („*tronc commun*“) a odmítnutí právních pravidel, které se v dotčených právních řádech odlišují. Pro hlubší a detailnější prostudování této doktríny níže odkazuji na příslušnou literaturu¹¹⁴, v této části bych jen rád uzavřel, že i rozhodování *tronc commun* se ve své podstatě dle mého názoru od *lex mercatoria* liší.

Pro shrnutí bych tedy rád uvedl, že vzhledem k výše uvedenému nesdílím názor některých odpůrců doktríny *lex mercatoria*, spočívající v tom, že by se rozhodování dle *lex mercatoria* mělo shodovat s rozhodováním *ex aequo et bono* či jako *amiable compositeur*, resp. *tronc commun* a že by tak celá doktrína *lex mercatoria* měla za cíl obejít či svévolně odpoutání se od jinak rozhodného práva.

2.7. Lex mercatoria a veřejný pořádek

Pro začátek by bylo dobré si jednotlivé důležité termíny jako veřejný pořádek a jeho mezinárodní, transnacionální a komunitární formy alespoň stručně vymežit, byť by pojednání o nich vystačilo na samotnou práci. Po vymezení každého z výše uvedených pojmů rozeberu i vztah každého z nich k doktríně *lex mercatoria*.

¹¹² Typicky bývá s výkladem o *amiable composition* uváděno rozhodnutí ICC č. 3327, dostupné na <<http://translex.org/output.php?docid=203327>>

¹¹³ HERBOCZKOVÁ, Jana. *Amiable compositeur* v mezinárodním rozhodčím řízení. *Právní rozhledy*, 2008, č. 17, s. 634, srov. i ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Rozhodování dle zásad ekvity, jako *amiable compositeur*, *tronc commun*. In *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha: ASPI, 2008. str. 237 - 242

¹¹⁴ NOVÝ, Zdeněk. *Tronc commun* v mezinárodním rozhodčím řízení, *Právní rozhledy*, 2009, č.6, s. 208; ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Rozhodování dle zásad ekvity, jako *amiable compositeur*, *tronc commun*. In *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha: ASPI, 2008. str. 241 - 242

Začněme tedy „prostým“ veřejným pořádkem (jinak také *ordre public* či v angličtině *public policy*). V určitých situacích je v rámci vnitrostátního práva třeba trvat na jistých hodnotách a principech společenského uspořádání určitého státu, které musí být zachovávány a bráněny za všech okolností. Klasicky se uvádí např. nepřípustnost polygamního manželství v našem evropském prostředí. V rámci mezinárodního práva soukromého k obraně těchto hodnot slouží tzv. **výhrada veřejného pořádku**, na jejímž základě lze odmítnout použití cizího právního řádu, pokud by důsledky použití tohoto právního řádu vedly k neakceptovatelným situacím právě z pohledu hodnot a principů, na nichž je ten který stát založen¹¹⁵. *Ordre public* bývá také mnohými autory ještě dále dělen na tzv. hmotněprávní *ordre public*, který bývá zohledňován, když má zahraniční orgán používat cizí hmotné právo (např. rodinné, pracovní atd.), kdežto *ordre public* procesní hraje v roli v situacích, kdy má být rozhodováno o uznání, resp. výkonu cizozemského rozhodnutí (v našem případě si uveďme uznání a výkon rozhodčích nálezů např. dle New Yorkské úmluvy) na půdě jiného státu¹¹⁶.

Hmotněprávní *ordre public* lze pak dále dělit na negativní, který vylučuje použití určitého cizozemského předpisu (viz. § 36 českého ZMPS či článek 21 nařízení Řím I), zatímco *ordre public* pozitivní naopak stanoví obligatorní aplikaci některého konkrétního (často veřejnoprávního předpisu). Tento pozitivní *ordre public* pak bývá ztotožňován s tzv. **nutně použitelnými normami** (zákony veřejného pořádku, *imperative norms*, *mandatory rules of law* apod.) ve smyslu našeho mezinárodního práva soukromého. Celá tato terminologie se ovšem zejména obsahově zejména v zemích common law (kde používají obsahově širší termín *public policy*) či ve Francii liší¹¹⁷.

Procesní *ordre public* upravuje v globálnějším měřítku New Yorkská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů¹¹⁸ ve svém článku V. odst. 2 písm. b) nebo v českém měřítku § 39 písm. c) zákona o rozhodčím řízení¹¹⁹. Samozřejmě je v zájmu jak stran sporu, tak samotných rozhodců, aby rozhodčí nález mohl být vykonán, čemuž dle mnohých kritiků rozhodování na základě *lex mercatoria* pro svůj rozpor s *ordre public* (ať již procesním či pozitivním, resp. negativním hmotněprávní) brání, resp. jej obchází. Je tomu skutečně tak?

¹¹⁵ KUČERA, Zdeněk. Vymezení výhrady veřejného pořádku. In *Mezinárodní právo soukromé*. 7. Vydání. Brno: Doplněk, 2009. str. 194 – 195, srov. také §36 zákona č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, v platném znění

¹¹⁶ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*, 2006, roč. 145, č. 11, s. 1267-1268

¹¹⁷ ibidem, str. 1274 – 1276 či také KUČERA, Zdeněk. Vymezení výhrady veřejného pořádku. In *Mezinárodní právo soukromé*. 7. Vydání. Brno: Doplněk, 2009. str. 194, str. 235 - 245

¹¹⁸ viz. vyhláška ministra zahraničních věcí č. 74/1959 Sb.

¹¹⁹ zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů

Musíme vzít v potaz skutečnost, že smluvní strany mezinárodní obchodní smlouvy si mohou například zvolit pro svoji smlouvu právo, které s danou transakcí nemá nic společného a ono „jinak rozhodné vnitrostátní právo“ tak úplně derogovat, nemluvě o tom, jak jsem uvedl výše, že mnohdy díky kolizním metodám může být určení onoho „jinak rozhodného práva“ docela problematické. I proto si nemyslím, že by doktrína *lex mercatoria* sloužila výslovně k obejití veřejného pořádku kteréhokoliv právního řádu, resp. jeho nutně použitelných norem. Naopak doktrína *lex mercatoria* a její „kodifikace“ jako např. Principy UNIDROIT jsou ztělesněním jakýchsi sdílených hodnot v rámci mezinárodního společenství obchodníků, které byly i vyabstrahovány z vnitrostátních právních řádů. Pokud vnitrostátní právní řády v naprosté většině dovolují rozhodcům rozhodování *ex aequo et bono* a oprostít se tak od práva jako takového, nemůže být argumentováno v tom smyslu, že by rozhodování *lex mercatoria* bylo v rozporu s negativním hmotněprávním *ordre public*, natožpak jeho pozitivní verzí. Co do vztahu k nutně použitelným normám či slovy profesora Kučery, aktivními veřejnému pořádku (resp. zákonům veřejného pořádku) není důvodů nedávat *lex mercatoria* na roveň s jinými právními řády¹²⁰.

Co se rozumí mezinárodním veřejným pořádkem (*international public policy*)? Má už rozhodně jinou povahu, než veřejný pořádek vnitrostátní, stále má ovšem vazbu na státní právo. Ještě jednou si připomeňme, že termín „public policy“ je v anglosaském světě chápán jinak, než veřejný pořádek v našem právním řádu, proto již nebývá dále dělen. Obecně můžeme říci, že mezinárodní veřejný pořádek zahrnuje normy mandatorní povahy, které jsou zahrnuty zejména v platných mezinárodních úmluvách a smlouvách a strany nemají možnost se od nich odchýlit¹²¹. Příkladem může být čl. 11, 29 a celá druhá část Vídeňské úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, je-li tato aplikována. Mezinárodní veřejný pořádek bývá aplikován národními soudy ve vztahu k cizím rozhodčím nálezům, bývá zmiňován v předpisech zemí, jejichž právní řád se vyvíjel pod vlivem tzv. románsko-holandského systému, tedy např. Francie, Alžírsko či Portugalsko¹²². Opět je zde důležité v souvislosti s tématem této práce nastínit, zda rozhodování dle *lex mercatoria* může způsobit ohrožení uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu. New Yorská úmluva totiž teoreticky uvádí nesoulad s mezinárodním veřejným pořádkem jako jeden z důvodů odmítnutí uznání a

¹²⁰ BERGER, Klaus Peter. The *Lex mercatoria* results in the Circumvention of Provisions with *Ordre Public* Quality. In *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*. Londýn: Kluwer, 1999. str. 75 - 78

¹²¹ KESSEDJIAN, Catherine. What is transnational public policy? In *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA International Arbitration Congress*. VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2007. str. 859

¹²² BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Mezinárodní veřejný pořádek. Zvláštní význam kategorie mezinárodního veřejného pořádku. In *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Praha: C.H. Beck, 2008. str. 506 - 515

výkonu cizího rozhodčího nálezu. Její čl. V odst. 2 písm. b) sice mluví o *ordre public* země uznání a výkonu, pokud bychom ovšem toto ustanovení dnes vyložili podle pravidla tzv. internacionalizace tuzemského práva i také z hlediska toho, že jde o mezinárodní multilaterální úmluvu, pro kterou by měla platit zejména mezinárodní vykládací pravidla, lze teoreticky dojít k tomu, že by vnitrostátní soudy měly zohledňovat i mezinárodní veřejný pořádek a soulad rozhodnutí s ním¹²³. Ovšem i z důvodů této internacionalizace spolu s argumenty, které jsem již uvedl výše u vnitrostátního *ordre public*, nevidím v rozhodování podle *lex mercatoria* v mezinárodní obchodní arbitráži (jak bude popsáno i v další části této práce) žádnou problematickou oblast.

Postupně se tedy v této části dostáváme ke kategorii veřejného pořádku, která má nejvíce do činění s doktrínou *lex mercatoria*, je s ní nejvíce spojena, a to je veřejný pořádek transnacionální¹²⁴. Podle profesora Bělohávkova pojem transnacionální veřejný pořádek zahrnuje „*zásady, které představují mezinárodní konsensus jako univerzální standardy a přijímané normy chování, které je třeba za všech okolností dodržovat. Jedná se o soubor základních zásad přirozeného práva, principů mezinárodní spravedlnosti, ius cogens v mezinárodním právu a obecných zásad principů morálky přijímaných státy, které jsou označovány jako civilizované státy.*“¹²⁵Tento pojem je tedy chápán zejména jako kategorie veřejného pořádku s původem v mezinárodním právu veřejném, kdy autor naráží např. na čl. 38 odst. 1 písm. c) Statutu Mezinárodního soudního dvora či čl. 53 Vídeňské úmluvy o smluvním právu. Konkrétním **projevem transnacionálního veřejného pořádku je pak právě rozhodování dle *legis mercatoriae***¹²⁶. Dostáváme se i k jednomu z argumentů zastánců *lex mercatoria*, a to skutečnosti, že ***lex mercatoria* má ve skutečnosti povahu mezinárodního práva veřejného**. Dle jedné z teorií vztahu mezinárodního práva veřejného a soukromého mezinárodní soukromé právo pramení z mezinárodního veřejného práva a nevychází z vlastní a neodvozené suverenity států (např. Phillip Jessup), z čehož vyplývají i prameny, existence, legitimita a možná závaznost *lex mercatoria*¹²⁷.

¹²³ ibidem, str. 510

¹²⁴ co se týče transnacionálního veřejného pořádku a jeho významu v mezinárodní arbitráži, odkazují tímto na příspěvky Michaela Reisman, Catherina Kessedjian a Alana Redferna v knize VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA International Arbitration Congress*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2007. str. 849 - 875

¹²⁵ BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Historický a současný význam transnacionálního veřejného pořádku. In *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*. Praha: C.H. Beck, 2008. str. 530

¹²⁶ ibidem, str. 531

¹²⁷ ke vztahu mezinárodního práva veřejného a soukromého např. MALENOVSKÝ, Jiří. Mezinárodní právo veřejné a soukromé. In *Mezinárodní právo veřejné, jeho obecná část a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště právu českému*. Brno: Doplněk, 2004, str. 31 – 33; MRÁZEK, Josef. Poměr práva mezinárodního soukromého a veřejného. In *Pocta Zdeňku Kučerovi k 80. narozeninám*. PAUKNEROVÁ, Monika, RŮŽIČKA, Květoslav

Poslední kategorií veřejného pořádku v tomto skutečně velmi stručném přehledu, na jejíž vztah k *lex mercatoria* bych rád upozornil, je veřejný pořádek komunitární. Tento má svůj původ zejména v judikatuře Evropského soudního dvora (např. rozsudek ESD, sp. zn. C-36/02 *Omega* či rozsudek ESD, sp.zn. 41/74 *Van Duyn* a mnohé další). Komunitární veřejný pořádek může být ve vztahu k rozhodčímu řízení teoreticky zohledňován opět obecnými soudy při posuzování uznání a výkonu rozhodčích nálezů i proto, že v rámci práva EU speciální úpravu rozhodčího řízení neobjevíme. Vzhledem k principu nadřazenosti práva EU nad vnitrostátním právem ovšem dochází k jakémusi prorůstání komunitárního právního řádu a vnitrostátních právních řádů a ruku v ruce s tím i k směšování a postupné „europeizaci“ vnitrostátních veřejných pořádků. Krom toho již několikrát zmiňované nařízení Řím I ve své preambuli, ve které tradičně bývají ztělesněny principy a hodnoty daného právního předpisu či celého systému práva, samo připouští aplikaci nestátních prostředků. Nehrozí tedy opět, že by v rámci uznání a výkonu rozhodčího nálezu vydaného v jiném členském státě EU hrozilo nebezpečí v případě, že bude pro rozhodování použito *lex mercatoria*, neboť komunitární veřejný pořádek není s takovým postupem v kontradikci.

Obecně bychom tedy mohli shrnout, že rozhodování podle *lex mercatoria* v mezinárodní obchodní arbitráži je v souladu i se všemi možnými kategoriemi veřejného pořádku a nelze hovořit ani o tom, že by rozhodování podle *lex mercatoria* vedlo k jakémusi „obcházení“ těchto kategorií.

2.8. Shrnutí kapitoly 2

Jak jsme na několika posledních stranách prokázali, debata o *lex mercatoria* má hned několik rozměrů a různost teoretických názorů je již po desetiletí zřejmá. Na tomto místě bych rád jen krátce tedy shrnul závěry ohledně výtek vůči *lex mercatoria*, ke kterým jsem po prostudování příslušné literatury a dalších zdrojů došel.

Dle mého názoru *lex mercatoria* je právem, se kterým lze zacházet jako s právním řádem *sensu lato*. Nejde o pojem vágní, neurčitý, čímž by ohrožovalo právní jistotu mezinárodních obchodníků. Není tvořeno účelově a bez metodologického základu, jeho publicita je dostatečná, stejně jako i procesní legitimace. Dále *lex mercatoria* není ve skutečnosti rozhodováním *ex aequo et bono*, jako *amiable compositeur* či *tronc commun* a

(eds.). Praha: Nakladatelství Karolinum, 2008. str. 275 – 288; SEIDL – HOHENVELDERN, Ignaz. Transnacionální právo. In *Mezinárodní právo veřejné*. Praha: ASPI, 2006. str. 13 - 14

konečně, lex mercatoria a rozhodování podle něj splňuje veškeré náležitosti všech možných kategorií *ordre public*.

Uvědomuji si, že tímto mým závěrem se dostávám do kontradikce s takovými velikány českého mezinárodního práva soukromého, jako jsou profesor Kučera či profesor Bělohlávek (a na mezinárodní úrovni např. F. Mann a další), jejich výtky vůči lex mercatoria však dle mého názoru neobstojí vůči argumentům např. profesorky Rozehnalové či doktora Střelce a hlavně na mezinárodní úrovni představeným argumentům zejména profesora Bergera, tria Gaillard, Fouchard, Goldmann či profesora Landa a mnohých dalších, kteří se hlásí k jejich názorům.

Jak jsem napsal v úvodu, myslím si, že absolutní odmítání lex mercatoria je již na konci prvního desetiletí 21. století poněkud v rozporu s trendem mezinárodního obchodování, neboť metody klasického mezinárodního práva soukromého těmto trendům zkrátka nestačí a lex mercatoria naopak dnes nabízí možnost jistějšího obchodování.

3. Aplikace *lex mercatoria* v mezinárodní obchodní arbitráži

Jak již bylo v rámci této práce mnohokrát zmíněno, *lex mercatoria* má v dnešní době své místo zejména v rámci rozhodovací činnosti mezinárodních rozhodců a sporech, které tito rozhodci projednávají. Právě možnosti aplikace *lex mercatoria* v mezinárodní obchodní arbitráži bych rád rozebral v následující kapitole. Na jejím začátku bych rád stručně shrnul možnosti aplikace transnacionálního obchodního práva před obecnými soudy, neboť bude v tomto směru v rámci EU do budoucna zcela jistě zajímavé sledovat využívání nařízení Řím I. Uvedu i několik konkrétních rozhodčích nálezů, které se buď o doktrínu *lex mercatoria* přímo opírají nebo jsou v nich zmíněny významné názory pro celou oblast transnacionálního obchodního práva.

3.1. *Lex mercatoria* před obecnými soudy

Doposud se obecně v odborné literatuře psalo, že použití *lex mercatoria* v nalézacím řízení před státními (obecnými) soudy je vyloučeno. Teoreticky se o něm dalo mluvit jen v případě aplikace mezinárodních obchodních zvyklostí, které samy o sobě nepochybně součástí *lex mercatoria* jsou, nicméně před státními soudy jsou používány zejména díky jejich recepci do vnitrostátních pramenů práva, jejich formálním pramenem tedy bývá vnitrostátní právo¹²⁸.

Nicméně jsem toho názoru, že *lex mercatoria* v dnešní době již své opodstatnění v nalézacím řízení před státními soudy má, neboť k jeho reálné aplikaci může dojít např. díky čl. 7 Vídeňské úmluvy OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, který umožňuje aplikovat *lex mercatoria* jako prostředek interpretace či k vyplňování mezer. Obecný soudce při interpretaci nebo v případě chybějící úpravy určité otázky využít Principy UNIDROIT (i Principy Landovy komise) anebo si jinak vypomoci právě *lex mercatoria*¹²⁹. Na *lex mercatoria* (a jeho katalogy) mohou strany také odkázat v rámci volby práva, čímž by došlo k jejich inkorporaci do smlouvy, která by tak byla regulována *lex mercatoria* a i soudce by tedy byl nucen veškerá jeho pravidla aplikovat. Jediné nebezpečí zde hrozí v požadavku

¹²⁸ viz. např. § 730, resp. § 264 českého obchodního zákoníku

¹²⁹ FELEMEGAS, John. Remarks on good faith and fair dealing. [online], CISG database, říjen 2001 [cit. 23. prosince 2009]. Dostupné z < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp7.html>> či MAGNUS, Ulrich. Remarks on good faith. [online], CISG database, 5. ledna 2007 [cit. 23. prosince 2009]. Dostupné z < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html>>

vnitrostátního práva aplikovat právní řád *stricto sensu*¹³⁰, o čemž pojednám blíže v druhé části této kapitoly. Nutno v této části zmínit i nařízení Řím I, které je pro členské státy EU účinné od 17. 12. 2009 a jak již bylo uvedeno výše, přímo ve své preambuli zmiňuje možnost smluvních stran zvolit si ve své smlouvě jako rozhodné právo nestátní normy¹³¹. Nutno ovšem zdůraznit, že pokud si smluvní strany ve smlouvě, na niž dopadá nařízení Řím I smluví aplikaci např. Principů evropského smluvního práva, vede toto jejich rozhodnutí jen k tzv. materiální volbě práva a nedochází tedy k vyloučení kogentních norem jinak rozhodného státního práva¹³². Obecně by totiž dle většinového názoru mělo právo aplikované na základě nařízení Řím I být právem státním¹³³.

Obecné soudy se s *lex mercatoria* hojněji setkávají v rámci jejich kontrolní funkce vůči rozhodčímu řízení, v jejímž rámci mají možnost zrušit rozhodčí nálezný nebo odepřít uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu. Musíme si ovšem uvědomit, že soudy nemohou přezkoumávat obsah rozhodčího nálezu a odmítnout uznání a výkon, či přistoupit k jeho zrušení z toho důvodu, že je tento rozhodčí nálezný založen na *lex mercatoria*, v této skutečnosti nelze shledat ani rozpor s veřejným pořádkem země uznání např. podle čl. V odst. 2 písm. b) New Yorské úmluvy. Tuto skutečnost podporuje i relevantní judikatura, kdy zářným příkladem shrnujícím přístup soudů k aplikaci *lex mercatoria* je například rozhodnutí hamburského Landesgerichtu z 18. Zář 2007¹³⁴.

Jak již jsem ale uvedl výše, obecné soudy nehrají ve vývoji *lex mercatoria* tak důležitou roli, jakou mají mezinárodní rozhodci a jimi vynesené nálezny, je to totiž právě mezinárodní obchodní arbitráž, díky které *lex mercatoria* existuje a rozvíjí se. Objem sporů z mezinárodního obchodu řešených před obecnými soudy totiž v dnešní době nedosahuje rozměrů, kterých dosahuje objem těchto sporů řešených v rámci mezinárodní arbitráže, kdy lze očekávat, že arbitráž bude v průběhu let využívána ještě mnohem více.

¹³⁰ např. v Anglii někteří autoři odmítají možnost aplikace *lex mercatoria* před státními soudy, ovšem Court of Appeal rozhodl ve věci *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft m.b.H v. RAS AIKhaimah National Oil Co.*, že rozhodování dle *lex mercatoria* není nijak v rozporu s anglickým veřejným pořádkem, blíže viz. ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Lex mercatoria a rozhodování před státními soudy*. In *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. str. 185

¹³¹ dostupné např. na

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:CS:PDF>>

¹³² GEBAUER, Martin. K vývoji v mezinárodním soukromém právu (Řím I – právo rozhodné pro smluvní závazkové vztahy, Řím II – právo rozhodné pro mimosmluvní závazkové vztahy). *Bulletin advokacie*, 2009, roč. 19, č. 11, str. 69

¹³³ MYŠÁKOVÁ, Petra. *Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži*. *Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 5, str. 50

¹³⁴ viz. STŘELEK, Karel. *Lex mercatoria z pohledu kontrolní funkce obecných státních soudů vůči rozhodčímu řízení*. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str. 155, v tomto rozhodnutí byla zcela vyloučena možnost materiálního přezkumu rozhodčího nálezu

3.2. Lex mercatoria před mezinárodními obchodními rozhodci

Nejdříve je třeba podotknout, že problematika aplikace lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži se rozpadá do dvou základních rovin, konkrétně roviny procesní a roviny hmotněprávní. I v oblasti procedurálního práva se totiž dnes dá mluvit o tzv. „procesním lex mercatoria“, které bych rád stručně rozebral v první části této podkapitoly, za kterou bude následovat kapitola o lex mercatoria coby právu rozhodném, tedy právu stanovujícím práva a povinnosti stran v mezinárodních obchodních závazkových vztazích.

3.2.1. Procesní lex mercatoria

Když si projdeme základní prameny práva mezinárodního obchodu a názory teorie i praxe, mohli bychom dojít k dvěma základním přístupům týkajícím se obecně aplikace procesního práva v mezinárodním rozhodčím řízení¹³⁵.

První přístup vychází z **principu teritoriality**, podle kterého by rozhodci měli přísně používat procesní normy fora a k určení hmotného práva by měli dojít na základě metody kolizní, resp. metody přímé. Projevuje se zde tedy silná vazba konaného rozhodčího řízení k místu jeho konání. Nicméně i tyto procesní předpisy mohou být často na základě vůle smluvních stran měněny, neboť mnohdy mívají dispozitivní povahu a rozhodné hmotné právo také bývá v drtivé většině zvoleno stranami v rozhodčí smlouvě.

Tím se dostávám k druhému přístupu, který vychází z **principu smluvního** a rozporuje nutnou vazbu vedené arbitráže k místu jejího konání. Toto „odvázání se“ od místa konání arbitráže pak vede ke dvěma jevům, které se v teorii nazývají delokalizací a denacionalizací arbitráže.

O **delokalizaci** mluvíme v případech, kdy nedochází k obligatorní aplikaci norem fora, ale norem jiného státu, normy fora ovšem tuto možnost musí připouštět. Jde tedy spíše o směsici teritoriálního a smluvního přístupu.

Denacionalizace znamená, že je vedené rozhodčí řízení naprosto odtržené od norem fora i od norem jiných národních právních řádů (což neznamená nemožnost jejich volby stranami). *Lex loci arbitri* v rámci tohoto přístupu tedy nemá žádný význam a je to právě jev denacionalizace, v němž někteří autoři vidí procesní obdobu hmotněprávního lex mercatoria, chcete-li tzv. transnacionální právo mezinárodní obchodní arbitráže. Tato teorie vznikla taktéž

¹³⁵ tyto přístupy se však dají aplikovat i na otázky kolizní, tedy otázky rozhodného hmotného práva

na základě komparace národních právních řádů a obchodních zvyklostí spolu s obyčejí. Idea denacionalizace arbitráže byla zmíněna i v mnoha právních dokumentech, např. rezoluce Institutu mezinárodního práva z roku 1989 stanovila, že si strany mohou zvolit i procesní nestátní pravidla a nevolí-li si je strany, tak i arbitři mohou následně postupovat dle „obecných principů mezinárodní arbitráže“¹³⁶.

Tyto závěry potvrzuje i několik judikátů. Prvním z nich je rozhodnutí pařížského Cour d'Appel ve věci **BKMI Industrieanlagenbau GmbH et al. v. Dutco Construction**, ve kterém bylo judikováno, že „arbitráž má právní základ v dohodě stran a její rozhodovací hodnota spočívá v nezávislosti rozhodců a v základních principech řízení, které jsou výrazem požadavků *ordre public international*.“ *A contrario* se tedy dá dovozovat, že právním základem mezinárodní arbitráže není vazba na stát dle teritoriálního přístupu a nemusí tedy být nutně aplikovány procesní normy fora či jiného státu¹³⁷. Další dvojici judikátů tvoří případ **Texaco**¹³⁸ a případ **Aramco**¹³⁹. V případě Texaco se rozhodce rozhodl aplikovat obecné normy mezinárodního práva z důvodů, že jednou ze stran byl suverénní stát a ze stejného důvodu rozhodčí senát vyloučil aplikaci norem fora i v případě Aramco a postupovalo se podle mezinárodního práva¹⁴⁰.

Na tomto místě bych také rád stručně zmínil jednu ze základních teorií základu mezinárodní obchodní arbitráže, ke které se osobně přikláním, jak jsem již výše naznačil. Touto teorií je tzv. **autonomní teorie**, podle které je třeba si uvědomit, že mezinárodní obchodní arbitráž je oblast, která měla být normami fóra ovlivněna co nejméně, jde o autonomní institut „*per se*“ a národní orgány jej jen doplňují zejména v oblasti výkonu rozhodčích nálezů. Tato doktrína reflektuje dnešní globalizovaný svět a je do značné míry propojena právě s výše uvedenou denacionalizací. Dále kromě důležitosti principu autonomie vůle stran zdůrazňuje i další pilíř *lex mercatoria*, a to autonomii vůle samotných rozhodců. Navíc se tato teorie uplatňuje v rámci investičních arbitráží mezi státy a soukromými investory, kde *lex mercatoria* také nachází své uplatnění.¹⁴¹

¹³⁶ STŘELEČEK, Karel. Teoretické přístupy k problematice. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str.114

¹³⁷ ibidem

¹³⁸ Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic

¹³⁹ Saudi Arabia v. Aramco

¹⁴⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Procesní normy. In *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha: ASPI, 2008. str. 211 - 213

¹⁴¹ Ibidem, str. 58 - 59

3.2.2. Lex mercatoria jako hmotné právo v mezinárodní obchodní arbitráži

V této podkapitole bych rád rozebral čtyři základní aspekty aplikace lex mercatoria coby práva hmotného ve sporech řešených mezinárodními obchodními rozhodci, kdy těmito aspekty jsou teoretické přístupy k aplikaci lex mercatoria v mezinárodním rozhodčím řízení, jeho aplikace z pohledu mezinárodních úmluv a z pohledu pravidel mezinárodních rozhodčích institucí. V neposlední řadě bych rád uvedl několik rozhodčích nálezů, které se opírají o lex mercatoria. Nebudu v této práci komparovat lex mercatoria z pohledu vnitrostátních právních úprav, neboť tato komparační analýza by vydala na samostatnou diplomovou práci, proto jen odkazuji na příslušnou literaturu¹⁴². Rozbor doktrinárních názorů, souvislosti lex mercatoria s příslušnými mezinárodními úmluvami, pravidly mezinárodních rozhodčích institucí a zveřejněné nálezy opírající se o lex mercatoria ovšem k dokreslení pozice lex mercatoria v dnešním mezinárodním obchodě považuji za nezbytné.

3.2.2.1. Teoretické přístupy k aplikaci lex mercatoria v mezinárodní arbitráži

Krom výše uvedených přístupů teritoriálního a smluvního, jež mohou být aplikovány i v rámci otázek kolizních¹⁴³, a tedy hmotněprávních, lze na tomto místě zmínit i celkově čtyři teoretické přístupy týkající se již čistě lex mercatoria coby právních pravidel určujících práva a povinnosti stran ve sporu.

První možností je tzv. **subsidiární aplikace lex mercatoria**, kdy je transnacionální právo aplikováno na základě volby stran, jsou však nutně respektována kogentní pravidla rozhodného státního práva (např. v otázkách právní způsobilosti stran). Vzhledem k tomu, že obchodní závazkové vztahy bývají v naprosté většině upravovány dispozitivně, je tento přístup k aplikaci lex mercatoria pravděpodobně nejčastější.

Druhým přístupem, je situace kdy dochází k **přednostní aplikaci lex mercatoria před normami státního práva**. Tento případ je ovšem mezní, neboť naprosto opomíjí vnitrostátní právo a jak zmiňuje i doktor Střelec: „*Za referenční systém pro hodnocení nejen přednostní, ale obecně jakékoliv aplikace nestátních norem, je nezbytné považovat systém výše uvedený (tj. systém sestávající pouze z komunity obchodníků aktivních v mezinárodním prostoru a systém rozhodčích institucí, postrádající výkonný aparát a donucující autoritu), avšak*

¹⁴² STŘELEK, Karel. Lex mercatoria z pohledu normativních právních aktů vybraných států. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str. 122 a násl.

¹⁴³ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Sudiště a rozhodné právo. In *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha: ASPI, 2008. str. 209

doplňený navíc o soustavu obecných soudů reprezentující státní moc, která je i v dnešní době schopna zajistit nejširší ochranu oprávněných zájmů obchodníků.“¹⁴⁴ Přednostní aplikace lex mercatoria je tak jen těžce vyargumentovatelná.

Třetím přístupem je **rovnocenná aplikace lex mercatoria ve vztahu k národním právním řádům**, ať už je to na základě volby smluvních stran či rozhodnutím rozhodce, resp. rozhodčího tribunálu, kteří ovšem k takovému kroku musí být státním právem zmocněni. V těchto souvislostech se také někdy mluví o tzv. **negativní volbě práva**, tedy situaci, kdy si strany nezvolily žádné rozhodné právo pro svůj obchodní vztah, z čehož se dovozuje implicitní volba transnacionálního práva. Ve věci **Rakoil** rozhodčí tribunál dokonce uvedl, že poté, co nebylo mezi stranami dosaženo konsenzu ohledně rozhodného práva, bude třeba rozhodovat podle mezinárodně přijímaných principů smluvního práva, kdy taková praxe musela být stranám známa a podle tohoto panelu rozhodců tato neshoda o právu rozhodném nesporně vyjadřuje vůli stran podřídít se lex mercatoria. Takováto pozice je ovšem poněkud extrémní a nemá teoretické opodstatnění. Ve výsledku by totiž došlo k jakési skryté přednostní aplikaci transnacionálního práva, neboť bychom mohli teoreticky i dovodit, že by v takových případech byli rozhodci již předem vázáni aplikovat lex mercatoria, což je logicky nepřipustné. Negativní názor vůči implicitní volbě lex mercatoria nalezneme i v nálezu ICC č. 4650¹⁴⁵, ze kterého výslovně vyplývá, že v případě absence jakéhokoliv důkazu o skutečné dohodě či shodném úmyslu stran nelze dovodit, že si strany zvolily švýcarské hmotné právo či lex mercatoria.

Čtvrtým přístupem k aplikaci lex mercatoria je specifická situace **dodatečné volby práva**, kdy je buď rozhodce stranami v již započaté arbitráži zmocněn k aplikaci lex mercatoria anebo si strany v již započaté arbitráži také mohou konkrétní národní právo dodatečně zvolit a tím lex mercatoria z použití vyloučit¹⁴⁶.

Nutno také zmínit názory některých teoretiků, že dle lex mercatoria bývá rozhodováno v případech, kdy jsou rozhodci stranami zmocněny rozhodovat jako *amiable compositeur*, *ex aequo et bono* či *tronc commun*, odkázal bych zde ovšem na podkapitulu 3.6., ve které jsem tuto problematiku rozebral a došel k závěru, že tyto postupy nelze s rozhodováním podle lex mercatoria plně ztotožňovat.

¹⁴⁴ STŘELEK, Karel. Aplikace lex mercatoria jako souboru norem rovnocenného se státním právem. Vůle stran a „negative choice“. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str.119

¹⁴⁵ abstrakt nálezu dostupný na <<http://www.trans-lex.org/output.php?docid=204650>>

¹⁴⁶ STŘELEK, Karel. Aplikace lex mercatoria jako souboru norem rovnocenného se státním právem. Vůle stran a „negative choice“. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str.121

3.2.2.2. Úmluvy týkající se mezinárodní arbitráže a lex mercatoria

V této podkapitole bych rád rozebral lex mercatoria z pohledu tří základních úmluv týkajících se mezinárodní arbitráže, a to New Yorské úmluvy¹⁴⁷, Evropské úmluvy¹⁴⁸ a Washingtonské úmluvy¹⁴⁹.

Co se **New Yorské úmluvy** týče, musíme se pozastavit u jejího čl. V, který upravuje možnosti odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu. V ustanovení odstavce 1 písm. d) se dočteme, že uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu může být odepřen, pokud: „*složení rozhodčího soudu nebo rozhodčí řízení nebylo v souladu s ujednáním stran, nebo nebylo-li takového ujednání, že nebylo v souladu se zákony země, kde se rozhodčí řízení konalo.*“ Do popředí se zde tedy dostává princip autonomie vůle stran¹⁵⁰, který umožňuje stranám, aby si sjednaly jak procesní, tak hmotné právo, ať už pro spory do budoucna či až po jejich vzniku. Často se přímo používají soubory pravidel proslulých rozhodčích institucí, o nichž bude pojednáno dále. Využití lex mercatoria tak zde zcela jistě důvod pro odepření uznání a výkonu cizího rozhodčího nálezu nezakládá.

Dále nelze nezmínit ustanovení čl. V odst. 1 písm. e), podle kterého může být odepřeno uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu, pokud se „*nález dosud nestal pro strany závazným nebo byl zrušen nebo že jeho výkon byl odložen příslušným orgánem země, v níž nebo podle jejíhož právního řádu byl vydán*“. Toto ustanovení je pravděpodobně nejkontroverznější, neboť v největší míře odporuje potřebám mezinárodních obchodníků. Odepření uznání a výkonu zde totiž může způsobit rozpor s kogentními normami fora, přičemž je nutné si uvědomit, že si mezinárodní obchodníci volí místo konání arbitráže zejména z důvodu rovnosti a neutrality takového státu, nikoliv z toho důvodu, že by se toužili podřítit konkrétním kogentním, resp. imperativním normám. Pokud by tedy nebyl z důvodů zmíněných v tomto ustanovení rozhodčí nález uznán a vykonán, byla by tím naprosto pošlapána svobodná vůle stran¹⁵¹. Ovšem na rozdíl od zbylého textu New Yorské úmluvy je

¹⁴⁷ opakovaně pro přehlednost, Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů ze dne 10. června 1958, u nás publikována vyhláškou č. 74/1959 Sb.

¹⁴⁸ Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži ze dne 21. dubna 1961, u nás publikována vyhláškou 176/1964 Sb.

¹⁴⁹ Úmluva o urovnání investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států, u nás publikována Sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.

¹⁵⁰ blíže viz. MYŠÁKOVÁ, Petra. Autonomie vůle v mezinárodní arbitráži. *Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 4, s. 41-47

¹⁵¹ STŘELEČEK, Karel. Lex mercatoria z pohledu mezinárodních úmluv. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str. 132

celý čl. V dispozitivní, uznání a výkon totiž odepřeny být mohou a nemusí, proto to vždy bude konkrétní orgán státu uznávajícího a vykonávajícího, který zohlední nestandardní imperativní normy dané právního řádu a následně rozhodne o (ne)uznání, resp. (ne)vykonání cizího rozhodčího nálezu¹⁵². Dále čl. VII New Yorské úmluvy stanoví, že: „*Ustanovení této Úmluvy (...) ani nemohou zbavit žádnou zúčastněnou stranu případného práva použití rozhodčího nálezu způsobem a v rozsahu stanoveném zákonodárstvím nebo smlouvami země, v níž je nález uplatňován.*“, kdy aplikace tohoto kogentního článku i spolu s výše zmíněnými argumenty umožňuje nezohlednit dispozitivní článek V odst. 1 písm. e), jak bylo judikováno např. ve věci **Chromalloy Aeroservices v. Egyptian Arab Republic**¹⁵³, v níž bylo rozhodčím nálezem rozhodnuto proti státu Egypt, který ovšem u vlastního soudu docílil zrušení rozhodčího nálezu pro rozpor s egyptským zákonem o rozhodčím řízení. Tento zrušený nález byl ovšem přeci jen vykonán díky rozhodnutí District Court of the District of Columbia, který neshledal žádný rozpor s americkým právem a poskytl tak společnosti Chromalloy Services ochranu. Dalším argumentem pro možnost nezohlednění čl. V odst. 1 písm. e) New Yorské úmluvy je i čl. IX odst. 2 Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži, který výslovně stanoví, že čl. V odst. 1 písm. e) New Yorské úmluvy se ve vztazích mezi evropskými státy, které přijaly i New Yorskou úmluvu, použije ke zrušení rozhodčího nálezu, jen pokud ke zrušení dojde na základě důvodů uvedených v odstavci 1, jež korespondují s důvody uvedenými v čl. V odst. 1 písm. a) – d). Článek V odst. 1 písm. e) tedy již v dnešní praxi uznávání a výkonu cizích rozhodčích nálezu nemá své místo¹⁵⁴ a nemůže vést k odepírání uznání a výkonu nálezů vystavených na transnacionálním právu mezinárodního obchodu.

Ustanovení čl. V odst. 2 písm. b) dále upozorňuje na možnost odepření uznání a výkonu pro rozpor s veřejným pořádkem země uznání a výkonu. Jak jsem již popisoval výše, ani zde bychom v případě použití *lex mercatoria* důvod pro odepření nenašli. Teoretickou možností využití tohoto ustanovení by snad mohla být např. situace, kdy by samotný výkon nálezu byl v rozporu s veřejným pořádkem dané země, protože by na jeho základě bylo nařizováno dodat zboží do země, na kterou Rada bezpečnosti OSN uvalila embargo podle čl. 41 Charty OSN¹⁵⁵. Nutno si totiž uvědomit, že v rozporu s veřejným pořádkem země může být nejen samotný nález, ale i jeho uznání a výkon. Výše uvedená situace se však nedá vztáhnout čistě na nálezy,

¹⁵² ibidem

¹⁵³ znění dostupné např. na <<http://www.rkw-raebgh.de/downloads/chromalloycourdappel.pdf>>

¹⁵⁴ STŘELEČ, Karel. *Lex mercatoria z pohledu mezinárodních úmluv*. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str. 133 - 134

¹⁵⁵ ibidem, str. 131 - 132

v nichž bylo rozhodnuto podle lex mercatoria, ale může to být i národní právní řád jiné země, než země uznání a výkonu.

Evropská úmluva, která upravuje širší materii než New Yorská úmluva, protože upravuje i samotný průběh rozhodčího řízení, včetně otázek rozhodného práva a obsahuje kromě již zmíněného čl. IX, pro nás velmi důležité ustanovení čl. VII, které říká, že: „*Strany mají na vůli určit právo, kterého mají rozhodci použít pro rozhodování ve věci samé. Neoznačí-li strany použitelné právo, rozhodci použijí práva určeného podle kolisního pravidla, které budou považovat za přiměřené v daném případě. V obou případech budou rozhodci přihlížet k ustanovením smlouvy a k obchodním zvyklostem.*“, kdy bývá doktrínou dovozováno, že transnacionální právo by tak mohlo být aplikováno jen na základě rozhodnutí arbitrářů v případě neuciněné volby práva, neboť v souladu s historickým a systematickým výkladem zde termín „právo“ směřuje k právním řádům *stricto sensu*¹⁵⁶. Dle mého osobního názoru se ovšem v dnešní realitě mezinárodních obchodních transakcí a s nimi souvisejících arbitráží tento výklad dá již považovat za překonaný, neboť za skoro 50 let od podpisu této úmluvy došlo ve vztahu k nestátním prostředkům regulace mezinárodního obchodu k velkému posunu, který v evropském prostoru ztělesňuje např. činnost Landovy komise či již mnohokrát zmíněné nařízení Řím I, které jsou k lex mercatoria dnes již mnohem přívětivější, a protože dle mého názoru je lex mercatoria právem (viz. podkapitola 3.1.), dá se již v realitě roku 2010 pod toto ustanovení Evropské úmluvy podřadit.

Poslední úmluvou, kterou bych v této části chtěl zmínit, je již výše letmo zmíněná Washingtonská úmluva ICSID. Nutno jen obecně zmínit, že investiční arbitráže upravené touto úmluvou jsou slovy doktora Balaše „*někde na půli cesty mezi mezistátními spory řešenými arbitráží a mezinárodní obchodní arbitráží*“¹⁵⁷ a svojí povahou jsou zde tedy řešeny tzv. diagonální vztahy mezi státy a soukromou společností¹⁵⁸. První věta článku 42 odst. 1 této úmluvy výslovně stanoví: „*Soud rozhodne spor v souladu s takovými právními pravidly, na nichž se strany dohodnou.*“ Pojem „právní pravidla“ je zde nepochybně nahrávkou na smech zastáncům lex mercatoria, protože tento termín zakomponovaný do Washingtonské úmluvy vychází z normotvorné činnosti států, které ve svých vnitrostátních zákonech používají pro nestátní prostředky úpravy právě pojem právní pravidla¹⁵⁹ a výklad tohoto pojmu by tedy měl

¹⁵⁶ ibidem, str. 134

¹⁵⁷ BALAŠ, Vladimír. Spor není rozhodnut, dokud není rozhodnut správně? In *Pocita Antonínu Kandovi*. VOSTRÁ, Lenka (ed.). Plzeň: Aleš Čeněk, 2005. str. 200

¹⁵⁸ DAVID, Vladislav. Vícestátné mezinárodněprávní úkony. In *Mezinárodní právo veřejné s kasuistikou*. DAVID, Vladislav, SLADKÝ, Pavel, ZBOŘIL, František. Praha: Leges, 2008, str. 91

¹⁵⁹ např. Německo – čl. 1051 zákona o rozhodčím řízení; Nizozemí – čl. 1054 občanského soudního řádu; Belgie – čl. 1700 soudního řádu, Francie – čl. 1496 nového civilního soudního řádu atd.

být identický i v rámci Washingtonské úmluvy. V investičních vztazích si tedy strany mohou zvolit lex mercatoria coby právo rozhodné pro jejich spolupráci a případné spory.

3.2.2.3. Lex mercatoria v pravidlech rozhodčích institucí

V této části bych rád rozebral rozhodčí pravidla institucí jako je UNCITRAL, International Chamber of Commerce (ICC), Stockholm Chamber of Commerce (SCC), JAMS, Netherlands Arbitration Institute (NAI), Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA), International Arbitral Centre of Austrian Federal Economic Chamber (VIAC), Swiss Chambers' Court of Arbitration and Mediation (SCCAM) a také český Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky (RS při HK a AK ČR). Vzhledem k podobnostem, jež tato rozhodčí pravidla vykazují, se omezím na systematičtější a zobecňující výklad, neboť vyčerpávající informace jsou k nalezení v komentářích k jednotlivým výše zmíněným pravidlům.

Začněme u rozhodčích pravidel, které mají v dnešní mezinárodní obchodní (i investiční) arbitráži pravděpodobně nejvěhlasnější jméno, tedy rozhodčími pravidly UNCITRALu¹⁶⁰. Jejich čl. 33 odst. 1 stanoví, že coby rozhodné hmotné právo bude rozhodčí tribunál aplikovat právo zvolené stranami a v případě nečiněné volby bude postupovat v souladu s metodou kolizní a dojde tedy k určení rozhodného práva. Vzhledem k tomu, že tato pravidla byla vytvořena v roce 1976, opět bychom na základě historického výkladu měli dovozovat, že se termínem „právo“ myslí národní právní řád (*stricto sensu*). Nicméně, obdobně jako u Evropské úmluvy o mezinárodní arbitráži zde v dnešní době již můžeme dovodit aplikovatelnost lex mercatoria, neboť i ze systematického pohledu již sám UNCITRAL ve Vzorovém zákoně o mezinárodní obchodní arbitráži¹⁶¹ používá termín „právní pravidla“ a naznačuje tak pozitivní názorový posun směrem k nestátním prostředkům právní úpravy.

Rozhodčí pravidla ICC v čl. 15 odst. 1 stanoví: „*Řízení před rozhodčím senátem se řídí těmito Pravidly. V případech, které Pravidla neupravují, se rozhodčí řízení řídí jakýmikoli pravidly stanovenými zúčastněnými stranami, nebo pokud tak strany neučiní, rozhodčím senátem, a to bez ohledu na to, zda se toto rozhodnutí odvolává na jednací řád určitého národního zákona, který se vztahuje na rozhodčí řízení.*“ Co do procedurální úpravy jsou tedy na prvním místě samotná pravidla ICC, která ovšem předvídají svou mezerovitost a právě zde se otvírá pro strany sporu a rozhodce možnost dojít až k aplikaci transnacionálních norem. Co

¹⁶⁰ dostupné na <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>

¹⁶¹ dostupný na <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>

se týče rozhodného hmotného práva, v čl. 17 odst. 1 se stanoví: „*Strany se mohou dohodnout, které rozhodné právo rozhodčí senát uplatní při řešení podstaty sporu. V případě, že se strany nedohodnou, použije rozhodčí senát rozhodné právo, které uzná za vhodné.*“, podle odstavce 2 při tom ovšem musí vždy být zohledněna ustanovení smlouvy a příslušné obchodní zvyklosti. Krom samotných stran zde tedy mají velmi silné postavení i samotní rozhodci, kteří mohou při absenci volby práva rozhodnout o aplikaci *lex mercatoria*, nesmí tak však činit nijak unáhleně a nemohou jít naprosto protichůdně s vůlí stran¹⁶². *Lex mercatoria* se zde často aplikuje, což doložím v další podkapitole několika rozhodčími nálezy. ICC je totiž jedna z mála institucí, která pravidelně své nálezy zveřejňuje a tyto jsou tak díky mnoha zdrojům dostupné.

Velmi podobně jako v případě pravidel ICC je situace řešena v případě pravidel SCC¹⁶³, která upřednostňují volbu stran a v případě její absence dávají pravomoc určit rozhodné právo arbitrům. Pravidla SCC jsou ovšem poněkud exaktnější, protože v čl. 22 odst. 1 výslovně rozlišují „právo“ a „právní pravidla“. Vylučují tedy jakékoliv spory ohledně výkladu, které se vyskytují u výše zmíněných pravidel UNCITRAL a nade vší pochybnost poskytují možnost aplikovat i *lex mercatoria*.

Pravidla JAMS¹⁶⁴ v čl. 18 mluví jak v hmotněprávních, tak procesních otázkách o „právních pravidlech“ zvolených stranami. V případě nezvolení rozhodného práva ohledně merita sporu je opět dána pravomoc rozhodců rozhodnout o aplikovatelném právu, ve věcech procesních se již ovšem v takovém případě postupuje podle samotných pravidel JAMS a *lex loci arbitri*. Volba procesních norem je poté také lehce omezena, dohoda o procesním postupu musí být totiž vynutitelná i podle práva místa arbitráže. Každopádně opět nemůžeme uzavřít, že by tyto pravidla bránila aplikaci hmotněprávního či procesního *lex mercatoria*, ba naopak.

Bezproblémovou aplikaci *lex mercatoria* umožňují i pravidla NAI¹⁶⁵, které v čl. 46 obsahují úpravu prakticky identickou s úpravou v pravidlech ICC. Stejnou úpravu nalezneme i v čl. 34 pravidel ACICA¹⁶⁶. Vídeňská pravidla VIAC¹⁶⁷ v čl. 24 také v podstatě stanoví stejnou konstrukci jako ICC, NAI či ACICA, kdy používá termínu „právní pravidla“ zvolená stranami. Detailněji už ovšem upravuje, že volbou konkrétního právního řádu *stricto sensu* se rozumí čistě hmotné právo a nikoliv právo kolizní, aby se zamezilo zpětným a dalším

¹⁶² STŘELEČEK, Karel. *Lex mercatoria z pohledu pravidel vybraných rozhodčích institucí*. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str. 137

¹⁶³ dostupné na <http://www.sccinstitute.com/filearchive/2/21686/2007_arbitration_rules_eng.pdf>

¹⁶⁴ dostupné na <<http://www.jamsadr.com/international-arbitration-rules/>>

¹⁶⁵ tato pravidla jsou k objednání na webových stránkách <<http://www.nai-nl.org/en/>>

¹⁶⁶ dostupné na <http://www.acica.org.au/arbitration_rules.html>

¹⁶⁷ pravidla jsou ke stažení dostupné na

<http://portal.wko.at/wk/dok_detail_file.wk?AngID=1&DocID=1117758&ConID=409068>

odkazům. Opět je zde v případě absence daná pravomoc rozhodce určit rozhodné právo. Můžeme tedy shrnout, že všechna tato pravidla jsou aplikaci lex mercatoria pozitivně nakloněna.

Trošku odlišně je ovšem rozhodné právo upraveno v čl. 33 pravidel SCCAM¹⁶⁸, v jejichž českém překladu se stanoví: „*Rozhodčí senát rozhodne případ v souladu s předpisy právního řádu, na kterém se strany dohodly. Pokud žádnou volbu práva neprovedly, použijí rozhodci předpisy toho právní řádu, se kterým spor nejúžeji souvisí.*“¹⁶⁹ Z tohoto překladu bychom mohli těžce dovozovat, zda je termínem „právní řád“ myšlen právní řád *stricto sensu* či *sensu lato* (viz. podkapitola 3.1.). Jsem toho názoru, že je tento překlad nepřesný, protože v originální anglické verzi už se mluví o „právních pravidlech“ a lze tedy dovodit, že jde v českém překladu o právní řád *sensu lato*, umožňující aplikaci lex mercatoria. Zajímavý je i sekundární „*closest-connection test*“, v jehož rámci by opět rozhodce (resp. rozhodčí senát) mohl dojít k aplikaci lex mercatoria, pokud by dospěl k názoru, že transnacionální obchodní právo je s daným kontraktem spojeno nejbližší.

Řád RS při HK a AK ČR¹⁷⁰ je v porovnání s uvedenými zahraničními pravidly poněkud nezvyklý. V jeho § 8 se totiž stanoví, že: „*Rozhodčí soud řeší spory podle norem použitelného hmotného práva a v jeho rámci se řídí smlouvou uzavřenou mezi stranami s přihlédnutím k obchodním zvyklostem.*“ Neobjevuje se zde tedy klasická dvojstupňová konstrukce určení rozhodného práva, kdy primárním je právo zvolené stranami ve smlouvě a sekundárním právo určené rozhodci. Každopádně termín „použitelné právo“ dle mého názoru nevylučuje, aby jako hraniční určovatel byla využita volba práva stranami, v jejímž rámci může být zvoleno lex mercatoria. V návaznosti na druhou část tohoto ustanovení by tedy lex mercatoria mohlo být rámcem, v němž by rozhodci zohledňovali text smlouvy jako projev svobodné autonomie vůle stran a obchodní zvyklosti, což jsou samy o sobě výstavbové prvky lex mercatoria. I toto na první pohled nezvyklé ustanovení Řádu RS při HK a AK tak aplikaci transnacionálního práva mezinárodního obchodu umožňuje.

Mohli bychom tedy uzavřít, že transnacionální právo mezinárodního obchodu je coby soubor právních pravidel či právní řád *sensu lato* v pravidlech nejvýznamnějších rozhodčích institucí předvídáno a v mnoha arbitrážích také prakticky aplikováno. Současná mezinárodní obchodní arbitráž se od někdejší skepse (historický výklad pravidel UNCITRAL) vyvinula

¹⁶⁸ anglický text je dostupný na <https://www.sccam.org/sa/download/SRIA_english.pdf?>

¹⁶⁹ tento český překlad pravidel SCCAM je dostupný na <https://www.sccam.org/sa/download/SRIA_czech.pdf?>

¹⁷⁰ dostupný na <http://www.arbcourt.cz/index.php?url=rady/cz_rad_mez_od_20070201_uz.htm>

v dnešní pozici akceptace a praktické aplikace lex mercatoria coby rovnocennou alternativu ke státnímu právu (jak je vidno z diferenciacie činěné např. pravidly SCC).

3.2.2.4. Lex mercatoria ve světle rozhodčích nálezů

V této části bych rád zmínil několik základních rozhodčích nálezů vydaných zejména u ICC, která je jednou z rozhodčích institucí, jež publikuje informace o skutkovém stavu arbitráží a právních větech, ke kterým rozhodci této rozhodčí instituce došli¹⁷¹.

Jak je zřejmé už z předchozího textu, rozhodčí instituce jsou vůči lex mercatoria stále příznivěji naladěny a lex mercatoria si nachází svou cestou před mezinárodní obchodní rozhodce buď skrze jeho volbu stranami a v případě, že strany žádnou volbu práva neučiní, tak skrze jeho určení samotnými rozhodci¹⁷². Jak píše doktor Střelec, i díky následujícím rozhodčím nálezům zjistíme, že „*lex mercatoria je živým souborem norem, který je schopen normativně působit a dopadat na konkrétní právní spory. Ukážeme tedy, že se nejedná pouze o akademický problém, který by neměl základ v existující právní realitě.*“¹⁷³

Nález ICC č. 5926 byl vydán v roce 1989 a je jedním z nálezů, ve kterém byla připuštěna možnost stran podřídit smluvně svůj vztah „obecným zásadám práva mezinárodního obchodu.“ Ve svém rozhodnutí se navíc rozhodci silně postavili za princip autonomie vůle stran, krom toho podle tohoto rozhodnutí k aplikaci transnacionálního práva vedly i okolnosti daného sporu, neboť celý vztah se dotýkal několika národních právních řádů. Pro shrnutí tedy lze uvést, že v tomto nálezu bylo rozhodnuto, že při volbě práva nemusí strany sahat jen po právních řádech *stricto sensu*, ale mohou využít i nestátní prostředky právní úpravy, tj. lex mercatoria¹⁷⁴.

Obsahově podobný je i **nález ICC č. 7032**, na kterém se usnesl v roce 1993 rozhodčí senát v Ženevě. Rozhodci zde ovšem šli ještě dále a došli k závěru, že v rámci své svobodné autonomní vůle nejsou strany při volbě rozhodného práva omezeny žádným ustanovením. Požadavek, aby si strany volily vždy právo určitého existujícího státu je ani ne tak požadavkem vnitrostátních zákonů, jako spíše požadavkem právní teorie, kterou vnitrostátní zákony mnoha zemí již dávno překonaly. Tyto právně-teoretické podmínky jsou podle tohoto rozhodnutí naprosto nevhodné pro potřeby současného mezinárodního obchodu, nelze tedy

¹⁷¹ obdobně publikuje svá rozhodnutí i ICSID, viz. <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>>

¹⁷² srov. podkapitola 4. 2. 2. 1.

¹⁷³ STŘELEČEK, Karel. Všeobecný přehled rozhodčích nálezů založených na nestátním právu. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str. 139 - 140

¹⁷⁴ ibidem, str. 140

strany nutit, aby se jim podřizovaly, ba naopak, vůli stran vedoucí k odchýlení od těchto podmínek by rozhodčí tribunál měl vždy respektovat, a proto by měl aplikovat právní pravidla stranami zvolená, tj. i *lex mercatoria*¹⁷⁵. *Lex mercatoria* může být zvoleno či určeno i v rámci tzv. dodatečné volby práva, jak bylo uvedeno v **rozhodnutí ICC č. 7695**. V **nálezu ICC č. 8365** z roku 1996 dokonce rozhodci aplikovali *lex mercatoria*, ač bylo v doložce jako rozhodné právo označeno „právo mezinárodní“¹⁷⁶.

Dva následující nálezy se týkají možnosti určení rozhodného práva sekundárně na základě rozhodnutí rozhodců, aniž by bylo jakékoliv právo zvoleno ve smlouvě. Prvním z nich je **nález ICC č. 9246**, kdy ve sporu byly subjekty z Egypta a Rakouska. Zástupce egyptského obchodníka navrhoval aplikaci egyptského práva, protože smlouva o výlučném obchodním zastoupení byla uzavřena v Egyptě, byla tam částečně plněna a i jedna ze sporných stran je z Egypta, a proto má tato smlouva k egyptskému právu nejbliže. Zástupce rakouské strany toto nerozporoval, ani nic jiného nenavrhoval. Rozhodci se ovšem s názorem zástupce egyptského obchodníka neztotožnili a došli k tomu, že nevhodnějším právem je *lex mercatoria*. Druhým nálezem je **rozhodnutí ICC č. 5953**¹⁷⁷, kdy ve sporu byl americký obchodník se španělským obchodníkem. Opětovně rozhodci na základě ustanovení čl. 17 odst. 1 věty druhé pravidel ICC dovodili, že vhodným rozhodným právem je *lex mercatoria*¹⁷⁸.

Nyní si uvedme několik nálezů týkajících se použití Principů UNIDROIT coby jednoho z nejužívanějších projevů *lex mercatoria*. Důležitým je v tomto směru spor zakončený vydáním **nálezu ICC č. 10114**¹⁷⁹, ve kterém byla žalovanou stranou Česká republika a žalobcem Čína, kdy smlouva byla mezi stranami sporu podřízena čínskému právu a „mezinárodní praxi, zejména principům UNIDROIT“. Rozhodčí tribunál poté určil, že rozhodným právem je právo čínské a mezinárodní praxe včetně Principů UNIDROIT a dovodil tak, že Principy UNIDROIT jsou projevem *lex mercatoria* a zároveň jednou z možností, které mají smluvní strany díky principu autonomie vůle. Principy UNIDROIT navíc v tomto případě hráli i roli tzv. „gap-filleru“, byly totiž díky nim vyplňovány mezery čínskému právu. Rozhodci tedy uznali vhodnost volby státního práva doplněného o nestátní prostředky právní úpravy. Ve stejném směru bylo postupováno i ve sporu zakončeném

¹⁷⁵ ibidem, str. 140 - 141

¹⁷⁶ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Exkurz do rozhodování dle *lex mercatoria*. In *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006. str. 212, abstrakt dostupný na <<http://www.trans-lex.org/output.php?docid=208365>>

¹⁷⁷ abstrakt dostupný na <<http://www.trans-lex.org/output.php?docid=208365>>

¹⁷⁸ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Exkurz do rozhodování dle *lex mercatoria*. In *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006. str. 212

¹⁷⁹ rozhodnutí dostupné na <<http://www.iccdri.com/>>

vydáním **nálezu ICC č. 5314**, kde rozhodci jako rozhodné právo aplikovali právo státu Massachussets, doplněné v nutných případech o *lex mercatoria*¹⁸⁰. K možnosti použití Principů UNIDROIT coby výrazu *lex mercatoria* se vyjádřil rozhodčí tribunál i v **rozhodnutí ICC č. 8331**¹⁸¹, kdy byla v doložce tribunálu dána diskrece o vhodnosti použití Principů UNIDROIT, tribunál jich měl využít kdykoliv to sám považoval „nezbytné“ a „vhodné“. Krásným příkladem rozhodnutí, ve kterém tribunál označil Principy UNIDROIT za „ztělesnění“ *lex mercatoria* je **nález ICC č. 9875** z roku 1999. Ve sporu zde byl francouzský a japonský subjekt, kteří coby rozhodné právo prosazovali každý své národní právo, a proto tribunál rozhodl v souladu s čl. 17 pravidel ICC, že nejvhodnějším právem je *lex mercatoria* a za jeden z jeho hlavních pramenů přímo označil Principy UNIDROIT. Tato „kodifikace“ tak dokazuje nejen existenci *lex mercatoria*, ale vylučuje i pochybnosti o jeho obsahu, Principy UNIDROIT jsou totiž ze všech zdrojů *lex mercatoria* nejčastěji aplikovány v rozhodčích nálezech mezinárodních obchodních rozhodců¹⁸².

Z důvodů objektivit si uveďme i **rozhodnutí ICC č. 9419**, které se pro změnu k použití Principů UNIDROIT jako zdroje *lex mercatoria* staví negativně. V tomto rozhodnutí se uvádí, že *lex mercatoria* není normativním souborem, který by mohl být aplikován na základě kolizní metody, a i proto může být teoreticky aplikováno jen v té míře, v jaké to rozhodné hmotné právo svými dispozitivními normami připouští. Pokud bychom tedy nepřiznávali *lex mercatoria* povahu objektivního práva, mluví se z jednoho pohledu o tzv. vertikálním vztahu mezi právem státním a nestátním s vyšší právní silou práva státního. Někteří autoři ovšem mluví o horizontálním vztahu těchto systémů, tedy koncepci dualistické, kdy je v rámci státního mechanismu opět třeba, aby státní právo aplikaci normativního obsahu nestátních norem připustilo např. i konstantní příznivou judikaturou obecných soudů vůči *lex mercatoria*¹⁸³.

Rozhodci ovšem nemohou aplikovat ve svých rozhodnutích *lex mercatoria* bez dalšího. Nutně musí v každém jednotlivém případě zkoumat příslušnou normu *lex mercatoria* a kvalifikovaně zjistit, zda je tato její součástí a jaký je její obsah. V tomto duchu se vyslovuje např. **rozhodnutí ICSID č. ARB/00/7 ve věci World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya**¹⁸⁴. Prostor pro toto kvalifikované zkoumání mají rozhodci samozřejmě zejména

¹⁸⁰ ROZEHNALOVÁ, Naděžda. Exkurz do rozhodování dle *lex mercatoria*. In *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: ASPI, 2006. str. 213

¹⁸¹ dostupné na <<http://www.trans-lex.org/output.php?docid=208331>>

¹⁸² STŘELEČEK, Karel. Všeobecný přehled rozhodčích nálezů založených na nestátním právu. In *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. str. 148

¹⁸³ ibidem str. 149 - 151

¹⁸⁴ dostupné na <<http://www.trans-lex.org/output.php?docid=241400>>

v odůvodnění svých nálezů, ze kterých mnozí rozhodci odvozují svou reputaci, která je důležitá pro jejich další jmenování do pozice rozhodce v dalších arbitrážích, a proto se nemohou mezinárodní obchodní rozhodci omezit na tvrzení, že aplikované pravidlo je součástí *lex mercatoria*, ale musí jej dovést z příslušného pramene, tedy např. Principů UNIDROIT, Principů evropského smluvního práva a samozřejmě také příslušných rozhodčích nálezů.

Rozhodčí nálezy jsou jedním z pilířů *lex mercatoria* a je třeba k nim z toho pohledu i přistupovat. Díky nim se jednotlivá pravidla *lex mercatoria* dostala a dále dostávají do podvědomí mezinárodních obchodníků a díky nim se také jednotlivá pravidla *lex mercatoria* stala středem pozornosti mezinárodních právníků, kteří *lex mercatoria* využívají v rámci své argumentace jak v praxi, tak v oblasti mezinárodněprávní teorie. V této části jsem uvedl jen několik skutečně základních nálezů, které pomáhají pochopit základní ideje *lex mercatoria* a jeho aplikace v praxi, samozřejmě je těchto nálezů o tisíce více. K jejich dohledání a studiu doporučuji příslušné elektronické databáze a periodicky vycházející literaturu¹⁸⁵.

¹⁸⁵ např. Kluwer Journal of International Arbitration dostupný zde <<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=JOIA>> či Collection of ICC Arbitral Awards vycházející v nakladatelství Kluwer a mnohé další

Závěr

Cílem této diplomové práce byla obrana doktríny *lex mercatoria* a snaha o vyličení její důležitosti a opodstatněnosti v mezinárodním obchodě. Dnešní globalizovaný svět totiž potřebuje prostředky, které mezinárodní obchod ulehčují a umožňují jeho progresivní vývoj, kdy *lex mercatoria* podle mého názoru právě jedním z takových prostředků nepochybně je. Jde o jeden z mezníků postupné harmonizace práva mezinárodního obchodu, která dost možná směřuje až k úplné globalizované unifikaci mezinárodních obchodních vztahů.

Lex mercatoria je také spojeno s jiným aspektem dnešní doby, kterým je neustálý boj mezi formálním a materiálním nahlížením na právo jako takové. Mezinárodní právo soukromé, resp. právo mezinárodního obchodu a jeho metodologie podle mého názoru trpí právě svojí vysokou mírou formalizovanosti, která jej brzdí ve vývoji a způsobuje tak jeho neadekvátnost vůči potřebám mezinárodních obchodníků. Samotní profesionální právníci mají v dnešní době často problém determinovat rozhodný právní řád a není těžké v této oblasti udělat chybu s dalekosáhlými účinky. Krom výše uvedených zpětných a dalších odkazů či povahy anglického práva lze na tomto místě zmínit i otázku kvalifikačního problému a mnohé další problematické aspekty. Mezinárodní právo soukromé se bohužel čím dál tím více stává nepřehledným právním odvětvím. Před tím, než se mezinárodní obchodník nebo jeho právní zástupce dobere ke skutečné materii daného sporu, musí totiž skutečně projít přes několik formálních překážek, z nichž mnohé souvisí i s právem EU a mezinárodním právem veřejným a jejichž rozřešení často vyžaduje velmi vysokou míru odborné erudice a zkušenosti. Nabízí se ovšem parafráze klasického Churchillova citátu o tom, že bohužel zatím nikdo nic lepšího nevymyslel.

Lex mercatoria je v tomto ohledu podle mého názoru alespoň částečným východiskem. V realitě zmíněné nepřehlednosti a spletitosti právní úpravy mezinárodních obchodních vztahů by to měly být právě obchodní zvyklosti, obecné principy a obyčeje spolu s dalšími pilíři *lex mercatoria*, ke kterým se lze uchýlit a spoléhat na ně. Právo navíc nemůže pamatovat na všechny možné životní situace a *lex mercatoria* zde může jak vyplňovat vzniklé mezery, tak může sloužit jako důležité interpretační vodítko. *Lex mercatoria* totiž ve výše zmíněném boji mezi formou a materií představuje právě onen materiální rozměr mezinárodních obchodních vztahů a jakékoli pravidlo či ustanovení aplikované v daném sporu by mělo být vykládáno přiměřeně smyslu a povaze takových vztahů a zásadám, resp. zvyklostem, jež je ovládají.

V této diplomové práci jsem se také zabýval další, podle mého zásadní otázkou, a to zda je to nadále stát (resp. státy), kdo může být chápán jako jediný normotvůrce v dnešním světě, zejména ve sféře mezinárodního obchodu. Jde sice spíše o otázku právně filozofickou, přesto bych na tomto místě rád znovu upozornil na výše uvedenou sociologickou teorii práva spolu s tvrzením o tom, že právo a jeho normy tu byly před státy, o čemž sáhodlouze psal již Grotius a mnozí další právní filozofové a teoretici. Státy navíc beze sporu normy lex mercatoria uznávají, aprobují a vynucují, což je jedním z důvodů mého tvrzení, že lex mercatoria je právem.

Mezinárodní obchodní vztahy čeká jistě vývoj, který bude muset reagovat na ekonomický pokrok, technologický vývoj a obecně na rozvoj lidské civilizace jako takové. Domnívám, že lex mercatoria aplikované v mezinárodní obchodní arbitráži do budoucna umožní mezinárodním obchodníkům, kteří sami jsou vlivnými hybateli uvedeného vývoje, aby se chovali v rámci svých obchodních vztahů s větší jistotou a aby se tyto jejich vztahy zpřehlednily i díky všem uvedeným a rozebraným pilířům lex mercatoria. Domnívám se, že instrumenty jako je Vídeňská úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží, Principy UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva či databáze Trans – Lex odbourávají argumenty o neurčitelnosti obsahu lex mercatoria. Jejich aplikace či volba v obchodní smlouvě a následné využití ve sporu řešeného pomocí mezinárodní obchodní arbitráže, napomáhají tomu, aby mezinárodní obchodní vztahy byly skutečně upraveny normami mezinárodní povahy a nikoliv normami povahy vnitrostátní, které se k řešení sporů vznikajících v mezinárodním obchodě mnohdy nehodí. Takováto struktura právní úpravy mezinárodních obchodních vztahů je totiž krom jiného praktická a vychází ze zkušeností mezinárodních obchodníků. Proto bych rád tuto diplomovou práci zakončil stejnými slovy, se kterými jsem ji začal, a to slovy O. W. Holmese: „*Život práva nevyhází z logiky; vychází ze zkušeností.*“

Shrnutí

Tato diplomová práce je věnována doposud kontroverzně vnímané otázce teorie *lex mercatoria*, jinými slovy také transnacionálnímu obchodnímu právu, tedy souboru právních pravidel, zvyklostí a právních principů všeobecně uznávaných v mezinárodním obchodě, jejichž užití je do značné míry spojeno s využíváním mezinárodní obchodní arbitráže jako způsobu řešení sporů v této oblasti.

V první kapitole je rozebrána dlouhá historie vývoje doktríny *lex mercatoria*, jejíž prvopočátky sahají až zhruba do 11. století našeho letopočtu, protože doktrína *lex mercatoria* se začala odvozovat již od tzv. *ius gentium*. Obrovský rozvoj celá koncepce poté zaznamenává zhruba od 60. let 20. století. Dále jsou v této kapitole rozebrány základní přístupy k doktríně *lex mercatoria* a obsah pojmu *lex mercatoria* samotného. V dnešní době považuji v tomto ohledu za nejvýznamnější práci profesora Klause Petera Bergera a jeho tzv. kontinuální kodifikaci *lex mercatoria*.

Druhá kapitola obsahuje rozbor celkově sedmi oblastí, v jejichž rámci lze v české a zahraniční literatuře objevit nejkontroverznější názory. Obzvláště spor o to, zda *lex mercatoria* vůbec existuje a pokud ano, tak zda jde o normy právní kvality, které nenarušují právní jistotu mezinárodních obchodníků, vyvolává největší rozbroje mezi samotnými obchodníky, ale také mezi mezinárodními právníky.

Ve třetí kapitole je podrobně rozebrán vztah *lex mercatoria* k jednomu z jeho pilířů, totiž mezinárodní obchodní arbitráži. Právě tato neustále se rozvíjející varianta řešení mezinárodních obchodních sporů zajišťuje vynucování pravidel transnacionálního obchodního práva a zároveň se rozhodnutí mezinárodních obchodních rozhodců podílí na dotváření obsahu jednotlivých pravidel *lex mercatoria*.

Celá práce je zakončena závěrem shrnujícím jak praktický, tak právně teoretický a filozofický pohled autora na celou problematiku a také úplným bibliografickým seznamem použitých zdrojů.

Summary

This diploma thesis is concerned with still a controversial topic of the *lex mercatoria* doctrine, in other words the transnational business law, i.e. a body of legal rules, usages and legal principles which are widely recognized in the international business and their use is interconnected with an application in international commercial arbitration as a way of a dispute resolution in this area.

In the first chapter, long history of the *lex mercatoria* is analyzed from its roots which date back to the 11th century AD because the doctrine of the *lex mercatoria* was derived from the so-called *ius gentium*. Since the 60's of the 20th century, whole concept of the *lex mercatoria* registers large development. Furthermore, basic approaches to the *lex mercatoria* doctrine are described in this chapter. Nowadays, I deem the work of professor Klaus Peter Berger and his “creeping codification of the *lex mercatoria*” as the most important one.

The second chapter comprises seven areas which are appraised with the most controversial opinions in both Czech and foreign literature. Especially the disagreement on the existence of the *lex mercatoria* and its legal nature (im)possibly threatening the legal certainty of international merchants is an issue causing the greatest dissensions between merchants themselves but also between international lawyers.

In the third chapter, I closely discussed the relation of the *lex mercatoria* to one of its pillars, the international commercial arbitration. It is this continually developing way of resolving international commercial disputes which secures the enforcement of transnational commercial law rules and at the same time, awards of international commercial arbitrators participate in determining the content of particular *lex mercatoria* rules.

Eventually, this diploma thesis is closed with a conclusion summarizing legally practical, theoretical and philosophical view of the author as to the whole question of the *lex mercatoria* and with a complex bibliographical list of authorities and other used sources.

Seznam použitých zdrojů

Knihy (monografie, sborníky, komentáře, kvalifikační práce a jiné) :

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář.*
Praha: C.H. Beck, 2008. 2 sv. 2408 s. ISBN 978-80-7400-096-6

BERGER, Klaus Peter. *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria.* Londýn: Kluwer, 1999. 197 s. ISBN 90-4111-094-1

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration.* 3. vydání. Londýn: Kluwer, 2009. 3440 s. ISBN 90-4112-759-3

CARBONNEAU, Thomas E. *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant.* 2. vydání. Londýn: Kluwer, 1998. 296 s. ISBN 15-7823-023-3

DAVID, Vladislav, SLADKÝ, Pavel, ZBOŘIL, František. *Mezinárodní právo veřejné.* Praha: Leges, 2008. 427 s. ISBN 978-80-87212-08-0

HOLMES, Oliver Wendell. *Collected Legal Papers.* New York: 1920, 316 s. ISBN 978-1584776116

KLEIN, Bohuslav, DOLEČEK, Martin. *Rozhodčí řízení.* Praha: ASPI, 2007. 276 s. ISBN 978-80-7357-264-8

KNAPP, Viktor. *Teorie práva.* Plzeň: PF ZČU, 1994. 161 s. ISBN 80 – 7082 – 140 - X

KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé.* 7. Vydání. Brno: Doplněk, 2009. 464 s. ISBN 978-80-7239-231-5

KUČERA, Zdeněk, PAUKNEROVÁ, Monika, RŮŽIČKA Květoslav. *Právo mezinárodního obchodu.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. 408 s. ISBN 978-80-7380-108-3

- MALENOVSKÝ, Jiří. *Mezinárodní právo veřejné, jeho obecná část a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště právu českému*. 4. vyd. Brno: Doplněk, 2004. 467 s. ISBN 80-7239-160-7
- PAUKNEROVÁ, Monika, RŮŽIČKA, Květoslav (eds.). *Pocta Zdeňku Kučerovi k 80. narozeninám*. Praha: Nakladatelství Karolinum, 2008. 303 s. ISBN 0323-0619
- PŘIBÁŇ, Jiří. *Sociologie práva*. 1. vydání. Praha: Sociologické nakladatelství, 1996. 197 s. 80-85850-18-4
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Právo mezinárodního obchodu*. 2. vydání. Praha: ASPI, 2006. 558 s. ISBN 80-7357-196-X
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vydání. Praha: ASPI, 2008. 388 s. ISBN 978-80-7357-324-9
- ROZEHNALOVÁ, Naděžda. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova Univerzita, 1994. 205 s. ISBN 80-210-0855-5
- STŘELEČEK, Karel. *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: MU, 2005. 171 s.
- SEIDL – HOHENVELDERN, Ignaz. *Mezinárodní právo veřejné*. 3. vyd. Praha: ASPI, 2006. 415 s. ISBN 80-7357-178-1
- TICHÝ, Luboš, ARNOLD, Rainer, SVOBODA, Pavel, ZEMÁNEK, Jiří, KRÁL, Richard. *Evropské právo*. 3. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006. 879 s. ISBN 80-7179-430-9
- VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA International Arbitration Congress*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2007. 972 s. ISBN 9041126910
- VOSTRÁ, Lenka (ed.). *Pocta Antonínu Kandovi*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2005. 392 s. ISBN 80-86898-17-2

Časopisecké odborné články:

BĚLOHLÁVEK, Alexander J. Výhrada veřejného pořádku hmotněprávního a procesního ve vztazích s mezinárodním prvkem. *Právník*, 2006, roč. 145, č. 11, s. 1267-1301

GEBAUER, Martin. K vývoji v mezinárodním soukromém právu (Řím I – právo rozhodné pro smluvní závazkové vztahy, Řím II – právo rozhodné pro mimosmluvní závazkové vztahy). *Bulletin advokacie*, 2009, roč. 19, č. 11, s. 68 - 71

HERBOCZKOVÁ, Jana. Amiable compositeur v mezinárodním rozhodčím řízení. *Právní rozhledy*, 2008, č. 17, s. 632 – 637

HVÍŽDALA, Karel. Zamrzli jsme v ledničce. *Respekt*, 2009, č. 43, s. 38 – 41,

KLEE, Lukáš. Smluvní podmínky Mezinárodní federace konzultačních inženýrů jako součást lex mercatoria. *Právní rádce*, 2009, č. 7, s. 35 – 39

LANDO, Ole. Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations. 7 *King's College Law Journal*, 1996-1997. s. 55 a násl.

MYŠÁKOVÁ, Petra. Autonomie vůle v mezinárodní arbitráži. *Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 4, s. 41-47

MYŠÁKOVÁ, Petra. Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži. *Právní rádce*, 2008, roč. 8, č. 5, s. 47-52

NOVÝ, Zdeněk. Tronc commun v mezinárodním rozhodčím řízení, *Právní rozhledy*, 2009, č.6, s. 208 - 215

SALÁČ, Jaroslav. Lex mercatoria – nástin vývoje a význam. *Právník*, 1998, roč. 137, č. 5, s. 409-424

ROZEHNALOVÁ, Naděžda, STŘELEK, Karel. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, lex mercatoria a odvaha k aplikaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2004, roč. 12, č. 1, s. 48-55

Internetové zdroje a odborné články:

DONAHUE Jr., Charles. *Medieval and Early Modern Lex mercatoria: An Attempt at the probatio diabolica*. [online], Chicago Journal of International Law, 1. července 2004 [cit. 14. listopadu 2009]. Dostupné z <<http://www.allbusiness.com/legal/laws-government-regulations-business/1118520-1.html>>

FELEMEGAS, John. *Remarks on good faith and fair dealing*. [online], CISG database, říjen 2001 [cit. 23. prosince 2009]. Dostupné z <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp7.html>>

HORN, Norbert. Uniformity and Diversity in the Law of International Commercial Contracts. In *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. HORN, Norbert, SCHMITTHOFF, Clive (eds.) [online] Trans-Lex, cit. dne 7.11.2009. Dostupné z <<http://trans-lex.org/113800>>

MAGNUS, Ulrich. *Remarks on good faith*. [online], CISG database, 5. ledna 2007 [cit. 23. prosince 2009]. Dostupné z <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html>>

RADOŠOVSKÝ, Petr. *Rozhodné právo v závazkových vztazích z mezinárodního obchodu - Lex mercatoria – část I., II., III.* [online], Epravo.cz, 2. ledna 2004 [cit. 14. června 2009]. Dostupné z <<http://www.epravo.cz/top/clanky/rozhodne-pravo-v-zavazkovych-vztazich-z-mezinarodniho-obchodu-lex-mercatoria-cast-iii-22526.html>>

ŠTURMA, Pavel. *Lex mercatoria*. [online] beck-online. cit. 7. 11. 2009. Dostupné z <<http://www.beck-online.cz/legalis/document.seam?documentId=nnptembqhfpy6a&tocId=nnptembqhfpy6a&type=html&conversationId=14368&conversationPropagation=join#selected-node>>

<http://www.trans-lex.org/>

<http://www.lexmercatoria.org/>
<http://www.kluwerarbitration.com/>
<http://www.kluwerarbitrationblog.com/>
<http://www.arbitration-icca.org/>
<http://www.cisg.law.pace.edu/>

Právní prameny:

Vnitrostátní právní předpisy:

- zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním právu soukromém a procesním, ve znění pozdějších předpisů
- zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů

spolu s právními předpisy upravující rozhodčí řízení, mezinárodní obchodní vztahy a otázky mezinárodního práva soukromého vybraných zemí (Německo, Švýcarsko, Belgie, Francie, Nizozemí a další)

Mezinárodní úmluvy a nařízení EU:

- Washingtonská úmluva o urovnání investičních sporů mezi státy a příslušníky jiných států (Úmluva ICSID) - sdělení Ministerstva zahraničních věcí č. 420/1992 Sb.
- Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži ze dne 21. dubna 1961 - vyhláška 176/1964 Sb.
- Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 ze dne 17. června 2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (nařízení Řím I)
- New Yorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů - vyhláška ministra zahraničních věcí č. 74/1959 Sb
- Římská úmluva o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy – č. 64/2006 Sb.m.s.
- Vídeňská úmluva OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží - sdělení č. 160/1991 Sb.
- Charta OSN – vyhláška č. 30/1947 Sb

Pravidla rozhodčích institucí:

- UNCITRAL Arbitration rules
- Stockholm Chamber of Commerce (SCC) Rules,
- JAMS Arbitration Rules,
- Netherlands Arbitration Institute (NAI) Arbitration Rules,
- Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA) Arbitration Rules,
- International Arbitral Centre of Austrian Federal Economic Chamber (VIAC) Arbitration Rules,
- Swiss Chambers' Court of Arbitration and Mediation (SCCAM) Rules of International Arbitration
- Řád pro mezinárodní spory Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky (RS při HK a AK ČR)

Základní katalogy lex mercatoria:

- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004
- Principles of European Contract Law

Judikatura a rozhodčí nálezy:

- August Töpfer & co. GmbH v. Fratelli Damiano
- BKMI Industrieanlagenbau GmbH et al. v. Dutco Construction
- Compania Valenciana
- Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft m.b.H v. RAS AIKhaimah National Oil. Co.
- Fougerolles v. Banque du Proche
- Chromalloy Aeroservices v. Egyptian Arab Republic
- Nálezy ICC: č. 3327, č. 4650, č. 5314, č. 5926, č. 5953, č. 7032, č. 7695, č. 8331, č. 8365, č. 9246, č. 9419, č. 9875, č. 10114, č. 10422
- nálezy ICSID č. ARB/00/7 ve věci World Duty Free Co Ltd v. The Republic of Kenya
- nálezy českého Ústavního soudu IV. ÚS 174/02

- Parbalk Ticare v. Norsolor
- Rakoil
- rozhodnutí francouzského Cour de cassation ze dne 14. října 1981
- rozhodnutí hamburského Landesgerichtu ze dne 18. září 2007
- rozhodnutí německého Bundesgerichtshofu ze dne 18. června 1975
- Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic
- Saudi Arabia v. Aramco