

Univerzita Karlova v Praze
Právnická fakulta
Katedra obchodního práva

Rigorózní práce

Nové Lex Mercatoria
The New Lex Mercatoria

Vedoucí práce:

JUDr. Petr Dobiáš, Ph.D.

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, Katedra obchodního práva

Autor práce:

Mgr. Michal Vitek

2015

Prohlášení

„Tímto prohlašuji, že jsem rigorózní práci na téma Nové Lex Mercatoria zpracoval samostatně, uvedl a řádně jsem citoval všechny použité prameny a práci jsem již dříve nevyužil k získání tohoto či jiného titulu.“

Poděkování

„Tímto si dovolím poděkovat vedoucímu mé rigorózní práce, JUDr. Petrovi Dobiášovi, Ph.D. z Právnické fakulty Karlovy Univerzity, za jeho cenné připomínky, podněty, konzultace a za čas, který mi při nesnadné cestě za dokončením této práce věnoval.“

V Praze, 25.12.2015
Mgr. Michal Vitek

OBSAH

Seznam klíčových pojmů	6
Úvod	7
1. Pojem NLM	11
1.1. Pojem NLM	11
1.2. NLM jako součást transnárodního právního řádu	13
1.2.1. Transnárodní právní řád	13
1.2.2. Vymezení transnacionality vztahem k jiným právním řádům	15
1.2.3. Legitimita transnárodního právního řádu	21
1.3. Definice NLM	22
1.4. Závěr kapitoly	26
2. Geneze NLM	27
2.1. Středověké kořeny <i>lex mercatoria</i>	27
2.1.1. Pojem a původ středověkého <i>lex mercatoria</i>	27
2.1.2. Prameny MLM	29
2.1.3. Mechanismus vynucení norem MLM	34
2.1.4. Paralely NLM a MLM	35
2.2. <i>Lex mercatoria</i> a konkurence národních právních úprav	36
2.3. Obnova <i>lex mercatoria</i> a její důvody	39
2.4. Závěr kapitoly	45
3. Teorie NLM	46
3.1. Účel a základní struktura NLM	46
3.2. NLM hmotné a procesní	48
3.3. Transnárodní právo jako svébytná právní kultura?	50
3.4. Způsoby tvorby norem transnárodního právního řádu	50
3.4.1. Obecně ke způsobu tvorby norem NLM	50
3.4.2. Migrace norem	52

3.5.	Fenomen NLM pohledem konceptu reflexivního práva	54
3.6.	NLM pohledem <i>New Institutional Economics</i>	57
3.7.	Závěr kapitoly	59
	4. Hmotná stránka NLM	60
4.1.	Úvod kapitoly	60
4.2.	Principy, na nichž spočívá NLM	61
4.2.1.	Princip „ <i>bona fides</i> “	63
4.2.2.	Princip „ <i>pacta sunt servanda</i> “	67
4.2.3.	Princip autonomie vůle smluvních stran	69
4.3.	Prameny NLM	72
4.3.1.	Pojem pramene NLM a základní prameny, tedy „psané“ NLM	72
4.3.2.	Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT	75
4.3.3.	Principy evropského smluvního práva PECL	78
4.3.4.	INCOTERMS 2010	79
4.3.5.	Smluvní podmínky FIDIC	80
4.3.6.	Trans-lex principles	82
4.3.7.	Prostředky korporátní seberegulace	83
4.4.	Závěr kapitoly	86
	5. Procesní stránka NLM	87
5.1.	Obecné otázky ve vztahu k závaznosti a vynucení norem NLM	87
5.2.	Rozhodčí řízení jako základní procesní instrument NLM	92
5.2.1.	Teorie rozhodčího řízení optikou NLM	92
5.2.2.	Rozhodčí doložka	94
5.3.	Principy a prameny procesních norem NLM	97
5.3.1.	Rozhodčí řád Mezinárodního rozhodčího soudu v Londýně z roku 2014	99
5.3.2.	Rozhodčí řád UNICITRAL	101
5.4.	Otázka arbitrability	101
5.5.	Volba nestátního práva v České republice a postoj státních soudů k volbě nestátního práva	103
5.5.1.	Nestátní právo v ČR	103
5.5.2.	Státní soudy a nestátní právo	106

5.6.	NLM jako základ pro metody řešení sporů: mezinárodní arbitráž a vícestupňové metody	107
5.7.	Virtuální prostor a transnárodní právo	108
5.8.	Rozhodčí nález ve věci rozhodované <i>ex aequo et bono</i>	110
5.9.	Závěr kapitoly	110
	Závěr	112
	Abstrakt	115
	Použité prameny	116

Seznam klíčových pojmů

ADR	(<i>Alternative dispute resolution</i> , alternativní metody řešení sporu)
Arbitrabilita	(Arbitrability, přípustnost postoupení určitého sporu pro řešení v rozhodčím řízení)
Arbitráž	(<i>Arbitration</i> , rozhodčí řízení)
Bona fides	(<i>Good faith principle</i> , princip dobré víry)
INCOTERMS 2010	(<i>Incoterms 2010 Rules</i> , Pravidla Incoterms 2010)
LCIAR	(<i>London Court of International Arbitration Rules</i> , Řád londýnského mezinárodního rozhodčího soudu)
Lex mercatoria	(<i>lex mercatoria</i> , transnárodní právo obchodníků, také jako <i>law merchant</i>)
MDR	(<i>Multi-tiered dispute resolution</i> , vícestupňové metody řešení sporů)
MLM	(<i>Medieval lex mercatoria</i> , středověké lex mercatoria)
Newyorská úmluva	(<i>Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards</i> , Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů ze 17. září 1959, publikována vyhláškou č. 74/1959 Sb.)
NLM	(<i>New lex mercatoria</i> , nové lex mercatoria)
ODR	(<i>online dispute resolution</i> , online metody řešení sporu)
OZ	(<i>the czech civil code</i> , zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník)
PECL	(<i>The Principles of European Contract Law</i> , Principy evropského smluvního práva)
Právní principy	(<i>legal principles</i> , vůdčí právní ideje právního řádu)
Rozhodčí nález	(<i>arbitral award</i>)
Transnárodní	(<i>transnational</i> , prostupující národní hranice)
UPICC	(<i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts</i> , Principy mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT)

ÚVOD

Shaffer svůj výklad o transnacionálním právu zahajuje na první pohled vágním tvrzením, že „právo již není možné dále vidět čistě národní optikou“.¹ Odklon od národnostního pojetí společnosti se však projevuje v širokém spektru lidských aktivit vč. práva. Vědomí této skutečnosti se projevuje zejména v tom, že původcem závazných norem se stávají také entity odlišné od národních států jako formálních nositelů suverenity a monopolu na tvorbu práva.² V tomto ohledu snad nejde ani tak o novou tendenci, jako spíše o návrat k organickému stavu lidské společnosti do doby o řádově několik set let zpátky, kdy se identita osob a původ normativních systémů odvíjely od plurality spolupůsobících vlivů, sahajících od náboženských systémů, přes lokální mocenské vazby až k různým projevům státnosti a různorodým kulturním vzorcům. Stále více tak státní právo působí mezi spektrem normativních a jiných společenských systémů exoticky, když nabízí převážně lokální řešení a když jsou i unifikované normy kvůli lokálním rozdílům ve výkladu aplikovány odlišným způsobem. Ne vždy se musí jednat o nutně negativní jev, existují však oblasti, ve kterých se pozitiva současného stavu hledají stěží. Mezinárodní obchod je jednou z nich a je otázkou, zda se právo právě v této oblasti ubrání zásadní proměně v podobě vzniku globálního právního řádu regulujícího mezinárodní obchod – *lex mercatoria*.

Tématice *lex mercatoria* se na jednu stranu dostává značné akademické pozornosti, na druhou stranu však jakoby chyběla snaha dát tomuto fenoménu jasnou strukturu a silný teoretický základ tak, aby nemohla být celá problematika uzavřena s konstatováním, že se jedná o „věčně“ se etablující právní řád, zajímavou myšlenku či alternativu, nebo že se jedná o jakýsi jev, fenomén či metodologický přístup. Výrazný teoretický základ a vymezení *lex mercatoria* je přitom něco, co vznikající právní řád (mimořádně, je stále příznačné, že se napříč prameny hovoří více o „doktríně“ než „právu“) pro svůj další rozvoj nezbytně potřebuje. Jestli přitom nebylo v dosavadním vývoji tohoto fenoménu o něčem pochyb, tak zejména o tom, zda existuje silný a dlouhodobý zájem ve smyslu existence univerzální (tedy globální) obchodněprávní úpravy.

1 SHAFFER, G., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press 2013, str. xi, „*Law can no longer be viewed through a purely national lens.*“

2 ROZEHNALOVÁ, N., *Právo mezinárodního obchodu*, 3. vyd., Wolters Kluwer Praha 2010, str. 226. Za takové nomy označuje Rozehnalová „obchodní zvyklosti, obchodní termíny, standardizované formy uzavírání smluv, guide, kodexy jednání a obecné zásady právní.“

Autor si v této práci klade za cíl definovat fenomén *lex mercatoria* jako svébytný právní řád, vysvětlit, proč se domnívá, že svébytným právním řádem je a jasně formulovat jeho právně teoretická a obsahová východiska. Činí tak také účelově proto, aby s tímto termínem mohl dále pracovat v připravované disertační práci, která se má zabývat střetem státního a transnárodního právního řádu při problematickém a napříč různými právními řády rozdílně upraveném vymezení objektivní arbitrability.

Základní východiska této práce jsou postaveny na následujících premisách:

1. Právo je systém, který musí reagovat na měnící se sociální, politickou a ekonomickou realitu skutečnosti, ve které existuje. Charakteristickým rysem dnešní doby je měnící se role státu a jeho relativně slábnoucí role ve vztahu k jiným, ve společnosti působícím subjektům. Jelikož stát se doposud definoval jako subjekt s monopolem na násilí, a v důsledku jediný subjekt schopný zajistit efektivní vymáhání práva, jeho měnící se ekonomická pozice se potenciálně může negativně promítnout také v této jeho funkci.
2. V souvislosti s relativní komplikací společenské reality a vzájemným působením subjektů činných napříč různými jurisdikcemi (které jsou stále vystavěny na koncepci státního území, tedy na základě geografického kritéria) roste poptávka po jednotném souboru pravidel, který tímto – již stále očividněji obsoletním – kritériem nebude omezován. Vzhledem k limitaci veřejné moci ve vztahu ke geografickému kritériu a rovněž určité obsolenci ideologického základu státních entit (rozklad demokratismu, slábnoucí relevance doktríny státní) bude tento řád z dnešního úhlu pohledu „soukromý“, tedy tvořen a uplatňován entitami odlišnými od představitelů veřejné vůle.
3. Takový systém má upravovat různé aspekty společenské reality: digitální realitu, realitu globálního sportovního soutěžení, realitu globálního obchodu a jiné. Bude jím tedy tzv. transnárodní právní řád. Transnárodní právní řád je přitom odlišný od mezinárodního a nadnárodního práva.
4. Pro oblast obchodních právních vztahů bude částí tohoto řádu tzv. *New Lex Mercatoria* či NLM.

5. Tato oblast práva přitom musí vykazovat atributy právního řádu v podobě, kterou dnešním úhlem pohledu vnímáme jako legitimní. Jeho základem tedy budou osvědčené soukromoprávní principy a zásady; bude v mnoha směrech analogický v současnosti existujícím právním řádům národních států.
6. Musí se jednat o aplikovatelný a v dostatečné míře konzistentní systém - právní řád, jehož pravidla budou moci býti aplikována a vynucována. Takový právní řád musí disponovat transparentním systémem tvorby pravidel a norem. Transparenci je nutno chápat vždy jako relativní, nutno dodat, že absolutně transparentní nejsou ani současné legislativní procesy, jelikož vůle a „zadání“ jednotlivých legislativců je pro občana státu bez interních informací o životě legislativního tělesa víceméně nepostihnutelná. Základem tvorby norem tak má být především zprostředkovaná vůle omezeného počtu subjektů, které daný řád užívají.

Pokud autor v duchu uvedených bodů zakládá premisu, že současná realita mezinárodního obchodu potřebuje jednotný a komplexní právní rámec, který může být ve svém důsledku garantován pouze plnohodnotným a svébytným právním řádem (tedy NLM), vyvstává logicky otázka, zda jsou splněna kritéria pro to, aby tento právní řád mohl být uznán a vůbec, která kritéria to jsou.

Autor si ve snaze odpovědět na základní dotaz této práce stanovil osnovu vycházející z následujících tezí:

1. Právní řád musí být pojmově uchopitelný. Pokud existuje „právo České republiky“ jako právo demokratického právního státu, musí být také současné *lex mercatoria* analogickým způsobem vymezené. Musí se jednat o uchopitelný a ohraničený fenomén sociální reality, který je způsobilý být předmětem vědeckého zájmu. Zda je splněno toto kritérium je předmětem kapitoly č. 1.
2. Musí se jednat o fenomén, který má jasnou a dosledovatelnou historickou kontinuitu a je výsledkem určitých objektivních procesů komplexní společenské reality. Pokud by mělo *lex mercatoria* existovat např. pouze v určitém velmi omezeném časovém úseku či výhradně v akademickém světě bez vazby k ostatním „reálným“ společenským procesům, které má regulovat, nemohlo by

nikdy tvořit žádný reálný normativní, natož přímo právní, řád. Zda jsou dostatečně naplněny předpoklady historické kontinuity, a zda se tak dá hovořit o genezi *lex mercatoria*, je předmětem kapitoly č. 2.

3. Pokud *lex mercatoria* je skutečně právním řádem, musí být ze své podstaty distinktivní vůči již existujícím a všeobecně uznávaným státním právním řádům. Jedná se tedy o systém, který je do určité míry systematicky odlišný. Pokud by nebyl, byl by ztotožnitelný se stávajícími právními úpravami, např. s právní úpravou mezinárodní. Zodpovězení otázky, zda má *lex mercatoria* takové distinkce, které by jej odlišily od jiných právních řádů, je předmětem kapitoly č. 3.
4. Aby bylo právo právem, musí obsahovat vlastní materii, množinu hmotných pravidel, které mu dávají smysl a obsah. „Právo“ postrádající konkrétní normy by bylo oxymóron. Otázce, které normy jsou podřaditelné mezi normy *lex mercatoria*, se zabývá kapitola č. 4.
5. Podstatou a důvodem práva je jeho vynutitelnost. Pokud má být *lex mercatoria* svébytný právní řád, musí naplňovat rovněž toto kritérium. Zda se dá hovořit o ustáleném obsahu procesní stránky *lex mercatoria* je předmětem kapitoly č. 5.

Práce se tak v těchto pěti základních kapitolách posunuje od obecného (zejména v kap. 1-3) ke konkrétnímu (v kap. 4-5) a od právně-filosofického (v kap. č. 1 a 3) a právně-historického (v kap. č. 2) k normativnímu pohledu (v kap. č. 4 a 5).

1. Pojem NLM, vztah transnárodního a státního práva

„By ‘nationalism’ I mean first of all the habit of assuming that human beings can be classified like insects and that whole blocks of millions or tens of millions of people can be confidently labelled ‘good’ or ‘bad’.“

George Orwell, Notes on Nationalism

1.1. Pojem NLM

Právní věda za více než dva tisíce let svého vývoje v rámci euro-amerického civilizačního okruhu nebyla schopna nabídnout zcela jasnou a univerzálně akceptovatelnou odpověď na otázku: „Co je právo?“. Tato otázka, položená sama o sobě, je nezodpověditelná, protože v jejím zadání není nastíněna perspektiva a vztah k okolnostem, dle kterých má být posouzena. Právo je tímto pohledem „multidimenzionální fenomén“³, přičemž neurčitost takové definice je přímo úměrná vágnímu vymezení otázky, na kterou má odpověď poskytnout. Lon Fuller v právu vidí „podnik spočívající v podřízení lidského konání vládě pravidel“⁴. Pojem práva jsme si tak zvykli chápat víceméně intuitivně a připustili možnost rezignace na vyjádření jeho skutečně komplexní a univerzálně použitelné definice.

Autor za maximální možné zjednodušení a zobecnění nabízených odpovědí na výše položenou otázku považuje definici práva jako sociálního normativního systému, který spolupůsobí na jednotlivé subjekty v rámci společnosti, a který je institucionálně vynucován.

Problematika tzv. nestátního práva obchodníků – *lex mercatoria* - vždy vyvolávala kontroverzi, protože je do jisté míry popřením aktuálně panující představy o právu jako o funkci národního státu. Taktéž různých definic *lex mercatoria* je celá řada, přičemž se

3 GERLOCH, A., Teorie Práva, 3. vydání, Aleš Čeněk, Plzeň 2004, str. 19.

4 BENSON, B., The Spontaneous Evolution of Commercial Law, in: ASCHENFELTER, O. C., Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009, str. 67.

nedá hovořit o tom, že by některá z nich byla více preferovaná než jiné. Např. Lord Mustill, legendární anglický soudce, se snaží na *lex mercatoria* pohlížet za pomoci dvou konceptů, a sice tak, že „jeden koncept je ten, že pojem *Lex mercatoria* označuje soubor právních norem, které se automaticky vztahují na všechny transakce v rámci svého dosahu, pokud není výslovně stanoveno jinak.“, přičemž druhým významem je, že „*Lex mercatoria* poskytuje repertoár pravidel, které jsou k dispozici těm subjektům, které se výslovně, případně odkazem, rozhodnou taková pravidla inkorporovat do svých ujednání a které se dohodnou nepodřít režim svých smluv národnímu právu, které by normálně daný kontrakt upravovalo.“⁵

Berger uvádí, že pojem *lex mercatoria* může být chápán ve dvou jiných základních významech, a sice jako pojem čistě deskriptivní, nebo pojem s určitým věcným obsahem (tzv. *descriptive vs. substantive meaning*).⁶

Chápáno čistě deskriptivně, je *lex mercatoria* souborem norem, které existují napříč všemi právními řády⁷, a které se vyznačují určitou podobností zakládající úvahy o jejich univerzalitě. Deskriptivním pohledem pak jako *lex mercatoria* označujeme: faktické podobnosti napříč státními/domácími právními řády, vzorové právní dokumenty vytvořené na základě mezinárodních smluv a vzorové právní dokumenty vytvořené činností „neoficiálních“, soukromých subjektů. Zejména díky prvnímu bodu by takové chápání *lex mercatoria* odpovídalo tzv. pohledu transnárodnímu. Kritériem je tedy zdání určité podobnosti těchto norem zcela bez ohledu na jejich původ či na systematiku právního řádu, který má zakládat jejich legitimitu. Jedná se o pohled do značné míry intuitivní, který autor vnímá zejména jako určité pomocné kritérium pro akademickou diskusi než jako v praxi využitelnou definici.

Naproti tomu „substantivní“, obsahový pohled na fenomen *lex mercatoria* se snaží v první řadě odpovědět na otázku původu, obsahu a systematiky takového právního řádu, a je tak předpokladem jeho dalšího rozvoje. To také Berger potvrzuje, když si

5" MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, Liber Amicorum for Lord Wilberforce, Oxford, 1987.

6 BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

7 *Lex mercatoria* je fenomén různých oblastí středověké Evropy, je označováno jako „Droit des faires“ ve Francii, „*Jus Mercatorum*“ v Itálii, „*ley merchant*“ v Anglii. Viz ROZEHNALOVÁ, Naděžda, *Právo mezinárodního obchodu*, 3. vydání, Praha, Wolters Kluwer, 2010, str. 202.

tento substantivní pohled volí jako východisko pro svou další práci s tématem. Vzhledem k tomu, že smyslem této práce je především nabídnout stále do značné míry chybějící ucelený rámec fenomenu *lex mercatoria*, považuje autor za nutné přiklonit se k substantivnímu pohledu na uvedený fenomén jako nezbytný předpoklad pro „fixaci“ pojetí *lex mercatoria*.

Tato práce dále vychází z teze, že NLM je součástí tzv. „transnacionálního“ nebo „transnárodního“ právního řádu. Jeho pochopení je výchozím bodem také pro definici NLM. Z této perspektivy je pak možné NLM možné nazvat transnárodním obchodním právem.

1.2. NLM jako součást transnárodního právního řádu

1.2.1. Transnárodní právní řád

Pojem transnacionality či transnárodnosti je prvním teoretickým problémem, který je třeba ve vztahu k NLM vyjasnit. Ipsen si v úvodu svého výkladu o transnacionálním právu klede otázku, jakého významu předpona „trans-“ může v daném kontextu nabýt, když obecně znamená „nad, přes, z toho vyplývající, skrz, přes, pryč, etc“.⁸ Zatímco pojmy „mezinárodní“ a „supranacionální“ přímo nabádají k jednoznačnému závěru o svém významu, pojem „transnárodní“ jakoby svou zdánlivou neurčitostí předznamenal komplikovanost fenoménu, který cílí pojmenovat.

„Transnacionalizace“ je určitou tendencí, která neměla a nemá pouze právní rozměr. Je považována za průvodní jev globalismu a podle Mendenhalla⁹ je možné ji vysvětlit jako společenský proces, který je charakterizován „kolapsem nacionalismu jako diskurzivního konstruktů a rekonfigurací skupinové identity a politiky ve vztahu

8 IPSEN, N. Ch., *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, Duncker&Humboldt, Berlin 2009, str. 24: „Während sowohl für das internationale wie auch das supranationale Recht bereits die Verwendung der Präpositionen („zwischen“ bzw. „über“) konkrete Vorstellungen über den Bedeutungsinhalt weckt, lässt sich der Präposition „trans“ keine ähnlich eindeutige Bedeutung zuordnen. Je nach Kontext kann „trans“ folgendes bedeuten: „über, hinüber, darüber hinaus, jenseits, durch, hindurch, über...hinweg“ etc.

9 MENDENHALL, A.P., *Transnational Law: An Essay in Definition with a Polemic Addendum*, 2011: Libertarian Alliance & Allen Mendenhall, dostupné ze: <http://www.libertarian.co.uk/sites/default/lanotepdf/legan052.pdf>.

k lokální kultuře a ke komunitám“. Jednoduše řečeno, transnacionalismus je paradigma, které může nahradit doposud převažující „nacionalismus“ v právu a právo jako dominantní normativní společenský systém současnosti bude muset tuto základní změnu reflektovat, pokud nechce ztratit svou do značné míry vyjíměčnou pozici.

Za událost, která do odborné diskuse o právu zavedla pojem „transnacionální“, je považována přednáška Philipa Jessupa z roku 1956, která tento pojem zahrnula do svého názvu (ačkoliv základní myšlenky transnárodního práva byly vyjádřeny již v monografii P. Jessupa „*A Modern Law of Nations*“, která byla poprvé vydána r. 1948). Jessup tehdy vnímal „transnárodní“ právo jako „*veškeré právo, které reguluje vztahy či události, které překračují národní hranice. Do této definice je přitom zahrnuto jak mezinárodní soukromé, tak mezinárodní veřejné právo, stejně pak jako jiné normy, které nepatří do těchto standartních kategorií.*“¹⁰ V této definici ještě můžeme spatřovat silný akcent na právo státní, resp. od státního odvozené; normám tvořeným nestátními subjekty je jakoby řazena „zbytková“ kategorie v poslední větě souvětí. Jessup sám tento termín zavedl proto, že spatřoval ve vztahu k tématu své přednášky pojem mezinárodního práva jako zavádějící s ohledem na to, že takové právo poukazuje pouze vztah jednoho národního státu k jinému národnímu státu¹¹. Pojem „transnárodního“ práva pak potřeboval pro označení práva, které překračuje aktivity přesahující hranice států. Pro něj bylo transnárodní právo multipolární interakcí ekonomie, politiky a subjektů, které vnímají stát jako jeden subjekt mezi korporacemi a individuálními osobami.¹²

Lze tedy uzavřít, že „transnárodnost“ je kvalitativní označení pro určitý společenský fenomén, který „prostupuje“ limity vymezené národnostními distinkcemi, tedy, jakoby je „ignoruje“ s tím, že se soustředí na materii jako takovou, aniž by přímo zohledňoval fakta odvozená výlučně ze skutečnosti rozdílné národnosti původců (jak je tomu v případě pojmu „mezinárodní“). Pokud tedy existuje transnárodní právo, musí být z logiky věci odlišné jak od práva mezinárodního, tak supranacionálního.

10 JESSUP, P., Storrs Lectures, in: ALFATH, A., Term Paper, Transnational Law in Theory and Practice, dostupné z: http://www.academia.edu/7327516/What_is_Transnational_Law_Defining_and_Analyzing_it.

11" SHAFFER, G., Transnational Legal Ordering and State Change, Cambridge University Press, str. 5.

12 MENDENHALL, tamtéž.

1.2.2. Vymezení transnacionality vztahem k jiným právním řádům

Vztah transnárodního práva ke kategoriím práva mezinárodního a národního napříč odbornou literaturou pak osciluje mezi „širším“ a „užším“ pojetím.

- „Širším“ pohledem vnímáme jako součást transnárodního práva také určité části práva mezinárodního (veřejného i soukromého),
- „užší“ pohled pak vidí transnárodní právo zcela mimo zavedený systém mezinárodního práva, a to ve smyslu určité zbytkové kategorie, tedy jako právo regulující v mezinárodní realitě ty otázky, které nejsou upraveny právem mezinárodním.

Nesporným tak zůstává pouze charakter norem a obyčejů, které jsou tvořeny různými subjekty odlišnými od státu či mezinárodních organizací, jejichž povahu transnárodního práva jim přiznávají zastánci obou výše uvedených pohledů.

Autor se domnívá, že „transnárodní právo“ by mělo být překládáno a pochopeno jako právo „přesahující národní rámec“ nebo také právo „prostupující“ různými právními řády, a to nejen ve smyslu územního či jinak obsahového, tedy ve smyslu působnosti, ale zejména z hlediska principiálního či funkčního. Zatímco pojmy „mezinárodní“ a „supranacionální“ uznávají národy a národní státy jako dominantní prvky uspořádání současné právní a politické reality, pojem „transnárodní“ již počítá se státem jako s jedním z elementů tvořících vznikající komplexní realitu, ve které již nebude možné jedné ideji, instituci, formaci či jinak „ohraničenému“ fenoménu svěřit rozhodující roli pro její pojetí. Zajímavý pohled nabízí Callies, když státnímu právu přisuzuje spíše soupeřivý ve vztahu k ostatním státům („jednotlivé národní právní řády si konkurují“), zatímco právo transnacionální by bylo převážně prostředkem harmonizace jednotlivých řádů s cílem vytvoření právního řádu globálního.¹³ Jakkoliv lze o tomto závěru polemizovat s odkazem na různé harmonizační a unifikující tendence národních právních řádů, je skutečností, že např. v oblasti daňové je národní právo zcela

13 CALLIES, G.P., Reflexive Transnational Law The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), Heft 2, S. 185-216, dostupné z http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=531063.

jednoznačným prostředkem soutěže mezi jednotlivými zeměmi o daňové domicily obchodních korporací.

Mendenhall pak poněkud zaujatě shrnuje, že transnárodní právo je „zcela odděleno od obecně akceptované absurdity státnosti“¹⁴. Autor, ačkoliv nesdílí názor, že státnost je absurdní, přiznává Mendenalloví jistou trefnou údernost tohoto výroku.

Dalším z autorů, který nabízí svou definici transnárodního právního řádu a vidí jej jako: „Autonomní právní systém přesahující hranice veřejného mezinárodního práva, který byl vytvořen a vyvinut právotvornými silami vznikající globální společnosti, založen na obecných principech práva stejně jako na společenských zvycích, a který je administrován soukromými poskytovateli služeb řešení sporů a kodifikován (pokud vůbec k jeho kodifikaci dochází) soukromými subjekty takovou formulací norem se zabývajícími.“, je Graf Peter Callies.¹⁵ Autonomii spatřuje Callies zejména ve vztahu k právu státnímu a kořeny této nezávislosti spatřuje až v rozdílu mezi Kantovým pojmáním svobody a autonomie v kontrastu s Hegelovou představou o solidaritě a regulaci skrze národní stát. Taubner pak transnárodní právo nazývá „neo-spontánním“ právem, patrně v odkazu na jeho částečně obyčejový původ.

Nejčastěji uváděným přívlastkem *lex mercatoria* je jeho „nestátnost“ či „nenárodnost“¹⁶. Zvyk vnímat právo jako funkci suverénního státu je s touto vlastností *lex mercatoria* postaven do přímého kontrastu. Pro klasickou právní vědu představa „nestátnosti“ práva představuje konstantní problém, např. Knapp uvádí: „*Vytvořením práva státem se v zde uvedeném smyslu rozumí nejen formální vytvoření právní normy státním zákonodárným orgánem, ale i to, že stát za právo uzná i normy vytvořené jinak, tzn., že i jinak*

14 MENDENHALL, A.P., *Transnational Law: An Essay in Definition with a Polemic Addendum*, *Legal Notes No. 52, 2011: Libertarian Alliance & Allen Mendenhall*, dostupné z: www.ssrn.com, str. 4.

15 CALLIES, G.P., tamtéž: „...*transnational law*, therefore, shall be *defined* as a third-level autonomous legal system beyond municipal and public international law, created and developed by the law-making forces of an emerging global civil society, founded on general principles of law as well as societal usages, administered by private dispute resolution service providers, and codified (if at all) by private norm formulating agencies.“

16 „In the first place, *lex mercatoria* is anational. This concept has two facets. First, the rules governing an international commercial contract are not, at least in the absence of an express choice of law, directly derived from any one national body of substantive law. Second, the rules of the *lex mercatoria* have a normative value which is independent of any one legal system. The *lex mercatoria* constitutes an autonomous legal order.“ LORD MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, 1987.

vytvořeným normám propůjčí státní moc k jejich prosazení.“¹⁷ Nestátní normotvorbu tak připouští stále jen v intencích následného povolení státním právem.

Shrnuto, historicky se pro právní vědu stalo vnímat svět práva jako oblast, jíž dominují dvě základní premisy: 1. že právo je funkcí státní suverenity a 2. že právo existuje pouze v projevech „oficiálních“, tzn. státních entit.¹⁸ Takové schéma může z podstaty věci být platné pouze v realitě, jíž takové veřejné subjekty (státy) dominují. Objektivní společenská realita je však předmětem kontinuální změny, která v jistém časovém horizontu relativizuje každé na první pohled „ustálené“ uspořádání, přičemž nerespektování změn objektivní reality vede k diskreditaci těch osob a systémů, které si toto odmítají připustit. Právní myšlení se ve své krajnosti posunuje ke stále většímu relativismu a právo začíná být vnímáno různými pohledy. Zumbansen se pohybuje v několika rovinách uvažování, když s jistou dávkou kontroverze hovoří o následujících formách nazírání na právo, tedy jako na:

1. institucionalizovaný systém vymahatelných pravidel,
2. prostředek stabilizace očekávání,
3. prostředek utlačení,
4. prostředek naděje,
5. parazitní systém.¹⁹

Tyto pohledy považuje autor za velmi subjektivní a je faktem, že např. perspektiva č.3 je pohledem, který má tendenci sdílet nejtypičtěji ten, komu právo překáží v realizaci určitého záměru. V praxi se autor např. setkal se situací, kdy zahraniční podnikatel nemohl realizovat část svého podnikatelského záměru v České republice z čistě legislativního důvodu, a sice z důvodu nemožnosti provádět darování neprodaného zboží na dobročinné účely, aniž by takto darované zboží musel zdanit příslušnou sazbou DPH (bylo tak jednodušší zboží odepsat a nenést náklady jeho zdanění). Byť se nejednalo o zásadní překážku, daná norma byla dotyčným investorem vnímána pohledem jeho aktivit v jiných členských státech EU jako nestandartní a představovala

17 KNAPP, V., *Teorie práva*, 1.vydání, Praha: C.H.Beck, str. 1995.

18" BERMAN, P. S., *From international law to law and globalization*, str. 487.

19" ZUMBANSEN, P., *Transnational Legal Pluralism*, CLPE Research Paper 01/2010 Vol. 06 No. 01 (2010), str. 18.

překážku pro realizaci jeho marketingové strategie na trhu v ČR (k popsánímu případu došlo v průběhu r. 2013).

Pro další práci s tématem lze jednotlivé druhy právních řádů podle názoru autora rozdělit dle vztahu k národnímu státu následovně:

1. **Státní právní řád** – vytvářen a prosazován národním státem, tedy např. právní řád České republiky.
2. **Mezinárodní právní řád** – na bázi mezinárodních a legitimitou národních států zaštiťovaných smluv vytvořený horizontální právní systém, tedy právo mezi národy (*ius inter gentes*). Systém mezinárodního práva autor považuje za komplement státního právního řádu, když je vnímán jako integrální součást systému moderních národních států.²⁰ Mezinárodní právo je vnímáno jako souhrn převážně preskriptivních norem adresovaných jednotlivým suverénním státům. Nedá se tak hovořit o přímé konkurenci vůči státnímu právnímu řádu.
3. **Supranacionální právní řád** – typicky právní řád EU, tedy takový původně mezinárodní právní řád, který ve svém vývoji dospěje do bodu, kdy může vystupovat autoritativně vůči jednotlivým právním řádům, na jejichž legitimitě byl původně postaven (doktrína přednosti evropského práva).
4. **Nenárodní právní řád** – tedy takový, který je tvořen jednotlivými fakticky existujícími entitami, které jsou odlišné od národního státu jako tradičního původce práva. Podle některých tradičnějších teorií by *lex mercatoria* bylo součástí nenárodního právního řádu.
5. **„Neprávní prostředí“** - stav absence právního řádu pro daný smluvní vztah, tedy „*contrat sans loi*“ teorie. Ta dochází až k téměř paradoxním závěrům o vyloučení aplikace jakéhokoliv právního řádu pro zodpovězení otázek spojených s danou smluvní situací. Akceptujeme-li tuto teorii, budeme de facto presumovat existenci nekonečného množství nenárodních právních řádů, z nichž každý bude založen určitou individuální smlouvou. Míra, s jakou je tato teorie neslučitelná se současným chápáním práva, však takové pojetí posouvá do čistě teoretické

20 YASUAKI, O., A Transcivilizational Perspective on International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010, str. 109.

roviny. Berger pak takové východisko označuje výslovně jako „zcela neakceptovatelné jak v oblasti teorie, tak praxe“²¹.

6. **Transnacionální právní řád** – takový právní řád, který se vytváří za spoluparticipace národních a nenárodních právních řádů. Státy tedy jsou jedním z původců práva, a to vedle etablovaných nadnárodních organizací či jejich seskupení. To, zda se určitá norma uplatní, pramení více z její závaznosti na základě konsensu aplikujících subjektů než na formální autoritě některého z aktérů (vč. státu jako takového). Jedná se tedy o systém spíše horizontální než vertikální. Transnacionální právo „přesahuje“ státy a státní právo a zahrnuje jak normy civilněprávního, tak trestněprávního a jiného charakteru, absorbuje do jisté míry části mezinárodního i supranacionálního právního řádu.²²

Uvedené pohledy se dají rozdělit do dvou skupin dle toho, zda existenci národního státu považujeme za prerekvizitu pro jejich existenci. V první skupině – akcentující nutnost existence národního státu – se nachází kategorie č. 1 až 3; kategorie 4 až 6 ve své podstatě stát ke své existenci nevyžadují, byť transnárodní pohled jeho význam připouští. Je zřejmé, že právní pozitivismus reflektuje zejména takové pojetí práva, dle kterého je aplikace a vymáhání norem podpořena určitou absolutní autoritou, kterou v dnešním pojetí představuje stát.²³

Poslední zmíněnou kategorii, tedy transnárodní právo, lze také chápat jako určitou metodologickou perspektivu pro další úvahy o těch částech práva, které upravují přeshraniční právní vztahy. V takovém kontextu by tedy daný pojem nepředstavoval určitý vymezený okruh pravidel, nýbrž by byl kategorií existující vně i uvnitř jiných právních systémů; jednalo by se o odlišný způsob právního myšlení ve vztahu k určitému předmětu.²⁴ Zásadním metodologickým problémem ve vztahu k NLM pak

21 BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

22 CALLIES, G.P., *Reflexive Transnational Law The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), Heft 2, S. 185-216, dostupné z www.ssrn.com.

23 BENSON, B., *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, in: ASCHENFELTER, O. C., *Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution*, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009, str. 67.

24 CALLIES, G.P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, str. 11.

bude řešení otázky, zda je NLM svým charakterem součástí nenárodního či transnárodního právního řádu.

Motivy vzniku NLM jsou evidentní také jako důsledek procesu globalizace, tedy v souladu s poznatkem, že právo vždy sleduje společenské změny a procesy, a do jisté míry je až zpětně „fixuje“ k určitému vývojovému momentu. Onen mechanismus „fixace“ se u národního právního řádu děje prostřednictvím legislativního procesu, v anglosaském právním okruhu navíc prostřednictvím soudního rozhodování. Pakliže přijmeme tezi, že se proměny společenských institutů a ekonomických interakcí (zejména s ohledem na dění ve virtuálním prostoru) neustále akcelerují, je legitimita právního systému velmi úzce spjata se schopností systému, který pravidla tvoří, dostatečně rychle a kvalifikovaně reagovat na tyto změny.

Zavedení pojmu transnárodního práva má dále za důsledek relativizaci právního dualismu, tedy klasické distinkce mezi soukromým a veřejným právem; takové právo je svou povahou hybridní.²⁵ Bez státu jako dominantního aktéra transnárodního právního řádu (*potentior persona*) mizí jedna ze základních kategorií, dle které lze právo na soukromé a veřejné dělit. Rovněž kritérium postavení subjektu (nadřazené/rovnoprávné postavení) již bude přeneseno do výslovně faktické, nikoliv formálně-právní roviny. Jako transnárodní ekvivalent tradičního dualismu se nabízí rozdělení dle funkčních kategorií, a to na právo tzv. koordinativní a regulativní, přičemž první zmíněná kategorie inklinuje spíše k původnímu obsahu práva soukromého (typicky v oblasti civilního a smluvního práva), druhá pak svým charakterem právu veřejnému (typicky právu správnímu). Tak jako je např. obchodní právo průsečíkem soukromého práva a práva veřejného (např. v oblasti úpravy živností či v ustanoveních o hospodářské soutěži), tak také jednotlivá odvětví transnárodního práva budou převážně kombinací koordinativního a regulativního přístupu. V NLM se tak regulativní funkce manifestuje např. v aplikaci některých protikartelových ustanovení při rozhodování soukromých rozhodčích soudů.²⁶

25 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010, str. 96.

26 Tamtéž, str. 99.

Koordinativní normy transnárodního práva mají původ výlučně v oblasti seberegulace dotčených subjektů. Pro pojmenování procesu utvářejícího normy regulativní někteří autoři zavádějí pojem „*Private Ordering*“, který tedy jakási soukromá normotvorba.²⁷ Autor zde vznáší určitou pochybnost, zda jsou koordinativní normy skutečně právními normami v pravém slova smyslu (tedy např. vnitřní předpisy společností et c.). Rozhodné pro určení jejich charakteru je zejména skutečnost, zda jsou takové normy vyjádřené v určitých všeobecně uznávaných standardech či nikoliv (k tématu více v kapitole č. 4).

1.2.3. Legitimita transnárodního právního řádu

Legitimitou v sociologickém významu slova nazýváme subjektivní víru jednotlivých subjektů v to, že dané pravidlo či instituce má být respektována. V právním slova smyslu je legitimitou naplnění požadavku ospravedlněnosti či ospravedlnitelnosti platného práva, a pokud je pozitivní právo výtvorem státní moci, pak také i státu jako takového.²⁸ Pakliže bude existovat pluralita původců práva, jako v případě právního řádu transnárodního, pak bude otázka legitimacy o to složitější. Koncept legitimacy transnárodního práva je mnohem více relativistický a spočívající v tom, zda jednotliví recipienti norem budou považovat kolektiv původců norem (v některých případech ale také jednotlivé subjekty) za dostatečně autoritativní pro prosazení platnosti pravidel.²⁹ Shaffer uvádí, že legitimita transnárodního právního řádu může být posuzována ve třech dimenzích, a sice dle:

- „vstupů“ (*inputs*), tedy dle těch subjektů, které participují v daném procesu,
- „průchodů“ (*throughputs*), tedy dle míry naplnění kvalitativních požadavků spravedlnosti a argumentační přesvědčivosti a dle
- „výstupů“ (*outputs*), tedy dle toho, jak aplikace dané normy transnárodního práva po hmotné stránce reaguje na vzniklý problém.

27 SHAFFER, G., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press, 2013.

28 BOGUSZAK, J., *Teorie práva*, Praha: ASPI Publishing, 2004, str. 209.

29 SHAFFER, G., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press, 2013, str. 34.

Otázka legitimacy jednotlivých norem bude vznášena a řešena spíše v souvislosti s pravidly regulatorního charakteru.³⁰ Lze se tak důvodně domnívat, že ta část transnárodního práva, která bude tendovat k autoritativnějšímu pojmání definice práv a povinností zúčastněných stran (obdoba dnešní veřejnoprávní „regulatoriky“), bude muset v rámci svého etablování plnit mnohem náročnější kritéria konsensu mezi stranami, než tomu bude u „dispozitivní“, koordinativní úpravy.

1.3. Definice NLM

Při definici pojmu NLM se střetáváme s nejednotností zejména v otázce, zda NLM náleží do oblasti transnacionálního či nenárodního práva, přičemž napříč různými názorovým spektrem spíše pozorujeme preferenci druhého z uvedených pohledů.

Benson se pokouší NLM poměrně rozvláčně definovat jeho vyjmenovanými charakteristikami a vidí jej jako:

1. odlišný, avšak nikoliv zcela nezávislý (patrně ve vztahu k právu státnímu) systém polycentrického obyčejového práva, které se spontánně vyvíjí v důsledku vzájemných interakcí obchodníků s jednotným záměrem vylepšení příležitostí k obchodním aktivitám, které se skládá z:
2. primárních pravidel obligací zahrnujících jak dlouhodobé obyčeje a vznikající obchodní praktiky a zvyklosti, které zlepšují příležitost k uzavření kontraktu zvýšením důvěryhodnosti ohledně splnění závazků.
3. NLM dále představuje změnu podněcenou jak jednáními mezi stranami, tak řešením jejich sporů, čímž se vytvářejí ty praktiky, které nejlépe zlepšují šance stran zahájit příslušnou obchodní aktivitu.
4. NLM je také představováno rozhodnutími v procesech, jakým je např. mediace, rozhodčí řízení, soudní řízení, a to takovými, které jsou ochotny aplikovat pravidla NLM.
5. NLM také spočívá v uznání pramenící ze zájmu rozšiřovat obchodní příležitosti za pomoci opakovaných jednání, reciprocity, zlepšování reputace a záruk za

30 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010, str. 101.

současného vytvoření negativní zpětné vazby v podobě spontánních sankcí, např. různého stupně „ostrakismu“.

6. Je příznačné, že působnost norem NLM je definována spíše funkčně než geograficky, takže
7. se tento systém aplikuje napříč hranicemi geograficky definovaných, ovšem funkčně široce zaměřených politických jurisdikcí, které podporují zájmy odlišné od těch prosazovaných pomocí NLM,
8. čímž tyto odlišné právní systémy (např. státní právo) s NLM často interagují různými komplementárními či kompetitivními způsoby. Tím dochází k působení norem NLM na tyto ostatní právní systémy a naopak je normami těchto právních řádů působeno na NLM.³¹

S uvedenou definicí autor polemizuje hned v prvním bodě, který definuje NLM jako právo obyčejové. Vzhledem k podmínkám vzniku právního obyčeje (*opinio necessitatis* a *usus longaevus*) by omezení pramenu NLM pouze na právní obyčej limitovalo jeho reflexivní charakter a do určité míry by dokonce popíralo charakter NLM jako systému, který dynamicky reaguje na změnu společenských vztahů.

Rozehnalová označuje *lex mercatoria* jako jev „životaschopný“ bez ohledu na skutečnost, zda tento jev bezvýhradně akceptujeme, nebo k němu zaujmeme nanejvýše skeptický postoj. Pojmy „*lex mercatoria*“, „*International commercial law*“, *Law of international trade*, *Transnational Law of International Trade Transaction*“ chápe jako označení pro jednu oblast práva, která stojí na myšlence svébytného systému norem vzniklých jinak než v rámci legislativní činnosti států.³² Takovéto negativní vymezení v sobě samozřejmě zahrnuje určitý limit v případě, že tento systém jako takový se začne dále diferenciovat. Zde se nabízí perspektiva rozdělení systému norem na ty, které jsou vzniklé přímo činností jednotlivých aktérů mezinárodního obchodního styku (tedy *de facto* na bázi jakýchsi multilaterálních smluv), a subjekty, které v mezinárodním obchodu sice nefigurují přímo jako smluvní strany, ale které na něm participují jiným způsobem (subjekty odvozené: obchodní komory apod.) Kritérium „nestátnosti“

31 BENSON, B., The Spontaneous Evolution of Commercial Law, in: ASCHENFELTER, O. C., Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009.

32 ROZEHNALOVÁ, Naděžda, Právo mezinárodního obchodu, 3. vydání, Praha, Wolters Kluwer, 2010, s. 201.

nicméně dobře koreluje s vědomím veřejného pořádku jako limitu tohoto práva (viz kap. 3.3.), a pro dnešní obchodní realitu je plně odpovídající.

Pohled prof. Rozehnalové de facto identifikuje NLM v rámci výše uvedené kategorie č.4, tedy jako právní řád nenárodní. Jedná se o pohled, který bych vzhledem ke stavu současné debaty označil jako tradiční. Schmitthoff pak NLM chápe jako „autonomní právo mezinárodního obchodu“; pojem „autonomní“ nasvědčuje tomu, že problematiku NLM vidí také spíše nestátním pohledem.³³

Berger³⁴ definuje NLM jako „nezávislý, třetí supranacionální právní řád mezi státním a mezinárodním veřejným právem; právní řád, který je vytvářený a rozvíjený právotvornými silami mezinárodní komunity obchodníků“.

Z uvedených definic vyplývá, že existují tendence vidět NLM dvojím pohledem, buďto jako zcela autonomní řád s pravidly vzniklými a uznanými nezávisle na normotvorné či jiné činnosti národních států, případně pohledem pozitivistickým, tedy vidět NLM jako subsidiární právní řád k řádům národním. Legitimita tohoto řádu by tak vycházela přímo z legitimacy národního práva a byla by „relativní“, tedy by bylo nutné poměřovat konkrétní interakci pravidla NLM s pravidlem národního řádu. V teorii arbitráže by se taková komparace zrcadlila v pojmu objektivní arbitrability sporu. Národní právní řád by tak představoval subjektivní limit NLM, tedy limit pro konkrétní případ.

Setkáváme se také s tendencemi definovat jev NLM spíše sociologicko-právním pohledem, a to např. jako „výraz soukromé, autonomní, k trhu vztažené moci“.³⁵ Taková definice vnímá NLM jako apolitický fenomén provázející vznik na určitém konkrétním státu nezávislé globální komunity obchodníků. Je nutno říct, že prvky takového vnímání jsou více či méně zastoupeny v prakticky všech ostatních definicích NLM.

33 SCHMITTHOFF, C., Das neue Recht des Welthandels, 28 Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, str. 47, cit.z: CALLIES, G.P., ZUMBANSEN, P., Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law, Hart Publishing, Oxford, 2012, str. 29.

34 BERGER, K. P., The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

35 ZUMBANSEN, Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, European Law Journal, Vol. 8, č. 3, září 2002, str. 483.

Důvody jisté „zmatenosti“ a nekompatibility uvedených definic je možné spatřovat jak v novosti a fenoménu a absenci jeho široce uznávané a dostatečně propracované teorie, tak v pluralitě pohledů, kterým je při zkoumání podroben. Jistou úlohu hrají také drobné diference ve významu pojmů zavedených pro lokalizované vědecké debaty o problému.

Autor s ohledem na výše řečené uvádí následující vlastní definici NLM, a to jako **práva té oblasti transnárodního právního řádu, které aktuálním způsobem upravuje právní vztahy mezi účastníky mezinárodního obchodu, a které zahrnuje polycentricky utvářené a v rámci okruhu dotčených účastníků všeobecně uznané přeshraničně působící normy.**

Z uvedené definice tak vyplývá následující:

- NLM je součást transnárodního právního řádu, může přitom docházet k tomu, že v určitém ohledu bude v konkurenčním vztahu k právu státnímu či mezinárodnímu,
- definičním znakem NLM je jeho aktuálnost, tedy schopnost dynamicky reagovat na změnu společenské reality. NLM je právo s reflexivními prvky (viz kap. III).
- NLM je právo *societas mercatorum* a v rámci ní také působí, jedná se tedy o normy s personální působností, tedy mezi „profesionály“.
- NLM tvoří polycentricky utvářené normy, tím je myšleno zejména to, že původci jeho norem jsou různí, přes mezinárodní instituce, uznávané rozhodčí soudy či akademická sféra. Samotný původ norem ve formálním slova smyslu však není pro NLM vyloženě podstatný, jako mnohem podstatnější se jeví následné kritérium, tedy že
- normy NLM musí být všeobecně v rámci *societas mercatorum* uznány. Tato nutnost konsenzu je nejproblematictější aspektem NLM.

K otázce terminologie autor uvádí, že přídomek „new“ považuje za nutný komplement pro odlišení zkoumaného tématu od práva obchodníků v dřívějších historických etapách, kterým je např. středověké *lex mercatoria*, *lex mercatoria a law merchant* v novověké Anglii, případně až *ius gentium* apod. Ty jsou sice nositelem jistých podobností s dnešním chápáním *lex mercatoria* a s tématem souvisí, ovšem ne natolik,

aby bylo exaktní je podřazovat pod stejný pojem. Za NLM tak pro účely této práce považují ten pohled na oblast *lex mercatoria*, jenž se stal cílem pozornosti po slavné přednášce J.Jessupa v roce 1956, tedy v době, kdy začínal proces světové globalizace. Přídomek „new“ je běžně užíván také některými jinými teoretiky, např. Calliesem, Zumbansenem, Schaefferem, Bergerem a dalšími.

1.4. Závěr kapitoly

V úvodu této práce si autor vytyčil otázku, zda je pojem NLM pojmově uchopitelný a zda tak může být předmětem dalšího akademického zájmu. Autor konstatuje značnou názorovou nejednotu v otázce definice NLM, avšak zároveň dochází k závěru, že taková míra odlišností v názoru je charakteristická také pro právní definice, včetně definice práva jako takového. S ohledem na konstantní zájem právní vědy o téma *lex mercatoria* je vhodné pro účely další práce s tématem „zafixovat“ určitou jednotící definici, o což se autor v kapitole 3 této práce pokouší.

2. Geneze *lex mercatoria*

Poznatek o historickém vývoji fenomenu *lex mercatoria* je důležitým argumentem pro obhajobu jeho legitimacy. Svědčí o jeho stabilitě³⁶, přičemž se dá v tomto případě hovořit prakticky výlučně o kontinuitě materiální, tedy kontinuitě postavené na hodnotových základech takového právního řádu.

2.1. Středověké kořeny *lex mercatoria*

2.1.1. Pojem a původ středověkého *lex mercatoria*

Počátek *lex mercatoria*, tedy „práva obchodníků“, práva „tvořeného účastníky a pro účastníky mezinárodního obchodu“³⁷, nebo alespoň jeho myšlenky, patrně spadá do vývoje obyčejového práva v evropském pozdním středověku. Převažující pohled na středověké *lex mercatoria* (dále jen „MLM“) je takový, že se jedná o soubor hmotných i procesních norem vyvinutých v rámci komunity obchodníků – a bez přímé účasti veřejné moci - za účelem podpory obchodu napříč středověkou Evropou.³⁸ MLM je také definováno jako „komplexní systém polycentrického obyčejového práva, které se rozvinulo vedle univerzálních obyčejových pravidel“.³⁹

V odborné literatuře se objevují dokonce tvrzení o římském původu *lex mercatoria* a jeho ztotožnění s *ius gentium*.⁴⁰ Autor nepovažuje takové úvahy za zcela přesné, jelikož z nich vyplývá znatelný rozdíl mezi autoritou, jejímž působením se takový systém pravidel ustálil. *Praetor*, jakkoliv požívající značné diskrece při užívání svěřených kompetencí, stále vystupuje v roli veřejné moci římského státu, který ve své klasické podobě rozhodně nelze pojímat jako patrimonium, jako je tomu u pozdějších feudálních

36" BOGUSZAK, J., str. 307.

37 " LUTRELL, S, Bias Challenges in International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, 2011, str.188.

38" ZUMBANSEN, P., CALLIES, G.-P., Law, Economics and Evolutionary Theory, Edward Elgar, Cheltenham 2011, citace z: BENSON, B., The Law Merchant's story: how romantic is it?, str. 85.

39" ZUMBANSEN, P., CALLIES, G.-P., Law, Economics and Evolutionary Theory, Edward Elgar, Cheltenham 2011, citace z: BENSON, B., The Law Merchant's story: how romantic is it?, str. 68.

40 K tomuto příměru např. HATZIMIHAİL, N., The Many Lives - And Faces - Of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law, Law and Contemporary Problems, Vol. 71, No. 3, pp. 169-190, Summer 2008, dostupné z: www.ssrn.com.

entit, které jej postupně nahrazovaly. Nelze však upřít, že z hlediska samotné právní materie je skutečně možné o určité kontinuitě hovořit, o čemž svědčí také shoda některých principů (viz kap. č. 4).⁴¹

Pro téma NLM je povědomí o MLM relevantní ze dvou důvodů. Za prvé, spojitost mezi NLM a MLM by poukazovala na existenci univerzální a na společenských okolnostech neměnné potřeby komunity obchodníků disponovat do jisté míry „autonomním“ systémem pravidel za účelem regulace svých obchodních aktivit; za druhé, MLM by mohlo obsahovat určité principy či normy, které jsou způsobilé tvořit esenci také aktuální podoby *lex mercatoria*, tedy NLM.

Ačkoliv paralely mezi MLM a NLM nejsou v mnoha ohledech širší odbornou veřejností akceptovány a někteří autoři v nich spatřují jen pokusy o účelovou argumentaci pro existenci fenoménu, který je ve skutečnosti jen zcela umělou rekonstrukcí vytvořenou až moderní právní vědou,⁴² nemůže se autor ubránit dojmu, že určitá kontinuita zde existuje a je dána následujícími třemi základními hledisky:

6. Záměrem vytvořit do maximální možné míry univerzální systém pravidel pro specificky, profesně vymezenou skupinu subjektů, za účelem regulace jejich vzájemných obchodních činností. Působnost norem MLM je určena dle osobního kritéria – jeho normy se vztahují na obchodníky (bez ohledu na jejich původ), tedy účastníky obchodních vztahů.
7. Polycentrickým způsobem vytvářet normy, které měly představovat realizaci takového záměru. Normy tedy nebyly vytvářeny jednou konkrétní autoritou, ale stály na nařízeních a regulacích obchodních cechů, částečně na nařízeních a sepisech pravidel učiněných lokální autoritou (ať již církevní nebo feudální).
8. Analogickými makroekonomickými východisky pro vznik MLM/NLM. Rozšíření a intenzifikace „mezinárodní“ obchodní činnosti, která si postupně začala vynucovat vznik jednotnější právní úpravy, by nebylo možné bez výrazného zvýšení produktivity středověké společnosti, ke které došlo zejména

41 Goldman považoval *ius gentium* za recepci mezinárodních zvyklostí v oblasti obchodního práva. Praetor peregrinus byl představitelem autority, která si „půjčovala“ ze zvyklostí mezinárodního obchodu a tato pravidla jen formálně upravovala pro použití v římskoprávním kontextu. HATZIMIHAİL, N., *The Many Lives - And Faces - Of Lex Mercatoria*, str. 185.

42 ROZEHNALOVÁ, N., *Nestátní právo před českými soudy*, str. 1.

v důsledku zemědělské revoluce v průběhu 11. a 12.století. Tato hospodářská proměna společnosti byla impulzem k částečné urbanizaci středověké společnosti, vzniku první „buržoazie“, a s tím spojeným růstem předprůmyslové řemeslné výroby, která stále častěji představovala obchodovaný produkt. K další vlně růstu obchodní aktivity, a to zejména v oblasti středomoří, pak došlo po ukončení křížových výprav a otevření východních trhů koncem 13.století. Analogicky také evropská společnost v průběhu 19.století zažila zásadní hospodářskou proměnu, která Evropu definovala jako průmyslový kontinent s převahou městské populace, a především zásadně redukovala transakční náklady v oblasti mezinárodního obchodu. Podobně zásadním procesem prochází společnost v současné době, kdy dochází ke globalizaci a digitalizaci. Vývojové impulzy zemědělské revoluce v pozdním středověku, průmyslové revoluce v 19. století a globalizace a digitalizace ve 21. století jsou podobně významné předěly, na které jednotlivé normativní systémy zásadním způsobem reagují.

2.1.2. Prameny MLM

Myšlenka MLM nabírá napříč různými prameny evropského středověku na první pohled různé, v podstatnostech však přeci podobné rysy. Následující prameny jsou demonstrací zmíněného poznatku a tvoří esenci toho, co dnešní právní věda za prameny MLM běžně považuje.

Prvním pramenem, který pojem *lex merchant* (resp. „*law merchant*“) zmiňuje je tzv. Malá červená kniha bristolská („*Red Little Book of Bristol*“) datovaná do 13. století. Ta představuje také jedno z prvních dochovaných nám známých pojednání o obchodním právu v anglosaské oblasti. Tento pramen nabízí zajímavý poznatek o praxi při řešení sporů na středověkém trhu. K rozhodování nebyli většinou povoláváni „profesionální“ soudci, magistráti, natož vzdělaní právníci (právní vzdělání v Anglii dlouho nemělo univerzitní podobu tak, jak tomu bylo v kontinentální Evropě), ale jiní obchodníci, či jiné osoby, které byly znalé obchodních praktik označovaných jako „*Pie Powder Judges*“.⁴³ Rozdíly v řízení se pak projevovaly jak v určité bezprostřednosti takového

43 BENSON, B. L., *The Law Merchant's story: how romantic is it?*, v: CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, str. 78.

řízení (probíhalo okamžitě v místě obchodu), tak v záležitostech procesních, např. byla odlišně posuzována otázka přípustnosti některých důkazů. V určitém ohledu podobnou praktikou se současnou rozhodčí praxí bylo užívání „veřejných“ vrchnostenských soudů (ať již královských, městských, šlechtických nebo církevních) jako jakési druhé instance, což sice vzdáleně připomíná možnost zrušení rozhodčího nálezu v dnešním právu, šlo však zřejmě o meritorní přezkum věci.

Zmíněný pramen také odhaluje proměnu, jakou procházela oblast řešení obchodních sporů s tím, jak se etablovala permanentní obchodní centra. Trhy, dříve konané na různých místech a jen na základě ad hoc domluvy, tedy mimo existující „administrativní“ rámec určité konkrétní obce, začínají být nahrazovány stálými obchodními místy, tedy pozdě středověkými městy, se svými stále systematictějšími pravidly. Vzniká tak stav určitého soupeření mezi paralelně existujícími normativními úpravami: městským právem a „právem trhu“.⁴⁴ Prvotní zájem na ingerenci městských pravidel vůči trhu je pochopitelně zájem ekonomický – regulované aktivity mohou být zatíženy různými poplatky či podmíněny udělením povolení.

To, že se obchodníci středověké Anglie dovolávali rozhodování dle *lex mercatoria*, dokazují i dochované záznamy z projednávání těchto případů, např. jako ve věci Aubrey vs. Flory z roku 1321, ve které šlo o klasický platební spor z neuhrazené kupní ceny za dodávku zeleniny na trh ve městě Lynn, Norfolk. Ve *writu*, adresovanému soudu v Londýně, se obchodník Aubrey domáhal toho, aby byla „plně a rychle sjednána spravedlnost dle práva a zvyku království, anebo dle *lex mercatoria*“.⁴⁵ V následující argumentaci pak zazní m.j., že „obsahem *law merchant* je, že kde strana popírá svůj závazek, či cokoliv jiného, musí skutečnost existence takového závazku prokázat ten, jenž tvrdí, že takový závazek existuje“.

Z prostředí středověké Anglie pochází rovněž další pramen „práva obchodníků“, a sice tzv. *Carta Mercatoria* vydaná Edwardem I v roce 1303. Tento dokument je garancí některých práv zahraničních obchodníků v Anglii (např. zahraničním kupcům ulevoval od určitých poplatků hrazených kupci domácími, vedle toho pak reguloval míry a váhy)

44 Tamtéž, str. 80.

45 „to cause full and swift justice to be done according to the law and custom of the realm or the law merchant“, BAKER, str. 317 a násl.

a nepředstavuje komplexní obchodněprávní úpravu⁴⁶. Již několik let po jejím přijetí v roce 1309, byla její platnost na nátlak domácích obchodníků pozastavena, a poté částečně znovuobnovena v roce 1311 v podobě tzv. *New Custom*. Autor tento – z dnešního pohledu „veřejnoprávní“ - dokument zmiňuje ze dvou důvodů: jednak z důvodu demonstrace roztržičnosti právní úpravy, která se středověké *societas mercatorum* dotýkala, za druhé pak proto, že zde je evidentní snaha obchodní komunity zasahovat do normotvorné činnosti státu a vytvářet si podmínky vlastní.

Zvážíme-li geografickou realitu některých významných tržních center pozdně středověké Evropy (Janov, Benátky, Flandry, Londýn a jiné), nepřekvapí, že jedním z prvních pramenů, který tematiku spadající pod pojem *lex mercatoria* upravuje, je soubor rozsudků námořního soudu ve francouzském městě Oleron, tedy tzv. *Rôles d'Oléron*, které jsou datovány přibližně do let 1150-1160. Je však nutno přiznat, že iniciativa vydání těchto rozsudků vzešla ze strany subjektu, který bychom v dnešním pojmání vnímali jako autoritu jednoznačně veřejnou (tou byla Eleanor of Aquitaine). Tento pramen nicméně svým obsahem přímo odkazuje na mnohem starší „kodifikaci“, a sice tzv. *Lex Rhodia de iactu*, tedy „zákon“, jehož původní podoba nebyla nikdy nalezena, která se však přesto zrcadlí v řadě jiných významných pramenů práva, mj. v Justiniánských Digestách, knize XIV.

Jiným významným, byť výrazně pozdějším pramenem, je sepsání právních obyčejů poprvé publikované r. 1622 a nazvané „*Consultado Vel Lex Mercatoria*“, jehož autorem je Gerald de Maylnes, holandský obchodník s anglickými kořeny, který měl srovnatelně blízko k podnikání jako k anglickému dvoru.⁴⁷ Zmíněné dílo, které se dočkalo ještě v průběhu 17.století šesti vydání, je pro teorii NLM významné zejména známým tvrzením, že „*lex mercatoria je obyčejovým právem uznaným autoritou všech států a společenství, avšak není právem založeným na suverenitě určitého panovníka*“⁴⁸. Spis je pochopitelně dílem své doby, ve kterém nalzáme stopy myšlení Aristotela, Bacona a

46 UNWIN, T., *Wine and the Vine: An Historical Geography of Viticulture and the Wine Trade*, str. 192 a násl.

47 KENNEDY, S. M., *A simple lawyer's impressions of the Lex Mercatoria, and certain examples of its acceptance by the Canadian judiciary*, dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263759, str. 4.

48 „Customary Law approved by the authoritie of all Kingdomes and Commonweales, and not a Law established by the Soueraigntie of any Prince,...“

dokonce Paracelsa.⁴⁹ Teologicky hloubá nad významem obchodu, jeho vztahu k přirozené nátuře člověka a zabývá se z velké části otázkami, které by dnes byly předmětem zájmu také ekonomie, sociologie a nejen práva. Pojmu práva obchodníků se však věnuje především a uvádí, že toto „není ničím jiným než čistým rozumem odpovídajícím přírodě ve všech svých bodech“ a že je „rozšířeno mezi všemi národy“.⁵⁰ Malynes nevidí v *lex mercatoria* nic jiného, než: „*recta ratio, natura congruens, diffusia in omnes, constans sempiterna.*“⁵¹

Dnešním pohledem bychom Malynesův spis označili jako iusnaturalistický. Právo jako takové je dle něj „pravým rozumem, který je v souladu s přírodou ve všech svých bodech“,⁵² přičemž *lex mercatoria* zde prezentuje jako fenomén, který existuje nezávisle na politických proměnných, tedy jako právo přirozené, jehož legitimita je odvozena od lidem vlastních univerzálních principů chápání smyslu a logiky. Stát je v jeho pojetí jednou z mnoha entit, které daný právní řád z titulu jeho přesvědčivosti respektuje. Oblast obchodního práva přitom chápe ve vztahu k ostatním právním oborům jako vyjímečnou, když uvádí, že „ve způsobech a předpisech existují mezi národy velké rozdíly, ovšem v pravidlech vztahujících se k otázkám obchodním existuje porozumění, soulad a dohoda.“ Jako příklad rozporu této „soukromé“ vůle od politické pak uvádí příklady zemí, které spolu přes stav válečného konfliktu udržují jistý obchodní styk.

Pro přesnější představu o podobě MLM je však nutné vzít v úvahu roztržštěnou realitu středověké Evropy, která nepřipouštěla vznik zcela jednotného systému pravidel platných pro všechny lokality, kde se obchodní styk realizoval. Výrazným rysem středověkého práva bylo také rozdělení právních řádů dle osobní působnosti norem. Pro členy církve tak platilo právo odlišné od běžných poddaných. Tato „roztržštěnost“ byla logická vzhledem k relativní absenci centrální moci, která by byla schopna prosadit na celém území daného státního celku skutečně jednotnou právní úpravu. Jakkoliv byl tak

49 Malynesovi nelze upřít také merkantilistickou dimenzi myšlení. V jiném svém spise, který se věnuje analýze tehdejší anglické finanční krize (*Treatise of the Canker of Englands Common Wealth*) analogizuje anglický stát s pacientem, který trpí chorobou způsobenou nepoměrem zahraničních a domácích komodit, tedy negativní obchodní bilancí, která má za následek odliv domácí měny do zahraničí, a tedy i snižování domácího bohatství. Podobnost s principy, na kterých spočívala renesanční medicína, není vzhledem k šíři Malynesova vzdělání zdaleka náhodná.

50 Text dostupný: <http://www.trans-lex.org/104970>. Překlad citace pochází z vydání z r. 1686.

51 GOODE, R., str. 18.

52 GOODE, R., tamtéž.

motiv vzniku a osobní působnost pravidel MLM na různých místech stejný, pravidla se místo od místa lišila. Důvody byly v zásadě dva: absence zastřešujících autorit, ty byly pouze lokální (ať již v podobě feudálů, měst či obchodních spolků), tak nedostatečné množství interakcí mezi subjekty na různých trzích. Nebylo tedy možné, aby došlo k ustálení „nejlepších“, či převažujících pravidel.

Také Sachs⁵³ této „tradiční“ představě o existenci paralely mezi MLM a NLM odporuje. Poukazuje přitom zejména na skutečnost, že vynucení spočívalo výhradně na subjektech, které mají veřejnoprávní charakter, tedy na lokálních feudálních autoritách. Způsob konvenčního výkladu o MLM pak Sachs považuje za silně tendenční, hrubě zkreslený a sloužící účelové argumentaci mající za cíl obhajobu paralely mezi MLM a NLM.⁵⁴ Je třeba souhlasit s tím, že obsah a interpretace aplikovaných norem se lišily způsobem, který znemožňuje obhájit teze o existenci vnitřně koherentního, a na veřejné moci autonomního právního řádu, který by vztahy obchodníků reguloval.

Na podporu svých tvrzení uvádí Sachs historicky zdokumentovaný případ sporu, který byl rozhodován roku 1270 v obci St.Ives v anglickém Cornwallu. O sporu o hmotné plnění (dodávka sudů s vínem) zde mezi obchodníky bylo rozhodováno s odkazem na „*lex mercatoria*“⁵⁵. Vyjimečnost situace v Anglii dále Sachs ilustruje, když cituje text Thomase Scruttona z r. 1909, který si všiml, že v soudních záznamech anglické koruny ze 17. století zcela chybí záznamy o obchodních soudních sporech⁵⁶. Jedná se přitom o období, kdy byla Anglie obchodně velice aktivní (již např. v r. 1600 byla založena Východoindická společnost), je tedy zřejmé, že obchodní spory byly rozhodovány jiným způsobem, než před soudy panovníka. S určitou nadsázkou lze tedy říci, že určitá „praforma“ *lex mercatoria*, resp. určitá specifická podoba MLM tvořila obchodní právo středověké a ranně novověké Anglie, a to před tím, než bylo toto právo zahrnuto do „státního“ práva anglického, tedy *Common law*. Postup této etatizace obchodního práva v Anglii pak lze rozdělit do následujících etap:

53 SACHS, str. 690.

54 SACHS tamtéž. Sachs dokonce uvádí, že taková interpretace je příkladem zneužití historických skutečností a pramenů pro účelovou manipulaci.

55 Přesně je použita fráze „*secundum legem mercatoriam*“, za níž Sachs spatřuje odkaz na jakékoliv principy, které jsou ve vztahu k dané konkrétní projednávané věci relevantní. SACHS, str. 694

56 SACHS, str. 696.

- a) existence separátních pravidel (soukromé sbírky, obyčejové právo), rozhodované před *ad hoc* vytvořenými soudními tribunály, většinou obsazenými soudci z řad obchodníků⁵⁷
- b) existence separátních pravidel, dle kterých je rozhodováno před *Common law* soudy
- c) inkorporace *lex mercatoria* do *law merchant* jako součásti *Common law*.

2.1.3. Mechanismus vynucení norem MLM

Otázka mechanismu vynutitelnosti středověkých „obchodně-právních“ norem je však v důsledku omezeného počtu historických pramenů víceméně nezodpověditelná. V případě již zmíněném, tedy při sporu obchodníků na trhu v St.Ives, je nutno přisvědčit závěru o veřejném vynucení. Rozhodující soud byl ustanoven z autority příslušného opatství (Ramsey), kterému byla králem svěřena administrace daného územního celku. Napříč historickými prameny však sledujeme i poznatek nasvědčující tomu, že řada pravidel byla vynucována výlučně soukromou cestou, nejdříve zejména neprávními formami, jakými jsou bojkoty (ze strany obchodních gild) nebo hrozbou jimi. Sachs také uvádí, že takové prostředky byly mnohdy výraznější sankcí pro jejich iniciátory než pro recipienty.

Z dostupných středověkých pramenů se Benson snaží vyabstrahovat množinu devatenácti základních pravidel, které tvořily esenci MLM, a které se velmi blíží obecným principům soukromého práva, které tvoří základ pro doktrínu NLM. MEZ zmíněná pravidla náležejí např.: možnost obchodníků svobodně vstupovat do smluvních vztahů, tedy absence smluvního přímusu, pravidlo, že obchodník se musí zachovávat čestně při svých obchodních aktivitách, že musí uzavřenou smlouvu dodržet, dále pravidlo rovného přístupu k „cizím“ obchodníkům (dnes bychom řekli k subjektům z odlišných jurisdikcí). Ve výčtu jsou přítomna také pravidla procesního charakteru, např. povinnost řešit vzniklé spory čestně a rychle s přihlédnutím k veškeré předložené důkazní materii. Z uvedených pravidel je možné pozorovat, že hlavní důraz byl v případě MLM kladen

⁵⁷ Autor poznamenává, že na tradičních anglických univerzitách začalo být právo vyučováno výrazně později, než v kontinentální Evropě. Právo tak bylo dlouhou dobu aplikováno a tvořeno příslušníky jiných profesí.

na oblast smluvního práva, zatímco např. právní úprava uměle vytvořených entit (obchodních korporací) pochopitelně zcela absentovala.

2.1.4. Paralely MLM a NLM

V názoru na charakter MLM autor konstatuje, že se spíše ztotožňuje s tezemi Sachse. Je nepředstavitelné, že by vzhledem k míře technické zaostalosti a nízké frekvenci interakcí mezi obchodníky z různých oblastí mohlo v realitě středověké Evropy dojít k etablování systému pravidel, který by byl jednotný a vnitřně nerozporný. Není však možné nevšimnout si tendencí k takovému vývoji tento systém vytvořit. Důvody jsou logické a vyplývající z reality mezinárodního obchodu a zájmu subjektů, jež jej realizuje. Tendence lze ve vývoji středověkého práva spatřit, technické a společenské předpoklady pro takový vývojový krok však naplněny nebyly. V roli soudních instancí rozhodujících obchodní spory se objevovali jak jednotliví obchodníci, tak vrchnostenské a dokonce církevní autority.

Klíčovým a souhrnným poznatkem je však vědomí podobností, které mezi MLM a NLM díky dochovaným historickým pramenům nalézáme. Právě z nich můžeme usuzovat na středověký původ myšlenky globálního práva regulujícího obchodní transakce mezi subjekty pocházející z různých, politicky odlišně členěných částí světa. Současný proces etablování takového globálního právního řádu lze považovat za přirozenou renesanci této myšlenky; případný budoucí vznik plnohodnotného a široce uznávaného NLM pak jako její konečnou realizaci.

Společným jevem, byť se ne přímo týkajícím práva jako takového, je též poznatek o snaze obchodníků různými způsoby „unikat“ takové právní úpravě; od raného novověku zejména formou rozvoje „černého obchodu“ (který z podstaty před ingerencí státní moci do oblasti trhu neexistoval), ale také rozmachem pirátství, pašeráctví a jiných podobných činností.⁵⁸ Aktivita, které byly dříve regulovány sice nezávisle na státní úpravě, ale stále v mezích autonomního právního řádu a za pomoci relativně transparentních metod, byly najednou vyloučeny z jakéhokoliv právního uvážení.

58 BENSON, B. L., *The Law Merchant's story: how romantic is it?*, v: CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, str. 81.

Vymahatelnost smluv a charakter obchodních vazeb se v této „šedé a černé“ ekonomice stala čistě a pouze faktickou kategorií.

MLM tak jako první demonstrovalo ještě jeden důležitý poznatek, a sice, že donucovací funkci daného právního řádu může zastávat subjekt zcela odlišný od toho, který je tvůrcem právních norem a „administrátorem“ určitého právního řádu.

Následující tabulka ve smyslu výše řečeného stručně shrnuje ty aspekty, ve kterých se MLM a NLM podobají a ve kterých se liší.:

	MLM	NLM
Právotvorný subjekt	Gildy, cechy, autoři soukromých sbírek, církevní a světské autority	Akademická sféra, rozhodčí soudy, mezinárodní veřejné a soukromé organizace
Prameny práva	Převážně právo obyčejové, příležitostně soukromé sbírky	Rozhodčí nálezy, soukromé sbírky pravidel, legislativní projekty mezinárodních institucí, produkty akademické sféry
Subjekt rozhodující spory – aplikující normy <i>lex mercatoria</i>	Jakákoliv „faktická“ autorita: rozhodci, církevní autority, členové cechů atd.	Rozhodčí soudy, dispute resolution boards

2.2. *Lex mercatoria* a konkurence národních právních úprav

Obdobím, kdy se v evropském prostoru již plně projevují důsledky etatismu, je 17. století. Tehdy dochází k definitivnímu upevnění panovnické moci do téměř až absolutistické podoby ve Francii, v Anglii tyto snahy končí vleklými občanskými válkami a zásadní politickou rekonfigurací. Vývoj v prostoru pro nás relevantním – v Habsburské monarchii – je do značné míry determinován uzavřením systému mírových smluv v průběhu roku 1648, které svým charakterem zakládají realitu mezinárodního uspořádání částečně na bázi multilaterálních veřejnoprávních mezinárodních smluv. Stát

na sebe postupně přejímá stále větší množství společenských funkcí, a to včetně zajištění jednotného právního rámce pro subjekty pocházející z jeho jednotlivých oblastí. Období 17. století bylo také např. svědkem posledního valného shromáždění severoněmeckého Hansovního spolku jako unikátního subjektu založeného „obchodníky pro obchodníky“, který v období svého vrcholného vlivu zajišťoval široké portfolium služeb, m.j. také z oblasti rozhodování obchodních sporů, a zajišťoval vymahatelnost svých norem. De facto šlo o určitý geograficky omezený smluvní kartel, který zvýhodňoval na území určitých, smluvně definovaných měst a států subjekty, které se hlásily k jednotlivým obchodním cechům. Později však již faktická role „Hansy“ nenávratně upadá; její funkci přejímají orgány jednotlivých knížectví, později převážně orgány pruského státu.

Počátky právní regulace trhu ze strany veřejných autorit lze sledovat do vzdálenější minulosti, a sice již do konce 12. století, kdy začala praxe jmenování osob pověřených dohlížením trhu ze strany městských orgánů. Benson uvádí jako příklad zaznamenané jmenování takových osob v oblasti Champagne.⁵⁹ Tyto osoby však původně respektovaly práva trhu a měly tedy z dnešního pohledu opravdu jen kontrolní funkci; situace se radikálně začala měnit s potřebou financovat válečné konflikty v následujícím století (tzv. „Stoletá válka“) a trh začal být stále více zatížen poplatky, ve kterých je třeba hledat zárodek pozdější daňové soustavy.

V oblasti ekonomické se v evropském novověku prosazuje merkantilismus, který je řazen mezi proudy ekonomického nacionalismu. Stojí na myšlence, že ekonomiku je třeba regulovat zejména ve prospěch konkrétního vlastního státu, a to formou nejrůznějších regulatorních opatření, cel, subvencí určených domácím subjektům apod., a to tak, aby byla dosažena pozitivní obchodní bilance určitého konkrétního politického útvaru – státu. Tím merkantilismus ze své podstaty tvoří kontrapunkt k ekonomickému globalismu. Za českého reprezentanta merkantilistických teorií je považován Pavel Hynek Morgenthaller, který jeho principy shrnul v díle *Všeobecné principy rozkvětu a úpadku státu (Generalis florentis et intereuntis rei publicae causae)*. V této publikaci je zantelná výrazná orientace na „domácí“, státní hospodářství.

⁵⁹ BENSON, B. L., *The Law Merchant's story: how romantic is it?*, v: CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, str. 81.

Proces postupné etatizace je dobře ilustrován vývojem v právní oblasti ve středověké a raně novověké Anglii, kde vývoj tohoto systému norem probíhá ve třech fázích, přičemž je evidentní posun od „autonomní“ podoby pravidel (tedy značně nezávislé na veřejné moci – většinou obyčejového práva) až k plné etatizaci a inkorporaci těchto norem v rámci Common Law (viz. kapitola 2.1.).

Jako dvě zásadní kritéria pro odlišnosti tohoto systému se s přihlédnutím k řečenému jeví, že: a) se jednalo o autonomní soustavu pravidel s přesně vymezenou osobní působností (ve vztahu ke komunitě obchodníků) a b), že spory byly řešeny před zvláštními soudy.

Z pohledu merkantilismu se jeví být čistě soukromé *lex mercatoria* určitým archaismem, zejména v kontextu rozvoje velkých, státem sponzorovaných obchodních organizací v 17. století, které jsou přímo státem financovány (např. Východoindická společnost od r. 1600).⁶⁰ Důsledkem je opětovný návrat k národním soudům pro řešení obchodních a souvisejících sporů. Vynucení práva spočinulo opět, nikoliv však definitivně, na státní autoritě. V současné době tedy pozorujeme spíše invertní vývoj, kdy ke konstituci svébytného systému pravidel de facto dochází přes aplikaci původně národního práva subjekty rozhodujícími spory, avšak stojícími mimo justiční státní soustavu.

Poznatky o fenoménu MLM však zůstávají významným svědectvím o pokusu o vytvoření na státní moci autonomní právní regulace mezinárodního obchodu. Inspirace MLM se dále stává častým legitimizačním prvkem pro zastánce teorie tzv. „korporátní seberegulace“.⁶¹

60 COOPER, S.-. RULE, C., Del DUCA, L., From Lex Mercatoria to online dispute resolution, Penn State Law, *Uniform Commercial Code Law Journal*, Vol. 43, 2011, str. 4.

61 SACHS, S.E., From St.Ives to Cyberspace, str. 685.

2.3. Obnova *lex mercatoria* a její důvody

V úvodu této kapitoly je třeba říci, že představa úplného zániku fenomenu *lex mercatoria* po jeho středověké etapě vývoje a následného znovuzrození v 19. století (tedy představa jakéhosi lineárního vývoje) je nepřesná, resp. jedná se o zobecnění, ke kterému autor přistupuje účelově, aby jednotlivé etapy pro účely další práce s tématem vymezil, zatímco si je vědom toho, že v mnohých spisech z mezidobí se s pojmem *lex mercatoria* nadále pracuje a je mu věnována náležitá odborná pozornost.⁶²

Potřeba globálního systému pravidel má své kořeny v technologickém pokroku, který od cca. 19. století doprovázel proces průmyslové revoluce (konkrétně tzv. druhé průmyslové revoluce), a který se v obchodní rovině projevil významným snížením transakčních nákladů.⁶³ Na technologický pokrok reagovaly institucionální a právní změny, došlo k velkému rozvoji pojišťovacích a bankovních služeb. Právní rozměr přeshraničních obchodních operací však byl stále pevně regulován národními úpravami. Tendence podříditi smluvní vztahy „univerzální“ právní úpravě se však začíná při realizaci některých mezinárodních obchodních projektů prosazovat poměrně brzy, zejména pak v těch částech smluv, ve kterých jde o řešení případných sporů. 18. května 1872 je mezi tureckým státem a rakouskou dopravní společností „*Companie générale pour l'exploitation des chemins de fer de la Turquie Europe*“, realizující železniční spojení Evropy s Tureckem, uzavřena obchodní smlouva obsahující rozhodčí doložku, dle které měl být případný spor ze smlouvy rozhodnut dle principů, které by se v analogické situaci uplatnily v jiných velkých evropských státech, a sice v Rakousku, Itálii, Francii a Německu, nikoliv však na státní právo jako takové. Jedná se tedy o přístup, který je běžný také v dnešní době, a to v podobě odkazů na obecné právní principy.

V průběhu druhé poloviny 20. století svět dospěl do situace výrazné „prozápadni“ orientace a členění na jednotlivé národní státy jako na dominantní společenské formace.

62 Jedním z takových pramenů je např. poměrně detailní pojednání z roku 1813 nazvané: „*Lex Mercatoria: a complete code of commercial law* od Wyndhama Beawese.“, které víceméně kazuistickou metodou podává komplexní přehled o tématice práva mezinárodního obchodu. Pramen je dostupný z: <http://www.trans-lex.org/biblio/>.

63 SWEET, A. S., *The new lex mercatoria and transnational governance*, *Journal of European Public Policy*, 13:5, 2006, str. 629.

V 21.století se pak dá očekávat proměna obou základních charakteristik, a to od „západní“ dominance k určitému multipolarismu, a od orientace na národní stát ke stavu koexistence fakticky podobně významných subjektů, bez ohledu na jejich ideologický či ekonomický základ.⁶⁴ Korporace, státy a jiné formace budou spíše koexistovat „vedle sebe“, než že by mezi nimi byly faktické hierarchické vazby. V oblasti kulturní pak bude dominovat jistá globální, univerzální kultura s prvky „*glokalismu*“, tedy určitých místních specifik (např. v podobě lokálních tradic a zvyklostí) existujících paralelně vedle této globální kultury. Prostor, ve kterém právo operuje, se tak zásadním způsobem promění.

Shaffer hovoří o pěti dimenzích proměny tradičního, národního státu, které je možno empiricky prokázat. Ty spatřuje v následujících oblastech, z nichž za klíčovou považuje právě dimenzi první, a to právní.

- Změny hmotného práva a jeho aplikace (proměna státu pohledem právní vědy). Zejména v oblasti práva duševního vlastnictví, trestního práva a práva spotřebitelského, bankovního a jiných odvětví dochází k přejímání norem z práva mezinárodního, supranacionálního (právo EU), tedy norem, které mohou být vnímány jako normy „transnárodního“ charakteru.
- Změny v hranici mezi státem a trhem (proměna státu pohledem institucionální ekonomie). Tento pohled postihuje zejména rostoucí tendence k privatizaci a outsourcingu nejrůznějších aktivit, které dříve byly přímo spravovány národními státy. Transnacionalizující tendence přitom posilují decentralizaci, deregulaci a ve svém důsledku tak přispívají k omezování tradiční koncepce sociálního státu⁶⁵. Přenášení státních funkcí na soukromé subjekty je dle Shaffera ospravedlnitelné do té míry, dokud takové subjekty podléhají kontrolním pravomocem orgánů státu, resp. judikatuře jeho soudů. Státy se přitom těchto

64 YASUAKI, O., *A Transcivilizational Perspective on International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2012, str. 32.

65 Pozn.: dobře pozorovatelný je tento jev na současném dění ve Velké Británii, kde dochází ke dvěma paralelním proměnám: na jedné straně stát kontinuálně omezuje sociální výdaje, vedle toho pak dochází k přenosu řady dříve státem provozovaných aktivit na soukromé subjekty. Británie tak zřejmě v současné době prochází zásadní proměnou, která se v politické oblasti projevuje rostoucí odlišností vůči dění na „kontinentu“, kde se některé státy (Německo, Švédsko) vydávají cestou méně radikální obměny dosavadní podoby sociálního státu. Stále častěji se objevující úvahy o vystoupení Spojeného Království z Evropské unie pak lze chápat jako indikátor prohlubujících se rozdílů mezi oběma socio-ekonomickými modely.

aktivit nemusí zříkat zcela, ale mohou je realizovat různými hybridními modely, např. v podobě projektů „public-private partnership“ či jen vykonáváním kontroly a dozoru. Hovoří se o tzv. „regulativním kapitalismu“, ve kterém stát řídí a soukromé subjekty vykonávají samotné aktivity a realizují institucionální a technický pokrok.

- Změny v institucionální architektuře státu (pohled politický). Tento bod úzce souvisí s předchozím uvedeným a týká se spíše změn, které probíhají v „rozvojových“ zemích (posilování role soudní moci, zavádění některých institucí, které jsou v jiných zemích běžné – např. orgány s působností v oblasti ochrany práv duševního vlastnictví apod.).
- Proměna významu v profesionálních metodách řízení státu (pohled profesní sociologie). Tento přístup koreluje s proměnou dosavadního pojetí autority. Např. forma reprezentativní demokracie bude stále více „konkurovat“ tendencím k technokratickému a profesionálnímu přístupu v řízení; obchodní korporace spravující aktivity dříve vyčleněné národním státům budou vytvářet subsystémy s charakteristikami blízcími se právní úpravě.
- Změna v asociativních a normativních rámcích a v koncepci kontroly a přičitatelnosti jednání subjektů napříč právními řádů (pohled sociologie organizace).⁶⁶ Zde se jedná zejména o takovou proměnu státu, která činí rozhodnutí jeho orgánů a subjektů v rámci jeho institucionálního rámce působících odpovědným organizacím a subjektům, které součástí jeho institucionálního rámce nejsou (to se projevuje např. v rostoucím vlivu monitoringu různých podsložek mezinárodních a supranacionálních entit vůči procesům „uvnitř“ jednotlivých států). Národní státy tak ztrácí faktickou suverenitu, byť se nabízí korekce, že se tak děje dobrovolnou cestou. Takto například dochází ke kontrole a zásahům ze strany FATF vůči jak veřejným, tak soukromým subjektům s cílem prevence hrozeb ve finančním sektoru. Soukromé i veřejné subjekty tak pojí zájem na adaptaci pro splnění takových požadavků.

Pokud hovořím v kap. 2.2. o státu „Westfálském“, je tento pojem nutno chápat jako nadřazený termín pro skupinu pojetí států, z nichž nejbližší je nám v současnosti ten,

⁶⁶ SHAFFER, G., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press 2013, str. 25.

který si nárokuje označení jako „Welfare-state“, tedy národnostně definovaný stát, který obstarává široké spektrum sociálních činností (zdravotnictví, soudnictví, regulatorika v ekonomické oblasti, apod.). V důsledku ekonomických proměn tento koncept státu prochází jistou revizí, jejímž zásadním projevem je redukce aktivit, ve kterých se stát přímo angažuje, které přímo spravuje, či ve vztahu ke kterému vykonává kontrolní činnost. Takový posun je vynucen potřebou stabilizovat zhoršující se makroekonomickou situaci většiny států; ty jednoduše již nemohou a nebudou ani v budoucnu moci působit v řadě oblastí a řadu aktivit ve společnosti adekvátním způsobem regulovat. Typickým projevem je utlumení redistributivní funkce hospodářské politiky (např. v podobě utlumení aktivit v oblasti sociální politiky), či dokonce přenos některých státních funkcí přímo na subjekty od státu odlišné (tak např. ve Spojeném království dochází k přesunu některých pravomocí policejních orgánů na soukromé bezpečnostní agentury; ve Spojených státech došlo k částečné privatizaci vězeňství; soukromé subjekty rovněž ve značné míře čerpají služby bezpečnostních agentur v oblastech, ve kterých ve značném rozsahu a většinou v mezích mezinárodními institucemi daného mandátu prováděly jednotlivé státy bojové operace – Irák, Afghanistan). Již relativně dlouhou dobu pak dochází k privatizaci těch segmentů průmyslu a služeb, které byly dříve státní doménou, jako např. telekomunikací, poštovních služeb, energetiky atp. Obecný trend privatizace je tak zřejmý a vyplývá z přirozeného vývoje společnosti, jejíž realita je stále více složitá na to, aby byla přímo regulována jedním konkrétním, *de facto* ideologicky determinovaným subjektem. Ze států se stává „jedna z mocí“, stále méně však moc výlučná, a to také v oblastech, ve kterých měly doposud monopol národní státy.

Kritickým bodem tohoto vývoje tak může být např. etablování stabilního systému virtuálních měn, které již půjdou zcela mimo dohled centrálních bank. Takový krok, snad ještě radikálnější a méně uchopitelný než opuštění „zlatého standardu“ v 70. letech, bude mít za následek, že státní právní úpravou garantované měny ovlivňované monetární politikou centrálních bank jednotlivých národních států (resp. Evropskou centrální bankou) se ocitnou ve stavu volné soutěže s virtuálními měnami, na které nebudou mít prostředky státní regulace žádný přímý vliv. Současná „soustava“ těchto „krypto-měn“ (např. Bitcoin, Litecoin, Alphacoin atp.) je však z hlediska objemu stále nedostatečná, není akceptována dostatečným počtem obchodních míst a je mimořádně

citlivá na jakékoliv pohyby na trzích, a v důsledku toho také postrádá potřebný aspekt důvěry širší veřejnosti. Někteří ekonomové (Krugman) rovněž zpochybňují schopnost kryptoměn plnit některé základní funkce měny, např. funkci uchovatele hodnoty nebo prostředku směny. Přesto však jakékoliv odhady dynamiky změn či vývoje v této oblasti se v současnosti jeví být pouhými nepodloženými dohady.

Z pohledu práva je třeba přisvědčit závěru, že kryptoměny v současnosti nelze za měnu považovat. Neexistuje tedy zákonem stanovená povinnost kryptoměny přijmat (není ve vztahu k nim stanoven režim nuceného oběhu, jako např. v § 13 a 16 ČNBZ u CZK). Protože nejsou kryptoměny měnami, nelze je ani považovat za peněžní prostředky ve smyslu Zákona o platebním styku. Kryptoměnám nepřiznává současná právní úprava ani znak peněžní pohledávky vůči tomu, kdo je emituje, a to proto, že není většinou znám subjekt emitenta. Z této právní „neexistence“ virtuálních měn plyne rovněž ten důsledek, že ani finanční arbitr, ani jiný státem garantovaný orgán není právem povolán k řešení případných sporů z jimi provedeného „platebního styku“.⁶⁷

Principiálně se tak státní a potažmo mezinárodní právo dostává ve vztahu ke kryptoměnám do složité situace, ze které existují dvě východiska. Buďto časem kryptoměny uzná, a v tom případě do větší či menší míry prolomí monopol státní moci v oblasti měny, anebo se bude k tématu stavět nadále odmítavě. Ve druhém případě ovšem hrozí, že dojde k naprosté faktické nemožnosti státu ingerovat do vztahů, které budou těmito měnami „kryty“. Stát by tak ztratil možnost danit podstatou část společenských aktivit.

Jako jeden z nejdůležitějších motivů nutnosti vzniku transnárodní právní úpravy pro obchodněprávní oblast (zejména pak pro záležitosti spojené s CSR) je skutečnost, že národní státy v důsledku výše popsaných procesů ztrácejí možnost působit mimo jiné jako primární zdroj regulace trhu.⁶⁸ Tuto skutečnost pak nejlépe manifestují případy s

67 MERENDA, D., Vzduchoprázdno kolem bitcoinu, Právní rádce č.7/2014, *Economia*, 2014, str. 42 a násl.

68 ZUMBANSEN, P., *The evolution of Corporation*, str. 32: „*With the winds of globalisation blowing hard and cold over the last few decades, the nation-state has increasingly lost its pivotal role as market regulator. As firms began spanning their activities across the globe, the state has been at odds in effectively governing this development.*“

mezinárodním prvkem či obchodní aktivity částečně se odehrávající ve virtuálním prostoru.

Rovněž paradigma, kterým vnímáme roli národního státu se počíná měnit a uspořádání společnosti bez jeho dominantní role je stále představitelnější. Taubner jednu ze svých prací uvádí slovy, že: „Žijeme v čase vzrůstající deziluze z cílů, struktury a výkonnosti regulativního státu“, a odvolává se přitom na výroky Breyera, Mitnicka a Wilsona publikované již během 80. let 20. století.⁶⁹ S.Sassen ve vztahu k proměně státu rozeznává dva směry, ze kterých tyto procesy probíhají, a to „zdola“ (tedy zejména procesy privatizačními a rozšířením různých projevů „*private-public government*“) a „shora“ (tedy prostřednictvím procesu transnacionalizace).⁷⁰

Představy o legitimitě státní moci se v dnešní době povětšinou opírají o ideu zastupitelské demokracie a demokraticky fungujících orgánů. Reálná míra vlivu elektorátu na politické procesy je však mnohem menší, než by odpovídalo obrazu, který je mu ze strany politické reprezentace předkládán. Voličova představa o fungování jednotlivých zastupitelských orgánů v zásadě bytí v oblasti právního a politického povědomí a je podobně neakurátní jako představa o procesech v obchodních společnostech, od kterých nakupuje spotřební zboží, čímž je také legitimizuje. Volič není schopen posoudit osobní motivy či jiné neveřejné a obchodní zájmy jednotlivých zastupitelů stejně tak, jako není schopen posoudit, jakým způsobem bude naloženo s jeho prostředky, které určité společnosti svěříl výměnou za poskytnutí konkrétních výrobků či služeb. Idea demokracie, materializovaná institutem voleb, tak více než co jiného slouží jako legitimitizační prostředek udržující *status quo* existence dosavadního státního uspořádání tím, že vyvolává ve voliči víru v jeho přiměřenou schopnost uspořádání politického systému ovlivňovat, a tím jej do určité míry s tímto systémem identifikuje.

69 TAUBNER, G., Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, „We live in a time of increasing disenchantment with the goals, structure and performance of the regulatory state“, str. 239.

70 ZUMBANSEN, P., CALLIES, G.-P., Law, Economics and Evolutionary Theory, Edward Elgar, Cheltenham 2011, str. 16, cit. SASSEN, S., The State and Economic Globalization: Any Implications for International Law?, Chicago Journal of International Law, 2010.

Je zřejmé, že se zvyšující se mírou informovanosti občanů bude jejich vztah ke státu jako prostředku identifikace nadále slábnout. Rovněž se bude měnit perspektiva ve vztahu odpovědnosti za řešení jednotlivých společenských problémů, a to z východiska: „Co může můj stát učinit pro řešení mého problému“ k požadavku: „Jak se aktivity dané sítě, organizace či komunity dotýkají řešení mého problému?“. Jedná se v podstatě o rozšíření definice a očekávání také ve vztahu k jiným subjektům než jsou subjekty veřejné moci. Určitou analogií podobného přístupu je také např. myšlenka občanské společnosti.

2.4. Závěr kapitoly

Autor vnímá právo jako „konzensuální“ systém, tedy takový, který nestojí na objektivně vnímatelných fyzikálních či biologických jevech, ale který je postaven na odborném diskursu, vědomí jeho potřeby, a především přesvědčenosti o nutnosti dodržovat určité normy. Takový systém přitom vyžaduje relativně vysokou míru historické kontinuity, aby byl ospravedlnitelný a bylo možné jej široce akceptovat.

Uznání NLM jako svébytného právního řádu musí být opřeno o historickou argumentaci, která má roli významného legitimizačního prostředku pro jeho akceptaci. Historický pohled nám umožní pochopit, proč je univerzální právní řád v oblasti mezinárodního obchodu potřebný. Historický pohled na zvolené téma přináší ještě jeden zásadní poznatek, a sice, že *„obdobia jediného a jednotného právního systému platného na území státu boli historickou výnimkou vrcholnej moderny.“*⁷¹

71 BÁRÁNY, E., Autopoietický sociálny subsystém právo, Sociológia č. 43, 2011, dostupné z: <https://www.sav.sk/journals/uploads/04261223Barany%20OK.pdf>, str. 114.

3. Teorie NLM

3.1. Účel a základní struktura NLM

Filip De Ly uvádí, že užívání konceptu NLM lze ospravedlnit dvojím způsobem: psychologicky a pragmaticky.⁷² Zatímco zkoumání psychologických motivů by zcela jistě přesahovalo vymezení této práce, pragmatické důvody se jeví být zřejmé v situaci, kdy je složité odkázat na cizí právo. Autor ze své právní praxe potvrzuje, že kontakt s cizím právním řádem je pro právníka se znalostí určitého konkrétního právního řádu vždy jedním z velice znejistujících momentů interpretace a aplikace práva. Buď vede k nutnosti přiznat omezení v možnosti poskytnout klientovi kvalifikovanou radu, nebo k mimořádně neefektivnímu a zdlouhavému zjišťování správné právní kvalifikace daného vztahu.

V nejobecnější rovině by se tedy dalo říct, že hlavním pragmatickým důvodem pro existenci NLM je rozdílnost jednotlivých státních právních úprav v oblasti obchodních vztahů a snaha tuto rozdílnost překlenout. Ze své podstaty tedy bude NLM systémem, který hledá průsečíky mezi jednotlivými právními řády a snaží se na nich založit svou „univerzální“ strukturu. Strukturou se přitom NLM zásadně neliší od právních řádů jednotlivých států, když obsahuje jak normy hmotného, tak procesního charakteru, a dále se dělí do jednotlivých oblastí práva (*ius maritima*, *ius informatica*, *ius constructionis* etc.). Zásadní rozdíl představuje nemožnost rozlišení norem veřejnoprávních a soukromoprávních norem, jednak z důvodu samotného obecného charakteru NLM, které odpovídá úpravě soukromoprávních vztahů, avšak také s ohledem na zcela odlišný mechanismus tvorby norem transnárodního práva.

V současném právním diskursu neexistuje ucelený pohled na právně-teoretické aspekty NLM. Autor od autora se v pohledech různí a většinou si volí jen určité východisko pro zkoumání tohoto fenoménu. Při srovnání státního práva s NLM vyvstávají zejména následující základní teoretické otázky, na které se snaží autor níže odpovědět, a sice:

- Disponuje NLM jak hmotnou, tak procesní rovinou?

72 IPSEN, Ch., Private Normenordnungen als Transnationales Recht, str. 179.

- Dá se říci, že NLM patří do určitého právně-kulturního okruhu?
- Jak se liší tvorba norem NLM vůči státnímu právu?
- V čem spočívá „reflexivita“ NLM, která je některými autory zmiňována?
- Váže se NLM na určitý ideový či ekonomicko-ideový základ?

Možné perspektivy odpovědí uvádějí podkapitoly níže. Pro jakoukoliv další práci s tématem je dále nutné rozhodnout se pro jednu ze dvou základních perspektiv pohledu na NLM, tedy pro pohled buď autonomní, anebo pozitivistický.

Pro pohled autonomní, nebo také transnárodní, je vlastní pojmání NLM coby právního řádu *sui generis*. Takový řád není a nikdy nebyl připoután k určité oblasti či určité státní entitě. Mezi autory, kteří se hlásí k pojímání autonomnímu patří např. Berger, Mustill či Goldman.

Pohled pozitivistický vychází z konvenčního pojímání práva a akcentuje roli států jako původce a garanta systému pravidel, které se řadí mezi NLM. Schmitthoff přitom vidí v NLM již třetí generaci *law merchant* a je ochoten tento systém uznat jako autonomní řád pouze při zohlednění třech aspektů:

- NLM obsahuje principy, které nalezneme také napříč národními právními řády, to tedy dokládá inspiraci a původ norem NLM v systému národního práva,
- NLM obsahuje principy vztahující se k obecným otázkám uzavření smlouvy a
- NLM obsahuje také „jurisdikci“ mezinárodní obchodní arbitráže, přičemž takovou jurisdikci je myšlena zejména soustava národních úprav a mezinárodní mechanismus vynucení rozhodčích nálezů.

Schmitthoffovo pozitivistické pojmání se tak v prvním bodě koncentruje zejména na otázku sjednocení a harmonizace NLM s národními právními řády. Není zde zahrnuta oblast „regulatorních“ otázek, akcent je kladen na oblast práva smluvního, ve kterém mají strany z pohledu státního práva nejvíce diskrece. Třetí bod pak uznává oblast mezinárodní arbitráže jako oblasti, ve které dochází k rozhodování o nárocích z titulu norem NLM, zároveň tak Schmitthoff inklinuje k precedentnímu pojímání takového práva.

V zásadě je možné dát za pravdu jednomu i druhému pohledu v závislosti na perspektivě, kterou zaujmeme. Vzhledem k měnící se společenské realitě se však pohled autonomní může *pro futuro* ukázat být více pragmatickým a vhodnějším pro pochopení procesů, na něž budou mít aktivity států slábnoucí dopad, resp. lze říct, že autonomní pohled má blíže k pojmání NLM jako plnohodnotného a svébytného právního systému. Autor se z toho důvodu kloní spíše k pohledu autonomnímu; ostatně samotná struktura této práce cílí na prokázání teoretické, systematické a obsahové svébytnosti NLM, přičemž jak je uvedeno níže, vnímá autor vztah ke státnímu právu nejen jako autonomní, ale také jako svého druhu konkurenční.

Aby mohl být určitý právní princip považován za součást NLM, a následně mohl být aplikován v rámci rozhodovací činnosti soukromých či veřejných soudů, vyslovuje Schmatenko čtyři podmínky, které musí být kumulativně splněny, a které víceméně rozšiřují klasickou bi/tripartici podmínek nutných pro uznání obyčejů jako právní normy. Jsou jimi:

- „*Real Practice*“, tedy reálná aplikace či *longa consuetudo*,
- „*Common Understanding between Businesspersons*“, tedy obecné pochopení mezi obchodníky či *concensus mercatoria*,
- „*Legal Significance*“, neboli přesvědčení o jejich právním významu / *opinio neccessitatis a*
- potřeba, aby daný obyčej byl v užívání po relevantně dlouhou dobu („*over a certain period of time*“).⁷³

3.2. NLM hmotné a procesní

Dle kritéria účelu je možno právo rozdělit dle toho, zda normy směřují bezprostředně k naplnění účelu práva (právo hmotné), či zda plní úlohu prostředku k naplnění vlastního účelu práva.⁷⁴ Takové dělení musí být společné jak právu státnímu, tak transnárodnímu,

73 SCHMATENKO, L., , Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, 2013, dostupné z: http://www.academia.edu/3195900/Is_Lex_Mercatoria_Jeopardizing_the_Application_of_Substantive_Law.

74 GERLOCH, A., Teorie práva, str. 124.

pokud má tvořit plnohodnotný právní řád. Zásadní rozdíl mezi státním a transnárodním právem však nepochybně existuje, a to pokud zvažujeme relaci mezi odvětvími veřejného a soukromého práva s hmotným a procesním právem.⁷⁵ Zatímco u státního práva lze říci, že procesní normy je nutno požadovat za „vesměs veřejnoprávní“⁷⁶, nelze toto schéma na NLM s ohledem na absenci tradičního dělení na veřejné a soukromé právo aplikovat.

V běžném pojmání existuje tendence vnímat NLM spíše jako souhrn norem hmotněprávního charakteru, a to zejména s ohledem na prameny, jakými jsou smluvní podmínky FIDIC, principy PECL či zásady smluv UNIDROIT apod. (viz kapitola IV). Jednou ze základních tezí této práce je však premisa, že NLM nikdy nemůže aspirovat na vytvoření plnohodnotného právního řádu, pokud nebude zahrnovat také procesněprávní rovinu. Je nutné, aby NLM nabídla nejen možnost hmotněprávní úpravy přeshraničních obchodních vztahů, ale také disponovala mechanismy prosazení a výkonu práv vyplývajících z těchto norem, tedy onou stránkou „zprostředkovanou“.

Někteří autoři dokonce přiznávají NLM procesní původ, jelikož v něm vidí především metodu řešení mezinárodních sporů. Aplikace této metody se dle Ipsena a Gaillarda sestává ze třech základních kroků:

- zohlednění úmyslů stran,
- posouzení, zda strany „narážejí“ na obecně platná pravidla,
- posouzení, zda tato pravidla, která strany volí, jsou dostatečně akceptována na to, aby tvořila obecný právní princip, tedy, zda jsou obecně závazná.⁷⁷

Tím má dojít k identifikaci NLM. Tento postup za prvé říká, že NLM je pouze zbytkovou kategorií ve vztahu k ostatním státním právním řádům, za druhé značně akcentuje „procesní“ původ NLM. Sám Ipsen dochází k závěru, že v důsledku aplikace takového přístupu jen NLM vlastně proměnlivé v kontextu každého konkrétního sporu.⁷⁸

75 BOGUSZAK, J., Teorie práva, 2.vyd., Praha: ASPI Publishing, 2004, str. 106.

76 BOGUSZAK, J., tamtéž.

77 IPSEN, N. Ch., Private Normenordnungen als Transnationales Recht?, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

78 IPSEN, Ch., tamtéž, str. 178.

NLM má být především alternativou klasické volby práva, přičemž konkrétními instrumenty coby podklad pro rozhodnutí mají být jak různé modelové zákony, tak prameny mezinárodního práva. Je však nepředstavitelné, že by alternativou „klasické volby práva“ měl být normativní systém, který by procesními normami nedisponoval.

3.3. Transnárodní právo jako svébytná právní kultura?

Rozdělení na jednotlivé právní kultury má praktický význam jen jako vymezující kritérium vůči právním kulturám jiným. Podstatou NLM je však úpravou ze své podstaty globální. Přesto se však právní teorie patrně neubrání hledání analogií s jedním či druhým dominantním systémem právní kultury. Ačkoliv se tedy NLM vyvíjí jako systém, který stojí zcela mimo kategorie typu právní kultury (kontinentální, anglosaský, islámský), obsahuje samozřejmě jejich některé prvky. např. závazností některých významných judikátů (povětšinou rozhodnutí mezinárodních rozhodčích tribunálů), se však jakoby blíží k principům, na kterých je založena anglosaská právní kultura.⁷⁹

Je však otázkou, zda je v tomto směru NLM něčím výjimečným, nebo spíše jen sleduje obecný globalizační trend vývoje práva.

3.4. Způsoby tvorby norem transnárodního právního řádu

3.4.1. Obecně ke způsobu tvorby norem NLM

Otázka tvorby norem NLM je jednou z nejméně uchopitelných oblastí teorie transnárodního práva. NLM je mnohem více určitým „živým koncensem“, než psané právo státní. Nelze jej chápat v uzavřených pojmech, je příliš dynamické svým charakterem i vývojem. Pokud teorie státního práva rozlišuje tři základní způsoby tvorby norem, totiž imperativní (autoritativní), koncenzuální a tvorbu konvencí

⁷⁹ Autor ze své zkušenosti dodává, že právníci z anglosaského právního okruhu mnohem častěji sklouzávají k návrhům komplexních a velmi rozsáhlých smluvních textů, jakoby ve snaze „uniknout“ z úpravy právního předpisu, který je právě v tomto okruhu jedním z mnoha, nikoliv tedy nutně převažujícím, pramenem práva. Mnohé obchodní smlouvy tak v úvodu obsahují definice vlastní terminologie a často také obsahují klauzuli vylučující aplikaci přímé úpravy (CISG).

(spontánní)⁸⁰, pak lze v oblasti transnárodního práva nalézt všechny tři uvedené způsoby, přičemž imperativní tvorba norem (ve státním právu převažující) bude patrně nejméně běžnou oblastí a bude zastoupena téměř výhradně rozhodnutími mezinárodních rozhodčích soudů. Z pohledu státního práva bude celé NLM převažujícím produktem autonomní tvorby práva; výrazně méně pak budou zastoupeny normy jako produkt heteronomní tvorby norem.

Přesto však nelze říci, že státní teorie tvorby norem je na transnárodní právo bez výhrad aplikovatelná. Tak např. nelze jednoznačně určit, zda je rozhodnutí rozhodčího soudu produktem konzenzuálního či imperativního způsobu tvorby norem, a to vzhledem k původu autority rozhodčího tribunálu. Nekompatibilita tradičních metod tvorby norem v oblasti transnárodního práva, právě z důvodu odlišného pojmání autority, vybízí k hledání alternativních schémat.

Způsob tvorby norem NLM je tak např. možné dobře chápat ve světle Luthmannovy teorie společnosti jako autopoietického systému. Jednotlivé společenské systémy přitom tímto pohledem nelze chápat jako uzavřené mechanismy, ale jako určité organické útvary, které se od okolního prostředí sice diferencují (a to na základě tzv. vůdčí odlišnosti - *Leitdifferenz*), zároveň s ním však komunikují a tvoří si své struktury. Celou společenskou realitu pak Luthmann chápe jako komunikační strukturu rozdělenou do jednotlivých autopoietických diskurzů. Právo je autopoietickým pohledem systémem jakoby „uzavřený do sebe“, který odkazuje sám na sebe (normativní akty odkazující na jiné normativní akty).⁸¹ Jak uvádí Bárány: „v postmoderní situaci dochází v rovině obsahu či programů práva k fragmentaci přesahující obvyklé rozdíly mezi právními odvětvími.“. Tentýž autor pak cituje Taubnera, když uvádí, že: „Diferenciace spočívající v množství národních právních systémů bude překryta diferenciací do neúzemních, ale sektorově diferencovaných právních režimů, které se stanou nositeli civilních ústav.“⁸² Autopoietický pohled na právo zejména relativizuje tradiční vazbu mezi politikou jako tvůrčí silou práva a právem samotným. To je patrné rovněž z užití termínu „civilní ústavy“ a celé rétoriky právního pluralizmu jako takového. Bárány nakonec dochází k závěru, že „aplikace teorie autopoietických systémů na normativní systém práva

80 GERLOCH, A., Teorie práva, str. 88.

81 BÁRÁNY, E., str. 119.

82 BÁRÁNY, E., tamtéž.

upozorňuje na jeho právně-technické uzavírání s růstem vlastní složitosti, která představuje reakci na stále nové a diferencovanější požadavky společnosti⁸³.

Pakliže není původcem většiny relevantních norem NLM stát reprezentující politickou vůli, posouvá se celý proces směrem k představě o „vládě odborníků“ (*government by experts*) a dochází k narušení doposud převažující relace mezi tvůrci a subjekty norem. Dochází tak ke změně myšlení ve vztahu k normám a jejich původu; zásadní akcent je kladen na otázku obsahu dané normy a nikoliv na úvahy o jejím původu a závaznosti. Oddělení práva od politického zájmu může vést k určité „očistě“ právního systému a jeho obsahu od vlivů, které nesouvisí s předmětem úpravy takto vzniklých norem.

Objevují se rovněž názory, že NLM je svým charakterem právo převážně obyčejového charakteru. Autor však jednoznačně odmítá pohled na NLM jako na právo obyčejové jako krajně zjednodušující. Charakteristikou obyčejového práva je, že se netvoří cílevědomě (tedy imperativně nebo smlouvou), ale opakováním určité činnosti⁸⁴. Byť je prvek určité „fakticity“ používání daných norem NLM výraznější charakteristikou tohoto právního řádu oproti právu státnímu, je třeba poukázat na řadu pramenů práva výlučně formálního charakteru, které NLM tvoří (viz kapitola č. 4), a které jsou výsledkem systematické právotvorné činnosti.

3.4.2. Migrace norem

Pojem „migrace norem“ se v teorii transnárodního práva objevuje v případech, kdy prostřednictvím transnárodního právního řádu dojde k obsahovému přijetí či přenosu normy platné v rámci jednoho právního řádu do jiného právního řádu. Shaffer jako aktéry takové interakce rozlišuje původce normy („*producer of the norm*“), zprostředkovatele („*agent*“, „*intermediary*“) a recipienta normy („*receiving state*“/“*target state*“).⁸⁵ Za stav, který nejvíce podněcuje tvorbu a přejímání nových pravidel pak považuje mocenskou asymetrii vznikající ve vztahu různých subjektů (nejčastěji stále států) a „přelévání“ vlivu jedné entity ve vztahu k druhé. Za tím vidí

83 BÁRÁNY, E., str. 130.

84 GERLOCH, A., Teorie práva, str. 80.

85 SHAFFER, G., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press, 2013, str. 40 a násl.

příčinu toho, že v současnosti nejčastějšími původci přejímaných norem jsou Spojené státy a Evropská unie. Důvodem je nejen jejich relativní nejsilnější „know-how“, ale také přetrvávající vliv na financování mezinárodních a nadnárodních subjektů, které plní normotvornou funkci (např. Světová banka, Mezinárodní měnový fond apod.). Od prostého ovlivnění jednoho právního řádu druhým se tato metoda liší také přejímáním norem nestátního původu státním právem a naopak.

Za pozitivní fenomén ve smyslu akcelerace migrace norem považuje Shaffer období ekonomických krizí, které vytváří nejistotu ve vztahu k vnímání dosavadních právních a společenských institutů a apeluje na jejich proměnu. Jako příklad uvádí proměny v oblasti bankovní regulace po asijské krizi v roce 1997.⁸⁶

Role zprostředkovatelů přenosu norem spočívá v adaptaci obsahu normy na specifické prostředí přejímajícího právního řádu. Patří mezi ně jak zástupci veřejnoprávních subjektů (mezinárodní a supranacionální organizace, vládní agentury, jiné subjekty financované z veřejných rozpočtů), tak soukromí poskytovatelé služeb, think-tanky, nevládní organizace a akademická obec.

K této „migraci“ má docházet dvojím způsobem: **instrumentálně** a **reflexivně**. Tedy buď zakomponováním určité normy z jiného právního řádu do mezinárodní smlouvy či jiného právního předpisu (a její následnou aplikací), nebo méně formální cestou, a sice např. faktickým zohledněním normy jiného právního řádu (např. v rámci argumentace) při procesech, které jsou prováděny jak oficiálními, tak nevládními organizacemi. Shaffer uvádí jako příklad také vzrůstající počet odkazů na cizí či mezinárodní právní normy před federálními soudy ve Spojených státech.⁸⁷

Instrumentální migrace probíhá navzájem mezi prameny bez ohledu na to, zda jsou státního či nestátního původu. Jako příklad je možné uvést působení amerického Uniform Commercial Code (dále jen „UCC“). UCC byl poprvé publikován v r. 1952 jako produkt soukromé iniciativy harmonizace obchodního práva ve Spojených státech.⁸⁸ Jedná se pokus o překonání partikulárních úprav obchodního práva v

86 Tamtéž, str. 90 a násl.

87 SHAFFER, G., tamtéž.

88 Uniform Commercial Code je dostupný např, z.: <https://www.law.cornell.edu/ucc>

jednotlivých státech USA. Reflexivní migraci je pak možné pozorovat prostřednictvím rozhodování mezinárodních rozhodčích soudů.

3.5. Fenomen NLM pohledem konceptu reflexivního práva

Pojem reflexivního práva (někdy také „responsivního práva“ - „*responsive law*“) se napříč odbornou literaturou začíná objevovat zejména v souvislosti s některými tezemi právní filosofie (Habermas, Luthmann, Nonet, Selznick a jiní), zaveden byl pravděpodobně Güntherem Teubnerem v jeho práci publikované r. 1982 pod názvem „*Reflexives Recht*“. Jedná se o pokus o vyjádření zcela nového přístupu k právu ve vztahu k jeho primární úloze pro regulaci společenských jevů.

Další definici tohoto pojmu nabízí Teubner, když shrnuje: „Reflexivní právo je charakterizováno novým způsobem sebeomezení. Namísto přebírání regulatorní odpovědnosti za výsledek společenského procesu, reflexivní právo se omezuje na zavedení, opravu a redefinici demokratického seberegulačního mechanismu“.⁸⁹ Právo se tak stává „systémem koordinace mezi částečně autonomními společenskými subsystémy“⁹⁰ namísto jedním koherentním systémem, unitárním ve všech svých aspektech, který by aspiroval na pojímání a regulaci celého spektra společenské reality.

Reflexivita v právu je vlastně důsledek opuštění snahy právo pojímat autonomně vůči ostatním společenským regulativním systémům. Takové právo je pak unikátní zejména tím, že jeho aplikací dochází také k ovlivňování procesu jeho tvorby. Zumbansen to popisuje tvrzením, že „*právo daného smluvního vztahu se nalézá v trvalém, reflexivním poměru ve vztahu k právotvornému procesu, který jej stvořil*“.⁹¹

89 *Reflexive law is characterized by a new kind of legal self-restraint. Instead of taking over regulatory responsibility for the outcome of social processes, reflexive law restricts itself to the installation, correction, and redefinition of democratic self-regulatory mechanisms*“

90 TEUBNER, str. 242.

91 ZUMBANSEN, Piercing the Legal Veil, Commercial Arbitration and Transnational Law, European Law Journal, Vol. 8, č.3, 2002, str. 491.

V oblasti tvorby norem je legislativní či jiný formálně upravený proces vzniku norem reflexivního práva nahrazen ideou „koevoluce“ právního řádu, který probíhá v důsledku interakce mezi právním a ekonomickým pohledem na realitu.⁹²

Rozdílem mezi dosavadním a „reflexivním“ konceptem práva pramení z vymezení se vůči konceptu formální racionality (za jehož autora je považován Weber), na kterém je současný právní řád pohledem klasické sociologie postaven. Právní řád postavený na pojmu formální racionality aspiruje na vytvoření univerzálně platného systému pravidel (v našem případě tedy státního práva) a profesně jasně vymezeného okruhu lidí – specialistů (formálně vzdělaných právníků), kteří tento systém za pomoci jasně definovaných metod obsluhují. Savigny pro takovou podobu práva používá označení „*Juristenrecht*“, byť v poněkud jiném kontextu. Taubner tvrdí, že následující vývojovou podobou práva je právě stádium reflexivní, kdy se právo stane systémem pro koordinaci aktivit a událostí v rámci a mezi různými, paralelně a semi-autonomně existujícími subsystémy společnosti.⁹³ Takový závěr by pochopitelně vedl k narušení představy práva jako systému univerzálního.

K podobným závěrům dochází Cotterell, který přichází s konceptem tzv. „pluralistického“ práva, které představuje odklon od chápání právního řádu jako systému, který působí v rámci jednotné společnosti, a který je garantován a stabilizován prostřednictvím centrálního politického rámce. Jako alternativu pak nabízí vizi systému existujícího v post-moderních podmínkách, ve kterých je původní jednotnost práva rozdělena analogicky tak, jak je fragmentována sama společnost, a sice do „komunit“, které lze charakterizovat objektivními (trvalost, vnitřní stabilita) i subjektivními (vědomí náležitosti a příslušnosti) projevy.⁹⁴

Uvědomění si rozdílu mezi dvěma výše uvedenými metodami uvažování o právu je zcela klíčové pro případné uznání významu transnacionálního právního řádu, potažmo NLM jako jeho součásti, a dále pak ve vztahu k pohledu *law & economics* na jeho

92 DEAKIN, S., CARVALHO, F., System and evolution in corporate governance, in: CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., Law, Economics and Evolutionary Theory, Cheltenham: Edward Elgar, 2011, str. 117.

93 TEUBNER, G., Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, THE LAW AND SOCIETY CANON, Carroll Seron, ed., Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006.

94 CALLIES, G.P., ZUMBANSEN, P., Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law, Hart Publishing, Oxford, 2012, str. 38.

efektivitu. Zohlednění reflexivního pojmání práva má přispívat zejména k tzv. „dynamické efektivitě“ právního řádu, tedy schopnosti systému se udržovat ve vztahu k času a měnícímu se prostředí.⁹⁵

NLM, které autor považuje za součást vznikajícího transnacionálního právního řádu, přitom prvky této „reflexivity“ nepochybně obsahuje a je pravděpodobné, že bude do budoucna v souladu s tímto konceptem také rozvíjeno. Zásadním důvodem pro nutnost zavedení reflexivních prvků je zejména poznání, že jakýkoliv jiný, formalizovaný způsob konstituce nových norem (jakým je např. legislativní proces u práva státního) by byl ze své podstaty příliš pomalý či jinak vzdálený pro adekvátní reakci na společenské změny, ale také náchylný k zásahům ze strany subjektů realizujících jiné zájmy než jsou ty, k jejichž ochraně v rámci komunity obchodníků má NLM přispívat. S reflexivní teorií částečně konotuje Fuller, když formuluje tři podmínky, které činí právní (ale také např. morální) normu jasnou a pro dotčené subjekty akceptovatelnou:

- existující vztah reciprocity, ze kterého právní norma vyplývá, musí vycházet z dobrovolné dohody mezi bezprostředně dotčenými stranami – ony samy vytváří povinnost (sama strana tedy uznává nutnost existence takové normy),
- vzájemné plnění vyplývající z interakce mezi stranami musí být v určitém ohledu ekvivalentní (neakceptovatelná by tedy byla norma, která ospravedlňuje zcela neekvivalentní plnění),
- vztah v rámci společnosti musí být nadán přiměřenou „fluiditou“ v tom smyslu, že plnění, které jedna strana poskytuje druhé, bude potenciálně opětováno (toto kritérium je spíše časové – strana bude plnit jen tehdy, uvidí-li dostatečnou stabilitu určité normy).⁹⁶

Jako praktický příklad demonstrující rozdílné důsledky aplikace reflexivního a „klasického“ práva Teubner uvádí případ posuzování smluvního vztahu. Pokud je

95" DEAKIN, S., CARVALHO, F., System and evolution in corporate governance, in: ZUMBANSEN, P., CALLIES, G.-P., Law, Economics and Evolutionary Theory, Edward Elgar, Cheltenham 2011, str. 114.

96" BENSON, B., The Spontaneous Evolution of Commercial Law, in: ASCHENFELTER, O. C., Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009, str. 68.

rozporován závazek vyplývající z určité smlouvy, formální právo hodnotí daný vztah obecným pohledem, tedy dojde k aplikaci obecné normy na daný případ příslušnou široce akceptovanou metodou. V souladu s reflexivní doktrínou by došlo k podřízení sporné situace mechanismu „obecné odpovědnosti“, aby došlo ke zhodnocení sporné otázky také s přihlédnutím k ostatním (patrně myšleno neprávním) externalitám.⁹⁷

Koncept reflexivního práva považuji za velmi zajímavý metodologický přístup, který v oblasti transnárodního práva může nalézt využití jako výchozí premisa zejména pro oblast tvorby konkrétních právních norem. Naznačuje, že legitimita transnárodního práva se bude odvíjet od značně odlišných východisek, než je tomu v případě práva státního, tedy od schopnosti včas a dynamicky reagovat na změnu v prostředí, ve kterém právní řád existuje. Za riziko tohoto přístupu považuje autor na první pohled až příliš tenkou hranici od naprosté „relativizace“ práva a tedy i jeho zaměnitelnosti s jinými společenskými normativními systémy – etikou, „business“ know-how reprezentovaným vnitřními předpisy korporací apod.. Určitou pojistkou proti tomu, aby se reflexivní právní řád nerozplynul v neurčitosti, pak mohou být právě rozhodčí soudy a jejich ustálená rozhodovací praxe. Nepochybně pozitivní – a do značné míry i distinktivní vůči státním právním řádům – by pak byl závěr, kdy by se reflexivita v transnárodním právu projevila právě jako přesnější a rychlejší zohlednění vývoje jednotlivých společenských jevů na obsahu práva. Je na samostatné posouzení, zda transnárodní právo dokonce nebude muset být výlučně reflexivní, aby obhájilo svou legitimitu, která má vzhledem k absenci jednotící právotvorné autority zcela faktický charakter.

3.6. NLM pohledem *New Institutional Economics*

Transnárodní právo, resp. NLM jako jeho součást, je oblastí, která v řadě aspektů naráží na samotnou hranici dosavadní hranice chápání pojmu práva jako takového a pro jeho přesnější pochopení je vhodný interdisciplinární pohled. Jelikož je NLM oblastí práva, která bezprostředně souvisí s obchodem, je důležité jej vnímat zejména pohledem ekonomické teorie a školy *law & economics*. V kapitole o genezi NLM jsem se nevyhnul nástinu odrazu panujících ekonomických teorií do podoby práva té které doby.

97 TEUBNER, str. 256.

Pohledem New Institutional Economics (dále jen „NIE“) působí soukromé transnárodní právo jako jedna z metod tzv. řídicích režimů (*governance regimes*). Tedy jako jedna z metod, jak je dochází k řízení procesů mezi různými subjekty ve společnosti (procesy externí - interakce), a také uvnitř subjektů samotných (procesy interní). Ty dělí Callies⁹⁸ do tří základních kategorií:

- Procesy „uniformní“ (*Private Unified*), tedy v rámci jednoho konkrétního subjektu. Ty jsou z principu čistě „soukromé“; přímo do nich neingeruje žádná veřejnoprávní korporace (tedy např. stát). Tradičním pohledem práva by se jednalo o oblast regulovanou vnitřními předpisy. Původcem takových norem je činnost výlučně jednoho subjektu, jeho vlastní orgány jsou také povoleny řešit případné rozpory vzniklé během jejich interpretace a aplikace. Ohledně udělení sankcí pak rozhoduje hierarchicky nadřazený subjekt v rámci firemní struktury.
- Procesy „bilaterální“ (*Private Bilateral*), tedy interakce mezi dvěma „soukromými“ subjekty na trhu. Mezi subjekty jsou v takovém případě relevantní normy vzniklé na základě smluvního režimu, který si strany dohodly (*relational norms*). Možností vyřešit případné spory ohledně interpretace a aplikace takových norem je bez účasti jiných subjektů možné některým z konsensuálních způsobů řešení sporů, např. negociací. Sankcí je pak čistě mezi stranami možnost z daného smluvního vztahu vystoupit, či např. retence k předmětům vlastnictví druhé strany.
- Procesy trilaterální (*Private/Public Trilateral*). Zde se jedná o situace, kdy na řešení konkrétní situace má kromě dvou primárně zainteresovaných stran přímý vliv také subjekt třetí. V závislosti na tom, zda je tímto subjektem korporace soukromoprávní či veřejnoprávní, se takové procesy označují jako procesy trilaterální soukromé či veřejné. Přímá zainteresovanost třetího subjektu umožňuje také determinativní, tedy autoritativní metody řešení otázek interpretace a aplikace norem, které jsou pro situaci mezi stranami relevantní, a to ze strany rozhodčích nebo státních soudů. Původcem těchto norem přitom budou kromě obsahu smluvních ujednání mezi stranami také pravidla uznaná či přímo vytvořená dotčeným „třetím“ subjektem. Není pochopitelně vyloučena

98 CALLIES, G.P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, str. 118.

multilateralita takového schématu; trilaterální schéma je spíše určitou banalizací pro účely demonstrace principu.

Z uvedeného třídění lze dovodit, že NLM by bylo procesem na pomezí bilaterálního a trilaterálního procesu. Pohled NIE pochopitelně zbavuje NLM výhradního postavení „práva“ coby panujícího normativně regulativního systému a řadí je horizontálně mezi další normativně regulativní systémy. NLM je tímto pohledem jedním z dalších „konzensů“, které oblast mezinárodního obchodu fakticky regulují.

3.7. Závěr kapitoly

Autor v této kapitole naráží na patrně nejkomplicovanější aspekt doktriny NLM, a sice na otázku, v jakých systematických ohledech je NLM odlišné od státního práva.

Závěry shrnuje autor do následujících bodů:

- NLM zahrnuje jak hmotnou, tak procesní stránku.
- NLM patrně nemá žádný ideologický základ, jak je tomu v případě práva státního (právo „demokratického právního státu“). Hlavním motivem jeho existence je zjevně utilitarismus *societas mercatorum*, nikoliv motiv ideologický (např. dosahování všeobecné spravedlnosti apod.).
- Tématika NLM je lákadlem pro aplikaci různých teoretických kategorií, např. pohled reflexivního práva. Autor považuje takové tendence za zajímavé, ale pro právní praxi složitě aplikovatelné.
- NLM tvoří svébytnou právní kulturu, která nezapadá do tradičního dělení do kultury kontinentálního, anglosaského či islámského právního okruhu. Svými konturami však připomíná kulturu okruhu anglosaského, a to zejména významem precedentu.
- NLM se od státního práva zásadně liší zejména mechanismem tvorby norem, pouze určité aspekty tvorby (či migrace) norem jsou státnímu právu podobné.

4. Hmotná stránka NLM

4.1. Úvod kapitoly

Absence jasného vymezení okruhu norem, které tvoří náplň NLM, je jednou z největších překážek systematické práce s pojmem NLM. Pokud někteří autoři připustí existenci NLM, pak ve vztahu k jeho pramenům poznamenávají, že tyto mohou být pojaty jen dynamickým, neuzavřeným pohledem.⁹⁹ Je to samozřejmě logický důsledek nejednotnosti definice NLM.

Dle názoru autora je tuto kapitolu reálně systematicky v příslušném rozsahu zpracovat pouze tehdy, pokud se přikloníme k tradiční, tedy „nenárodní“ teorii NLM. Pokud by byl zvolen skutečně transnárodní (tedy jednotlivými právními řády „prostupující“) pohled, byla by skupina reprezentativních pramenů značně neurčitá a zahrnovala by rovněž řadu norem napříč národními právními řády. Nejednalo by se o množinu nekonečnou, ovšem zároveň jakýkoliv pokus o enumeraci pramenů by byl patrně bezúčelný. S většinou národních právních řádů však NLM sdílí principy, na nichž spočívá. Ty jsou jistou „genetickou výbavou“, dle které se bude NLM dále rozvíjet a interpretovat. Představují jakousi primární esenci logiky a smyslu soukromého práva a jejich změna by byla podmíněna jen komplexní proměnou lidského myšlení ve vztahu k pojmům spravedlnosti i ve vztahu k tomu, jak člověk přemýšlí o ekonomických problémech.¹⁰⁰

Aby bylo možné učinit alespoň reprezentativní výčet pramenů, které tvoří obsah NLM, bude nutné zvolit zejména kritéria pro určení, zda daný pramen do rámce NLM může či nemůže spadat.

99 GREENBERG, S., KEE, Ch., WEERAMANTRY J.R., *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011, str. 137.

100 Pozn.: Ani to však není zcela nepředstavitelné. Poučná se jeví být např. publikace Viktora Knappa: „Problém nacistické právní filosofie“, ve které se střetáváme se systémem, který zcela jinak přemýšlel o pojmech vlastnictví, závazků, ale také smyslu, původu a účelu práva a předkládal, eufemisticky řečeno, velmi alternativní vizi podoby právního řádu.

- Jak bylo řečeno výše, z účelových důvodů dochází k vynětí event. státních pramenů transnárodního práva. Prvním kritériem tedy bude původ pramene odlišný od legislativní činnosti národního státu.
- Druhým kritériem bude předmět úpravy, v případě NLM tedy mezinárodní, resp. nadnárodní obchodní vztahy.
- Nejproblematictější kritérium pak bude kritérium faktického významu daného pramene. To je definováno nejen faktickým množstvím případů jeho aplikace a v obyčejovém právu odpovídá průsečíku pojmů *opinio necessitatis* a *usus longaevus*. Lze také úspěšně namítnout, že určitý soubor pravidel bude případným rozhodujícím soudem či rozhodcem zohledněn bez přihlédnutí k tomu, zda byly takové normy aplikovány také v jiných případech. Určité řešení tohoto problému nabízí v kap. 3.3. nastíněná Luthmannova teorie práva jako společenského autopoietického systému, dle které by bylo možné faktický význam určitého pramene poměřovat relativním množstvím interakcí odehrávajících se v rámci předmětného diskurzu.

4.2. Principy, na nichž spočívá NLM

Principy jsou vůdčí zásady, na kterých stojí právní systém vcelku a jednotlivá právní odvětví.¹⁰¹ Mají význam jak pro interpretaci právních norem, tak pro jejich tvorbu a jsou nezbytnou součástí každého právního řádu, o to více pak NLM, které se stále nachází do jisté míry v procesu vzniku či uznání.

Lord Mustill vyjmenovává celkem 20 principů, na nichž podle něj *lex mercatoria* spočívá.¹⁰² Z těchto dvaceti principů vystupují jako nejvýznamnější následující:

- Princip *rebus sic stantibus*, umožňující vyvázat se ze smlouvy při podstatné změně okolností při jejím plnění.
- *Princip pacta sunt servanda*, tedy dodržování uzavřených smluv.
- *Princip Abus de droit*, nebo také *Abusus non tollit usum*, neboli zneužití neruší právo užívání.

101 GERLOCH, A., Teorie práva, 3. vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2004, str. 33 a násl

102 MUSTILL, M., The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, Arb.Int'l 1988, str. 86, dostupné z: <http://trans-lex.org/126900>.

- Princip existence *culpa in contrahendo*, tedy princip odpovědnosti za způsobenou škodu.
- Princip *bona fides*, tedy dobré víry, a principy ostatní¹⁰³.

Mustillovy principy jsou v podstatě výčtem základních soukromoprávních principů i jednotlivých státních právních řádů. Z uvedených tvoří v kontextu transnárodního práva klíčovou trojici principy *bona fides*, *pacta sunt servanda* a princip autonomie smluvních stran. Jedná se o zcela esenciální principy soukromého práva jako takového, kterým se v kontextu NLM může dostat velmi jednotného obsahu.

Aby mohl být určitý právní princip považován za součást NLM, a následně mohl být aplikován v rámci rozhodovací činnosti soukromých či veřejných soudů, vyslovuje Schmatenko čtyři podmínky, které musí být kumulativně splněny, a které víceméně rozšiřují klasickou bi/tripartici podmínek nutných pro uznání obyčeje jako právní normy. Jsou jimi:

- „*Real Practice*“, tedy reálná aplikace či *longa consuetudo*,
- „*Common Understanding between Businesspersons*“, tedy obecné pochopení mezi obchodníky či *concensus mercatoria*,
- „*Legal Significance*“ neboli přesvědčení o jejich právním významu (*opinio neccessitatis*) a
- potřeba, aby daný obyčej byl v užívání po relevantně dlouhou dobu („*over a certain period of time*“)¹⁰⁴

103 Dále Mustill uvádí následující pravidla, z nichž většina již představuje určité právní normy než principy v pravém slova smyslu: „contract obtained dishonestly is void, state entity cannot evade by denying capacity, the controlling interest of a group contracts for all its members, negotiate to overcome unforeseen difficulties, event absent a revision clause, Gold clause“ agreements are enforceable, a party is discharged if the other breaches substantially, no party can bring about non-performance of a condition precedent by its own act, the characterization of a contract is not binding, damages are limited to the foreseeable, duty to mitigate, damages for non-delivery are calculated by reference to the market price and the price at which equivalent goods have been purchased, vigilantibus, et non dormientibus, debtor may use set-off, ut res magis valeat quam pereat, qui tacet consentire videtur.“

104 SCHMATENKO, L., Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?, Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, 2013, dostupné z: http://www.academia.edu/3195900/Is_Lex_Mercatoria_Jeopardizing_the_Application_of_Substantive_Law.

4.2.1. Princip „*bona fides*“

Princip dobré víry je prvním z principů Trans-lex¹⁰⁵ a promítá se rovněž do dalších pramenů NLM (viz níže). Představuje základní východisko chování smluvních stran, a to do té míry, že jeho smluvní limitace je nepřípustná¹⁰⁶. V oblasti NLM je tento prvek ještě posílen s ohledem na to, že NLM je třeba chápat zejména jako výsledek procesu samoregulace oblasti mezinárodního obchodu, přičemž hlavní iniciativa tohoto procesu vychází ze subjektů, které mají zájem na plnění podmínek smlouvy. Dá se tedy hovořit o jisté kogentnosti norem obsahujících tento princip.

Nový¹⁰⁷ v této oblasti hovoří o nutnosti alespoň minima etického chování při realizaci mezinárodního obchodu, a dále se zabývá oblastí dobré víry jako jednoho z právních nástrojů, který má toto minimum zajistit. „Dobrá víra“ tak představuje jeden ze základních principů, na kterém NLM musí být založeno, aby tím potvrdilo svou legitimitu a pozici plnohodnotného právního řádu.

Jak v subjektivním, tak objektivním pojetí, je princip „dobré víry“ určitým standardem, který „vytváří návod pro hodnocení chování osob na základě modelového typu“¹⁰⁸. Nový ji pojímá jako „jednu z bran, kudy do právního řádu pronikají etické hodnoty převládající v určitém společenství“. Dobrá víra je tedy normativním měřítkem chování mezi subjekty soukromého práva. Lze jí chápat také jako limit strany v prosazování svého vlastního zájmu na úkor zájmu širšího či kolektivního, zejména definujeme-li si zájmy smluvních stran jako protikladné (což odpovídá optice tzv. kritické právní teorie).

Funkce institutu dobré víry je pak evidentní zejména pohledem ekonomické analýzy práva. V prostředí, kde by tento institut nebyl přítomen, by bylo zapotřebí pokrývat veškerá rizika spojená s možnými „neetickými“ variantami postupu smluvních partnerů. Takový stav by de facto výrazným způsobem oslaboval právní jistotu. Předpoklad

105 Viz. Čl. I.1.1. zásad Trans-lex, dostupné na: www.trans-lex.org.

106 Viz Čl. I.1.1. písm c) Trans-lex principles, tamtéž.

107 NOVÝ, Zdeněk, Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, 1. vyd., C. H. Beck, Praha 2012, str. XVIII.

108 NOVÝ, Zdeněk, Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, 1. vyd., C. H. Beck, Praha 2012, str. 5, cit. z: Cashin Ritaine, E. Avant-propos., Notions-cadre, concepts indeterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé. Bruxelles/Zurich: Bruylant/Schulthess, 2008, s.V.

dodržení alespoň minimálního etického rámce je rovněž podstatným impulsem motivujícím k vytvoření určitého smluvního vztahu. *Bona fides* tak poskytuje „právní prostředek ochrany při porušení důvěry“.¹⁰⁹

Dle Pedenové¹¹⁰ dobrá víra zahrnuje:

- povinnost stran kooperovat, aby došlo k naplnění účelu smlouvy,
- dodržení standardu poctivého chování,
- dodržení standardu chování, který lze považovat za rozumný s ohledem na zájem druhé strany.

Bonell uvádí, že v oblasti mezinárodního obchodu je význam principu „*good faith*“ poněkud odlišný od svého významu v jednotlivých domácích právních řádech, když „domácí standardy mohou být brány v potaz jen v té míře, ve které jsou široce akceptovány také napříč různými právními řády“¹¹¹ Význam principu dobré víry tak musí být posuzován odlišně pohledem mezinárodního obchodního práva, a to z důvodu odlišností jeho jednotlivých oblastí.

Princip dobré víry se odráží v řadě ustanovení napříč hmotným NLM, tedy např. v čl. 1.7. Principů mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT (UPICC), dále v čl. 1 PECL, čl. III DCFR a dalších. Je třeba říct, že princip dobré víry je v principech UNIDROIT konstruován tak, že jeho aplikaci nelze mezi stranami smluvní cestou vyloučit.

Čl. 1.7. odst. 1 UPICC např. stanoví, že „*Každá strana má jednat v souladu s dobrou vírou a poctivostí v mezinárodním obchodu*“. Odst. 2 téhož článku pak stanoví: „*Strany nemohou vyloučit nebo omezit tuto povinnost*“. UPICC tak de facto stanoví kogentnost principu dobré víry.¹¹² Tyto normy jsou (vzhledem k zařazení v obecných ustanoveních) jedním ze základních interpretačních pravidel UPICC.

109 NOVÝ, Zdeněk, *Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu*, 1. vyd., C. H. Beck, Praha 2012, str. 12.

110 PEDEN, Emily, *Good Faith in the Performance of Contracts*, Chatwoods: LexisNexis Butterworths, 2003, str. 160.

111 BONELL, M., *Unidroit Principles in Practice*, Martinus Nijhoff, 2006, str. 85.

112 NOVÝ, Z., *Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu*, Praha: C.H.Beck, 2012, str. 119.

Jako právní následek porušení povinností jednat v dobré víře dle UPICC se pak nabízí:

- odepření výkonu práva,
- neaplikace smluvního ujednání a
- neaplikace ustanovení UPICC.¹¹³

Na příkladu čl. 5.1.2 UPICC lze rovněž identifikovat doplňující funkci dobré víry, když je stanoveno, že „implicitní závazky mohou vyplývat z “(c) dobré víry“¹¹⁴.

Jedním ze symptomatických rysů je rovněž nalezení principu dobré víry v národních právních úpravách, tedy např. v § 242 a 157 BGB, čl. 2 (2) ZGB či § 1-203 Uniform Commercial Code. Princip je obsažen rovněž v čl. 7 (1) CISG.

Princip dobré víry hraje podstatnou roli zejména v Německém právu, kde bývá označován za hlavní zásadu německého závazkového práva¹¹⁵. Z hlediska funkcí, které dobrá víra dle německé právní teorie zastává, lze rozeznat:

- konkretizační funkci (*Konkretisierungsfunktion*),
- doplňující funkci (*Ergänzungsfunktion*),
- limitující funkci (*Schrankenfunktion*) a
- korektivní funkci (*Korrekturfunktion*).¹¹⁶

Funkce dobré víry v okruhu francouzském je podobná, neslouží však jako nástroj výkladu smlouvy, interpretační funkce tedy absentuje. Soudce tak dle francouzského práva nemůže využít dobrou víru pro vyplnění mezery v soukromoprávní smlouvě.

113 NOVÝ, Z., Tamtéž, str. 134.

114 Čl. 5.1.2. UPICC: „Implied obligations stem from... c) good faith and fair dealing“.

115 NOVÝ, Z., Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, C.H. Beck, 2012, str. 38, citace z: WEBER, K., Rechtswörterbuch., München: C.H. Beck, 2007, heslo „Treu und Glauben“.

116 NOVÝ, Z., Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, C.H. Beck, 2012, str. 40, citace z: WEBER, K., Rechtswörterbuch., München: C.H. Beck, 2007, heslo „Treu und Glauben“.

Nezpochybnitelná je dlouhotrvající tradice principu dobré víry sahající až do klasického období římského práva, když byl používán jako právní nástroj zachování etiky v případech přeshraničního obchodu římských občanů s cizinci.¹¹⁷ Jednalo se o nástroj umožňující rozhodnout římským právními normami neupravenou situaci dle toho, co se jevilo eticky odpovídající. Dá se tedy říci, že i v tomto ohledu NLM navazuje na kontinuální právní tradici úpravy mezinárodních soukromoprávních vztahů.

Negativním vymezením zásady dobré víry je potom koncept „abuse of rights“/zneužití práva, známý v některých právních systémech.¹¹⁸ Jeho projevem je jednání s úmyslem poškodit druhou smluvní stranu.

V oblasti pramenů smluvního práva nestátního původu identifikuje Nový dvě základní funkce principu dobré víry, a to funkci korektivní a doplňující.¹¹⁹ Funkci interpretační jí nepřiznává. Jako relevantní prameny nestátního práva pro toto zjištění si přitom vybral UPICC a Návrh společného referenčního rámce. Nový tak dochází k závěru o „jednotném standardu dobré víry“ v oblasti nestátní úpravy, tedy, že tento princip má napříč nestátními prameny práva „stejný rozsah právních následků“. Příznačný je pak Nového poznatek ze závěru práce, když uvádí, že: „dle pramenů smluvního práva nestátního původu je jediným právním následkem jednání v rozporu s dobrou vírou omezení výkonu oprávnění, trvání na právní obraně či právním prostředku obrany při nesplnění. Státní prameny vykazují širší okruh právních následků porušení dobré víry, nicméně menší jednotnost těchto následků“.

Princip dobré víry tak nabývá napříč nestátními prameny poměrně jednotné podoby. Důležitý je rovněž poznatek o jeho obecné nevylučitelnosti, ovšem s výjimkou přímé úpravy CISG. Dobrá víra je tedy dalším z právních institutů, u nichž se zrcadlí na jedné straně jeho obsahová nejednotnost zapříčiněná rozdílností pramenů, a na druhé straně poptávka po jednotném významu vyjádřená v pramenech nestátního původu. Při současném zvážení historického kontextu existence tohoto principu je tak jeho zařazení mezi principy transnárodního soukromého práva logické a nezbytné. To potvrzují také závěry rozhodování mezinárodních rozhodčích soudů v obchodních věcech, např.

117 Tamtéž, str. 4.

118 Bonell, M., *Unidroit Principles in Practice*, Martinus Nijhoff, 2006, str. 84.

119 NOVÝ, Z., str. 149.

rozhodčí soud ICC v nálezu č. 5721 shrnul věc následovně: „soud nepřezkoumával dotčenou otázku pouze z perspektivy rozhodného, tedy Egyptského práva, ale s ohledem na čl. 13 odst. 5 pravidel mezinárodní arbitráže ICC zohlednil také obchodní zvyklosti a obsah smluvních ujednání. Z tohoto pohledu je tak rozhodčí soud oprávněn učinit odkaz na *lex mercatoria*. Rozhodčí soud z toho důvodu opřel své rozhodnutí o obecný pojem dobré víry a zvyklosti mezinárodního obchodu.“¹²⁰

4.2.2. Princip „*pacta sunt servanda*“

Princip *pacta sunt servanda* (jak jej kdysi údajně nazval Cicero), nebo také *favor contractus* (jak je zejména napříč anglo-americkou literaturou zván často dnes) je dle některých autorů považován za nejvyšší, nejobecnější zásadu právní.¹²¹ Zásada předně definuje povinnost dodržovat již uzavřené smlouvy, a to tím, že omezuje množství situací, ve kterých je možné existenci a platnost smlouvy zpochybňovat, či za kterých je možné smlouvu ukončit.¹²² Důsledkem uplatnění tohoto principu je, že strany nemohou kdykoliv smlouvu vypovědět nebo jednostranně změnit její obsah. Tento princip tedy posiluje právní jistotu mezi stranami.

Jako takovou jí řadím mezi stěžejní principy NLM; nutno však pozorovat některé její teoretické limity ve vztahu k transnárodnímu právu, např. se bude muset vyrovnat s konkurencí tzv. dynamizujícího smluvního přístupu („*Dynamic contract model*“: J. Dalhuisen), kterému se věnuje zejména prof. Dalhuisen z UCL; do jisté míry jej prolamují některé závěry ekonomické analýzy práva, která obecně váže zájem na dodržování smlouvy na jistou představu o ekonomické výhodnosti.

Z níže jmenovaných pramenů NLM se princip *pacta sunt servanda* zrcadlí např. v čl. 1.3, 1.7. či 6.2.2. a 6.2.3. Principů UNIDROIT, resp. v čl. 6.1.1.1. Principů PECL. Je také jedním ze stěžejních principů CISG.

120 Rozhodnutí dostupné m.j. z: http://www.trans-lex.org/205721/mark_901000/.

121 KNAPPOVÁ, ŠVESTKA, DVOŘÁK, Občanské právo hmotné, Díl první: obecná část, ASPI, 4. Vydání, Praha 2005, str. 52.

122 KORNET, N., *Evolving General Principles of International Commercial Contracts, The UNIDROIT Principles and Favor Contractus*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2011/07, str. 2, dostupné z: www.ssrn.com.

Do obecného principu dodržet smluvní závazky existuje několik průlomů, typicky v situaci, kdy v důsledku změny vnějších podmínek dojde k tomu, že plnění ze smlouvy je sice stále možné, ovšem negativní externality takového plnění jsou pro některou ze stran mimořádné, mnohdy téměř likvidační. Jako určitá forma potvrzení pravidla *pacta sunt servanda* pak vystupuje tzv. *hardship* doložka ve smlouvě, která se snaží možné důvody takové změny okolností dostatečně určitě předjímat a definovat podmínky, za kterých smlouva takovou událost „přežije“. Zde je třeba přiznat NLM progresivní přístup ve vztahu k *hardship*, jelikož toto ustanovení obsahují všechny vyjmenované prameny NLM, konkrétně např. čl. 6.2.2. UPICC, čl. 6:111 PECL a dokonce i přímá úprava čl. 79 CISG (který autor mezi vyjmenované prameny NLM nicméně neuvádí).

Hardship doložku obsahují také Trans-lex principles, konkrétně jejich čl. VIII.1., který konstatuje existenci překážky v plnění smlouvy („Wegfall der Geschäftsgrundlage“, „*clausula rebus sic stantibus*, frustration of purpose“), pokud nastane událost právního, ekonomického, technického, politického či finančního charakteru, kterou znevýhodněná strana jistí až po sjednání smlouvy, která nemohla být vzata v úvahu v době uzavření smlouvy, a která výrazným způsobem mění rovnováhu smluvních povinností.¹²³ Formulace *hardship* v Trans-lex principles a ostatních pramenech jsou velmi podobné.

Podmínkou platnosti této zásady pro daný smluvní vztah je samozřejmě předpoklad, že smlouva byla platně uzavřena a není stížena některým z důvodů neplatnosti (např. čl. 7.1.6. či 7.4.13. Principů UNIDROIT). Judikatura k ukončení smlouvy z důvodu nepředvídatelných událostí poznamenává, že takový postup by měl být možný jen ve skutečně výjimečných případech, tedy v zásadě přiznává zásadě *pacta sunt servanda* přednost.¹²⁴

123 Dostupné z: <http://www.trans-lex.org/951000/>.

124 Viz např. nález Rozhodčího soudu při ICC č. 8486 z r. 1996: „Hence, the termination of a contract for unforeseen circumstances ('hardship', '*clausula rebus sic stantibus*') should be allowed only in truly exceptional cases (ICC Award No. 1512, in Jarvin/Derains, eds., *Collection of ICC Arbitral Awards* (1990) p. 3, 4).“, dostupné z: http://www.trans-lex.org/208486/mark_951000/.

4.2.3. Princip autonomie vůle smluvních stran

Princip autonomie vůle smluvních stran je pro oblast celého soukromého práva, a to včetně NLM a nestátních prostředků právní úpravy, naprosto zásadním. Je jedním z klíčových principů, na kterém jsou postaveny i státní civilní kodexy; rovněž v nové české soukromoprávní úpravě (konkrétně v zákoně č. 89/2012 Sb., občanském zákoníku) se tento princip na řadě míst zrcadlí. Jako takový se princip autonomie vůle smluvních stran projeví zejména v následujících aspektech: v oblasti možnosti uzavřít smlouvu, ve svobodě výběru smluvního partnera, ve svobodě v určení právního řádu, kterým se bude smlouva řídit (event. dle kterého budou rozhodovány spory ze smlouvy), zejména však ve volnosti stanovení obsahu i formy smlouvy a v možnosti úpravy podmínek jejího rozvázání.¹²⁵

Z pohledu práva státního je přiznání účinků aplikace tohoto principu klíčovým předpokladem pro uznání existence fenoménu, jakým je NLM. NLM totiž bude z pohledu státního práva vždy vyjádřením principu autonomie vůle smluvních stran; vždy bude jistou „zbytkovou“ kategorií vyplňující místo mezi zákonnou úpravou, resp. v mezích zákonné úpravy se pohybující.¹²⁶

Význam principu autonomie vůle smluvních stran pro oblast NLM je zřejmý také s ohledem na skutečnost, že kontraktační činnost je mnohými (např. Fullerem) považována za nejdůležitější metodu iniciace změn v obyčejovém právu. Platnost takové teze je však podmíněna naším vlastním pohledem na NLM jako na právo obyčejového charakteru; takové nazírání však již v dnešní době nemusí být panující – navíc se jedná o značně etatistický pohled (stát by NLM měl tendenci vnímat jako souhrn obyčejů, jelikož např. samotným soukromým kodifikacím by charakter pramene práva z podstaty věci nemohl nikdy přiznat).

125 ROZEHNALOVÁ, N., Právo mezinárodního obchodu, 3. vyd., Wolters Kluwer Praha 2010, str. 224.

126 Pozn.: Zde je možné velmi dobře demonstrovat rozdíl v pohledu na právo jako systém prizmatem formální racionality a na právo jako systém reflexivní tak, jak je již uvedeno v kap. 3. Formálně racionální pohled přiznává autoritativní roli státnímu právu, které má jednoznačně nárok na to definovat míru dovoleného a přikázaného v mezích své působnosti. NLM je pohledem formální racionality jen projevem autonomie smluvních stran. Reflexivní pohled na právo, jehož podstatou je připuštění existence paralelních společenských formací řízených na sobě do jisté míry nezávislými a nezávisle konstituovanými systémy pravidel, již de facto umožňuje vnímat NLM jako právo v rovnoprávném postavení k právu státnímu.

Princip autonomie vůle smluvních stran se v níže uvedených pramenech NLM projeví zejména v Principech PECL v čl. 1:102 a 1:102 (2), a v Principech UNIDROIT v čl. 1.1 a 1.5. Autonomie vůle smluvních stran je obsažen také Principech Trans-lex, konkrétně např. v čl. IV.1.1., který stanoví, že „smluvní strany jsou svobodny v otázce uzavření smlouv a stanovení jejího předmětu“, dále se výslovně uvádí, že se jedná „princip autonomie vůle smluvních stran“.¹²⁷

Jako stěžejní se princip autonomie vůle smluvních stran jeví také v Principech volby práva pro mezinárodní smlouvy (dále jen „HPCL“), které v listopadu 2012 vydala Haagská komise pro mezinárodní právo soukromé. Jedná se o „soft-law“ prostředek právní úpravy, který na rozdíl od předchozích projektů upravuje výlučně oblast uplatnění autonomie smluvních stran.¹²⁸ Pro téma NLM je zde podstatná ještě jedna formulace, která se nachází v čl. 3 HPCL¹²⁹. Zde se hovoří o odkazu na „*rules of law*“, tedy obecně „právní pravidla“, která jsou „obecně přijímána na mezinárodní, supranacionální a regionální úrovni jako neutrální a vyvážená pravidla, pokud není jinak stanoveno právem sudiště.“ HPCL se přitom již z dikce své preambule vztahují výlučně na mezinárodní obchodní smlouvy uzavírané mezi dvěma podnikateli v rámci jejich podnikatelské činnosti (tedy s vyloučením spotřebitelských a pracovněprávních smluv), přičemž ty jsou dále definovány negativně, a to vyloučením všech smluv, které jsou „čistě domácí“ - tedy takových, u kterých mají obě smluvní strany sídlo či nejbližší vztah k jednomu konkrétnímu státu.

HPCL však obsahují hned dvojí limitaci principu autonomie smluvních stran. Jeden aspekt se projeví ve vztahu k podmínce „mezinárodnosti“, druhý pak při aplikaci zvoleného práva.

Co se „mezinárodního“ charakteru smlouvy týče, není možné zde bez dalšího aplikovat svobodnou vůli stran – takový charakter smlouvy musí vyplývat z objektivní skutečnosti a naplnění v čl. 1 odst. 2 vyjádřeného kritéria – tedy z absence stavu, kdy

127 Trans-Lex Principles, čl. IV.1.1., dostupné z: <http://www.trans-lex.org/918000/>.

128 SYMEONIDES, S.C., The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments, dostupné z: www.ssrn.com/abstract=2256661, str. 6 a násl.

129 Čl. 3 HPCL, dostupné z: www.hcch.net.

mají obě smluvní strany sídlo ve stejném státě a kdy se všechny relevantní okolnosti vztahují k tomuto jednomu státu. Podobné pravidlo obsahuje také např. čl. 3 odst. 3 nařízení Řím I¹³⁰ a podobně je konstruován také § 1-301 písm. a) čl. 2 UCC když stanoví, že „mezinárodní transakce je taková transakce, která má přiměřený vztah k jinému státu než USA“¹³¹.

Pokud se ovšem jedná o mezinárodní kontrakt, připouštějí HPCL úplnou volnost ve volbě práva, a to bez ohledu na jakékoliv další geografické či jiné kritérium. Čl. 4 odst. 2 HPCL výslovně uvádí, že se „nevyžaduje žádná spojitost mezi zvoleným právem a stranami či jejich smlouvou“.¹³² Lze tedy říci, že pro oblast mezinárodních obchodních smluv pozorujeme tendenci volnějšího uplatňování principu autonomie vůle smluvních stran, než je tomu pro ostatní vztahy regulované právem. HPCL odkazuje na obsah nařízení Řím I, když stanoví, že velmi široké uplatnění principu autonomie vůle je přípustné jen tehdy, pokud jsou spolu v interakci podobně silné a informované subjekty, tedy typicky nikoliv podnikatel a spotřebitel či zaměstnavatel a zaměstnanec. Vůči tomuto pojetí se pochopitelně nabízí některé protiargumenty, např. s poukazem na franchisingové smlouvy, které přes svůj zjevně obchodně-právní charakter ztěžují splňují podmínku alespoň přibližné rovnosti smluvních stran.

Zde se však projeví druhá limitace principu autonomie vůle stran, a to v poslední větě čl. 3 HPCL, který stanoví, že těchto pravidel se užije tehdy, pokud „právo fóra nestanoví jinak“. Tím se potenciální zvolený transnárodní právní řád staví - alespoň pro účely aplikace státním soudem - do podřízeného postavení ke státnímu právu. Je však otázkou, zda se toto pravidlo poslední věty čl. 3 vztahuje také na výklad v rozhodčím řízení.

130 „V případě, že všechny ostatní prvky pro situaci významné se v okamžiku volby nacházejí v jiné zemi než v zemi, jejíž právo bylo zvoleno, není volbou práva, kterou strany učinily, dotčeno použití ustanovení práva této jiné země, od nichž se nelze smluvně odchýlit.“

131 UCC, § 1-301 (a) (2): „International transaction" means a transaction that bears a reasonable relation to a country other than the United States.“

132 HPCL, čl. 4 odst. 2: „No connection is required between the law chosen and the parties or their transaction.“

4.3. Prameny NLM

4.3.1. Pojem pramene NLM a základní prameny, tedy „psané“ NLM

Výčet pramenů NLM je poměrně ambiciózní úkol, jehož alespoň částečně uspokojivé splnění je podmíněno vyřešením dilematu, zda na NLM budeme nahlížet jako na součást „nestátního“ nebo „transnárodního“ právního řádu. Pokud bychom NLM přiřkli povahu součásti transnárodního řádu, budeme čelit prakticky nepojmutelné situaci, kdy právním pramenem budou za určitých okolností kromě nestátních norem také fragmenty státních právních úprav. Ke vztahu transnárodního a státního práva je vhodné připomenout, že již konzervativní právní teorie připouští uznání nestátního pramene práva za právo státní.¹³³ Avšak i „užší“, nestátní pojetí NLM nám úkol ne zcela ulehčí. Jak poznamenává Zumbansen¹³⁴: „*Lex mercatoria se zjevuje spíše jako nesčetný mix pramenů práva než jako jasně konstruovaná právní hierarchie*“.

Prameny NLM mají význam dvojí:

- *de lege lata*, tedy jako prostředek poznání NLM pro jeho aktuální aplikaci na vztahy mezi subjekty a
- *de lege ferenda*, tedy jako prostředek další legislativní činnosti, ať již v otázce transnárodního, tak státního práva. Takový význam mají typicky PECL, ale i např. zásady UNIDROIT.¹³⁵ De lege ferenda pohled je možné uplatnit jak ve vztahu k dalšímu transnárodnímu, tak státnímu a mezinárodnímu právu.

Doktrinálně mezi pojmem pramene NLM stále určité rozdíly existují. Ipsen např. mezi prameny NLM řadí:

133 KNAPP, V., *Teorie práva*, 1. vydání, Praha, C.H.Beck, 1995, s. 49.

134 ZUMBANSEN, P., *Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law*, *European Law Journal*, částka. 8, č. 3, 2002, str. 470

135 Některá ustanovení zásad UNIDROIT byla využita také při přípravě zákona č. 89/2012 Sb., občanského zákoníku, z jehož důvodové zprávy např. vyplývá, že byla takřka převzata ust. čl. 6.2.1. až 6.2.3. zásad, tzv. *Hardship* clause, tedy ustanovení týkající se vlivu změny vnějších okolností na plnění konkrétního závazku. Z: Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, důvodová zpráva.

- Obecné právní principy („*Allgemeine Rechtsprinzipien*“) napříč různými právními řády,
- obyčejové právo a obchodní zvyklosti („*Gewohnheitsrecht und Handelsbräuche*“), které měly stát na počátku vývoje *lex mercatoria* a ve kterých vidí původní, nejstarší podobu práva. Obyčeje mají vznikat na základě praktické potřeby a projeví se v uznání určitého zvyku, tedy jako *opinio necessitatis*. Ipsen je považuje za základní pramen *lex mercatoria*.
- Adhézní a formulářové smlouvy a všeobecné obchodní podmínky („*Standartverträge, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Formulare bestimmter Branchen*“). Jako příklad uvádí INCOTERMS.
- Rozhodnutí rozhodčích soudů („*Schiedsentscheidungen*“). Těm přisuzuje důležitou roli ve vývoji *lex mercatoria* a zejména k jeho výkladu. Jako problematickou pak vidí skutečnost absence vnitřní hierarchizace soustavy rozhodčích soudů (a tedy i omezenost autoritativního sjednocování judikatury), a neveřejnost většiny nálezů. Autor zde dodává, že do této otázky se promítá „syntetický“ charakter NLM, kdy na jednu stranu je nález mezinárodního rozhodčího soudu pramenem NLM, na stranu druhou však probíhá sjednocování a výklad pramenů práva „faktickým“ způsobem, tedy např. tak, že určité rozhodčí instituce disponují takovou mírou faktické autority (např. soud při ICC v Paříži), že je na ně ostatními rozhodci odkazováno a v duchu jejich právního názoru je rozhodováno i jinými soudy.
- Soukromé sbírky norem („*Privatkodifikationen*“). Autor zde řadí zejména kodifikační projekty akademické sféry (typicky Trans-lex principles).¹³⁶

Ipsen nakonec dochází k závěru, že NLM v současné době prochází procesem kodifikace a za tři nejvýraznější projekty této kodifikace považuje principy UNIDROIT, principy PECL a Trans-lex principles.¹³⁷ S tímto Ipsenovým pohledem se autor do značné míry ztotožňuje a níže zahrnuje tyto prameny mezi základní prostředky poznání NLM.

136 IPSEN, N.Ch., *Private Normenordnungen als Transnationales Recht*, Duncker&Humblot, Berlin, 2009, s.81 a násl.

137 IPSEN, N. Ch., tamtéž.

Rozehnalová¹³⁸ za součást *lex mercatoria* považuje:

- mezinárodní obchodní zvyklosti,
- obecně uznané právní principy či zásady,
- institucionalizované produkty smluvní svobody a
- uměle vzniklé soubory zásad mezinárodních smluv či smluvního práva.

V porovnání s Ipsenovým výčtem patrně největší rozdíl spočívá v nezahrnutí rozhodnutí rozhodčích soudů mezi prameny práva, zde se tedy zrcadlí stále rozpor mezi kontinentálním a anglo-saským vnímáním pramenů práva. Pokud má být oblast NLM opravdu „transnárodní“ a má-li splňovat jeden ze základních požadavků na právní systém, tedy podmínku koherence, je třeba tuto disharmonii překonat. Cestou k řešení je uvědomění si faktu, že NLM více než kterákoliv jiná oblast práva inklinuje k obyčejovému, tedy koncensuálnímu pojetí právního řádu. Vzhledem k tomu, že je celá jakýmsi derivátem principu smluvní autonomie, měla by rozhodným kritériem být skutečnost, zda jsou napříč subjekty aplikujícími NLM jednotlivé judikáty respektovaných rozhodčích soudů vnímány tak, že obsahují závazné normy chování, či nikoliv.

V porovnání s předchozími výčty výrazně širší pojmání pramene transnacionálního práva (tedy i NLM) nabízí Shaffer, když mezi ně řadí:

- mezinárodní smlouvy,
- mezinárodní „soft law“,
- soukromé normotvorné projekty a standardy,
- výsledky aplikace cizího práva subjektem v transnárodním právním vztahu a
- kombinaci výše zmíněných pramenů.¹³⁹

Takové vymezení pramenů NLM práva konvenuje transnárodnímu pojetí (na rozdíl od pojetí NLM jako práva nestátního u Rozehnalové). Schafferovo pojmání považuje

138 ROZEHNALOVÁ, N., *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*, 3. vyd., Praha: Wolters Kluwer, 2013, str. 269.

139 SHAFFER, G., *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press 2013, str. 7.

autor za výčet *de maximis*, snad až příliš široký pro účely další praktické práce s tématem.

Specifické vnímání pojmu „pramene práva NLM“ je klíčové k pochopení dynamického charakteru tohoto nového právního řádu. Nezpochybnitelnou funkcí právního řádu je přiměřená moderace dynamiky společenských vztahů tak, aby se vzájemné interakce subjektů neřídily pouze ad hoc „normami“, tvořenými výlučně na principu individuálního zájmu jednotlivých subjektů. Na druhou stranu je zřejmé, že všechny právní řády, ať již národní, tak nenárodní, jsou svým obsahem proměnlivé a jejich modifikace často reflektuje soukromé zájmy či zájmy vymezených kolektivů subjektů, které mají dostatek moci si moderaci všeobecně závazných norem prosadit (např. určité zájmové a lobystické skupiny, odbory atd.). „Přiznat“ tak jistou dynamiku ve smyslu měnícího se konsensu o normách v určitém prostředí platných, je tedy naopak jeden z prvků legitimizace NLM jako všeobecně akceptovaného systému norem. Ačkoliv tak bude tento právní řád patrně zcela pevný v oblasti svých základních principů a fundamentálních norem, v konkrétních východiscích a „technikáličích“ bude reflexí proměnlivých zájmů subjektů, na jejichž vůli je jeho legitimita založena.

4.3.2. Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT

Zásady mezinárodních obchodních smluv UNIDROIT (tedy „UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts“, dále jen „Zásady“ či „Zásady UNIDROIT“) jsou dokumentem publikovaným ve své první podobě v roce 1994, jejichž aktuální podoba byla uveřejněna v roce 2010. Za jejich sestavení je odpovědná skupina praktikujících právníků a akademiků pod vedením profesora Michaela Joachima Bonella a u jejich zrození stála myšlenka, že soukromé právo může být unifikováno také jinak než legislativní cestou.¹⁴⁰

Účel Zásad UNIDROIT můžeme vyčíst z preambule k jejich poslední verzi a spočívá ve stanovení obecných pravidel pro mezinárodní obchodní smlouvy. Dle znění jejich preambule se užijí vždy tehdy, kdy si jejich aplikaci strany výslovně dohodnou. Mohou se dále užít tehdy, pokud se daná smlouva má řídit obecnými právními principy či *lex*

140 BARON, G., Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new *lex mercatoria*?, dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>, str.9.

mercatoria, při absenci volby jakéhokoliv rozhodného práva, dále při interpretaci či doplnění jiných vzorových pramenů práva či práva státního a mezinárodního (např. tedy Úmluvy o mezinárodní koupi zboží – tzv. CISG); mohou představovat také inspiraci při tvorbě obecně závazných předpisů státního práva. To je m.j. případ i českého legislativce, který se Zásadami nechal inspirovat při přípravě nového občanského zákoníku.¹⁴¹ Zásady UNIDROIT se tak samy „hlásí“ jako součást *lex mercatoria*, z pohledu tradiční doktríny mezinárodního soukromého práva je však jejich volba coby rozhodného práva smlouvy problematická¹⁴².

Dá se říci, že jsou jedním z těch pramenů práva, jejichž legitimita je dána jejich inherentním, racionálním a dostatečně přesvědčivým obsahem, tedy „*imperio rationis*“, nikoliv z titulu jejich formální závaznosti či s odkazem na určitou vnější autoritu, neboli „*ratione imperii*“.¹⁴³ Tímto důrazem na „fakticitu“, méně pak na „formalitu“, odpovídají transnárodnímu pojmání práva. Systematicky jsou rozděleny do preambule a sedmi kapitol: obecná ustanovení, uzavření smlouvy, platnost, interpretace, obsah, plnění ze smlouvy, porušení smluvních povinností, obsahují tedy relativně komplexní úpravu obecných otázek smluvního práva, aniž by ovšem zahrnovaly podrobnější úpravu některých konkrétních smluvních typů.

Co se aplikace těchto principů týče, je třeba říci, že jak státní legislativa, tak evropské mezinárodní právo soukromé (Římská úmluva z roku 1980) jejich použití jako rozhodné právo neumožňuje. Zajímavostí v tomto směru je odlišná formulace čl. 10 Americké úmluvy o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (*Inter-American Convention on the law applicable to international commercial contracts*) ze 17. března 1994, která stanoví, že: „...*pravidla, zvyklosti a principy mezinárodního obchodního práva stejně jako obecně uznávané obchodní zvyklosti se užijí za vyloučení požadavků na rozhodné právo v konkrétním případě*“.¹⁴⁴ Přímé podřízení smlouvy režimu Zásadám UNIDROIT

141 Důvodová zpráva NOZ, konsolidovaná verze, dostupná na: obcanskyzakonik.justice.cz, str. 18.

142 GOODE, R., *Transnational Commercial Law: International Instruments and Commentary*, Oxford University Press, str. 40 a násl.

143 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010, str. 125.

144 Komentář č. 4 k Preambuli principů UNIDROIT: „the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.“ Dostupné z: www.unidroit.org.

by za této podmínky bylo přípustné. Je však nuto přiznat, že zmíněná úmluva je spíše lokálním pramenem práva; signovala ji doposud pouze pětice národních států.¹⁴⁵

Odlíšná je nicméně situace tehdy, pokud bychom se zabývali oblastí rozhodčího řízení. Komentář č.4 k Preambuli Zásad dokonce přímo doporučuje, aby strany postoupily případně vzniklé spory ze smlouvy přímo rozhodčímu soudu.¹⁴⁶ Je však možné aplikovat Zásady UNIDROIT jako rozhodné právo také při absenci jejich explicitní volby? Bonell dále argumentuje že ano, když odkazuje na nález mezinárodního rozhodčího soudu při ICC č. 7110.¹⁴⁷ V tomto konkrétním případě byl rozhodován spor mezi anglickou obchodní korporací a středovýchodním veřejným subjektem, přičemž většina mezi těmito subjekty uzavřených smluv zcela postrádala ustanovení o volbě rozhodného práva, jen některé odkazovaly na „práva a pravidla přirozené spravedlnosti“ („laws or rules of natural justice“). Rozhodčí tribunál vyvodil závěr, že strany měly evidentně v úmyslu vyloučit aplikaci některé z národních právních úprav, čímž potvrdil názor žalobce – veřejného subjektu – a ve sporu s odkazem na čl. 17 (1) Pravidel ICC (verze 1998)¹⁴⁸ aplikoval po předchozí argumentaci (kterou sám označil jako „kontextuální“ a založil jí převážně na analýze více než deset let trvajícího obchodního případu) nestátní právo. Žalovaný argumentoval, že dané smluvní ustanovení má jen procedurální charakter a že za rozhodné právo mělo být určeno právo Anglie, a to ve smyslu pravidla čl. 4 odst. 2 Římské Úmluvy. Rozhodci v odůvodnění konstatovali: „obecná pravidla a principy se těší širokému mezinárodnímu uznání (...) a jsou primárně reflektovány Zásadami UNIDROIT.“ Argumentaci žalovaného ve prospěch aplikace státní úpravy pak zamítl jako neakceptovatelnou.

Ze zmíněného příkladu vyplývá dvojí poznatek: jednak příslušnost Zásad UNIDROIT ke „globálnímu“ a obecně uznávanému právnímu řádu, který je třeba aplikovat z důvodu jeho vhodnosti, nikoliv tedy s odkazem na určité formální kritérium, za druhé pak aktivní role žalobce – veřejného subjektu – který ve prospěch aplikace Zásad UNIDROIT argumentoval a *de facto* tak přiznal svou vázanost tímto právem.

145 <http://www.oas.org/juridico/english/signs/b-56.html>.

146 Viz. <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/418-preamble/862-preamble-purpose-of-the-principles>.

147 BONELL, M.J., tamtéž, str. 206.

148 Art. 17 (1): „...The parties shall be free to agree upon the rules of law to be applied by the Arbitral Tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the Arbitral Tribunal shall apply the rules of law which it determines to be appropriate.“

Jak uvádí Bonell, nebyl zjištěn případ, kdy by došlo k neuznání kteréhokoliv z rozhodčích nálezů proto, že by v něm došlo k porušení nutně aplikovatelných ustanovení státního práva z důvodu aplikace Zásad UNIDROIT.¹⁴⁹

4.3.3. Principy evropského smluvního práva PECL

Z pohledu státního práva má také tento pramen povahu „*soft law*“, určitého návodu, kterým ovšem nejsou smluvní strany zavázány. PECL, neboli „*Principles of European Contract Law*“, které byly sepsány jako základ pro evropský kodifikační projekt v oblasti civilního práva (konkrétně plní úlohu sumarizace evropského obligačního práva), však z pohledu tématu této práce obsahují v čl. 1:101 odst. 3 písm. a) důležitou normu, a sice: „*Tyto principy mohou být aplikovány, pokud si strany zvolí, že se jimi uzavřená smlouva řídí „obecnými právními principy“ či „lex mercatoria“*“¹⁵⁰ Zde tedy autoři PECL de facto přiznávají principům charakter součásti NLM. To by se mohlo projevit zejména aplikací PECL při rozhodování mezinárodních rozhodčích soudů.

K jejich systematice je třeba říct, že PECL nemají vlastní zvláštní část, tedy nenalezneme zde regulaci žádného ze specifických smluvních typů, ani úpravu právních závazkových vztahů se spotřebitelem. Nedá se tedy říct, že by se jednalo o komplexní právní úpravu.

PECL jsou s obecnou myšlenkou NLM shodné zejména motivem svého vzniku. Mají být totiž pramenem, který významným způsobem přispěje ke sjednocení, a tedy i zjednodušení úpravy obligačního práva pro určitý, předem vymezený okruh recipientů, v tomto případě subjektů pocházejících z některé z členských zemí EU. Jsou také prostředkem zmírnění rozdílů v úpravě smluvního práva mezi právními řády kontinentálního a anglo-saského právního okruhu.¹⁵¹ Konkrétní důsledky zavedení jednotné úpravy obligací můžeme spatřovat jak v prvku „subjektivním“, tedy v

149 BONELL, M. J., The UNIDROIT Principles and Transnational Law, dostupné z: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf>.

150 PECL, Art. 1:101, Application of the Principles: „*These principles may be applied when the parties have agreed that their contract is to be governed by "general principles of law", the "lex mercatoria" or the like*“.

151 GOODE, R., Transnational Commercial Law: International Instruments and Commentary, Oxford University Press 2004, str. 41.

usnadnění přeshraničního obchodu (odpadá nutnost zabývat se při sjednávání kontraktu otázkou rozhodného práva, redukuje se náklady a čas nutný k zabezpečení poradenství v zemi původu smluvního partnera apod.), tak v „objektivním“, tedy v položení jednotného základu pro pozdější normotvorbu v dané právní oblasti (taková normotvorba přitom nemusí probíhat pouze legislativním procesem, např. v rámci struktur EU, nýbrž také v důsledku aplikace principu smluvní volnosti stranami).

Smits¹⁵² definuje základní účely, pro které PECL slouží:

- Umožňují stranám, aby svůj kontrakt opřely o určitá „neutrální“ pravidla. Tuto neutralitu spatřuje v distinkci vůči „tradičním“ státním úpravám. S tímto samozřejmě souvisí také možnost, aby PECL byly aplikovány rozhodčím soudem stejně, jako státní právní úprava.
- Jsou zdrojem inspirace pro budoucí právní úpravu vytvářenou jinými normotvůrci (jak v rámci legislativních procesů, tak jinak). Jako příklad podobného působení lze uvést inspiraci německého normotvůrce při novele BGB, resp. ruského normotvůrce při vytváření nového ruského občanského zákoníku.
- Zastávají významnou úlohu „opory“ pro interpretaci jiných evropských norem. Odkaz na „vnější“ zdroj, který je od jednotlivých evropských pramenů práva odlišný, je nutný také vzhledem k vnitřní nekonzistenci v textu nařízení.

V principech PECL můžeme každopádně spatřovat prvky jistého právního univerzalizmu. Jsou odpovědí na poptávku po extraktu evropským právním řádům společné právní materie a zejména tím se nepochybně řadí mezi globální prameny.

4.3.4. INCOTERMS 2010

International Commercial Terms jsou pramenem, který vznikl normotvornou činností Mezinárodní obchodní komory v Paříži (jejich původ lze sledovat až do 20. let minulého století, přičemž poprvé byly publikovány v roce 1936¹⁵³), a který představuje jeden z klíčových nestátních pramenů pro oblast mezinárodních transakcí.

152 SMITS, J.M., *The Principles of European Contract Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, dostupné z: www.ssrn.com.

INCOTERMS jsou výsledkem de facto kodifikační práce zmíněné instituce; jejich nejaktuálnější znění představuje stav k roku 2010.¹⁵⁴ INCOTERMS nepředstavují komplexní právní podklad pro kupní či výměnné smlouvy, přesto regulují mnohé významné aspekty obchodních kontraktů, např. místo dodání, otázky kontroly dodávky, okamžik přechodu nebezpečí, povinnost pojištění přepravy (doložky CIF a CIP) a jiné. Autor z vlastní praxe může dosvědčit, že doložky INCOTERMS jsou zejména v kupních smlouvách a smlouvách o dílo jak mezi tuzemskými, tak zahraničními subjekty velmi hojně užívány, a to právě z důvodu své univerzality a srozumitelnosti. Lze dokonce pozorovat zajímavý jev, kdy i čeští podnikatelé upřednostňují úpravu INCOTERMS před úpravou v tuzemské legislativě, a to právě z důvodu, že jsou na tuto úpravu navyklí z případů negociace smluv se zahraničními obchodními partnery.

INCOTERMS se do smluv vkládají příslušnou doložkou obsahující identifikaci kontrétních zvolených podmínek INCOTERMS (tedy např. „FOB“), dále pak označením platného znění podmínek (v současnosti: „INCOTERMS 2010“).

4.3.5. Smluvní podmínky FIDIC

Smluvní podmínky FIDIC (dále jen „Podmínky FIDIC“), tedy Mezinárodní federace konzultačních inženýrů (*Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*) jsou typickým pramenem, který je možné chápat jako součást NLM. Federace má v současnosti 78 členů, a to včetně České asociace konzultačních inženýrů, je tedy možné ji nazvat globální organizací. Smluvní podmínky FIDIC lze zařadit mezi jedny z klíčových pramenů NLM.¹⁵⁵ Hlavní role, kterou tento pramen hraje, je doplnění nedostatečné národní normativní úpravy ve vztahu ke specifickým výstavbovým projektům (v tomto případě tedy norem českého obchodního práva, resp. norem obsažených v tzv. „novém“ občanském zákoníku).¹⁵⁶ Obsahem Podmínek FIDIC je řada smluvních vzorů, konkrétně např. Obchodní podmínky staveb pozemních komunikací, Obchodní podmínky pro poskytování konzultačních služeb pro stavby pozemních

153 Informace dostupná z: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/>.

154 ROZEHNALOVÁ, N., Právo mezinárodního obchodu, 3. vyd., Wolters Kluwer Praha 2010, str. 228.

155 KLEE, L., Smluvní podmínky FIDIC, Praha: Wolters Kluwer ČR, a.s., 2011, str. 58.

156 KLEE, L., Tamtéž, str. 4.

komunikací, Obchodní podmínky pro zeměměřičské a průzkumné práce a dokumentaci staveb pozemních komunikací a jiné. Jedná se tedy o poměrně komplexní úpravu určité konkrétní oblasti mezinárodního obchodu.

Jednou z tezí této práce je konstatování, že NLM je součástí vznikajícího globálního (transnacionálního) právního řádu. NLM, coby jeho „obchodněprávní“ dimenze zahrnuje řadu podoblastí, a to např. *lex administrativa*, *lex sportiva*, *lex informatica* atp. Podobně, jako se právo dělí dle obsahu do těchto oblastí v případě národních právních řádů, také jednotlivé oblasti transnárodního práva již vykazují kontury právních „podoblastí“. V rámci NLM, tedy práva „obchodníků“ (coby ekvivalent státního obchodního práva) tak již např. vyvstává oblast *lex constructionis*, coby právní podoblast regulující práva a povinnosti účastníků výstavbových projektů při realizaci transakcí mezi podnikateli. Lze si dále domyslet rovněž existenci transnacionálního práva obchodních společností, práva smluvního a jiného. Tyto podoblasti budou částečně sdílet právní principy, na kterých jednotlivá odvětví transnárodního práva stojí, budou je však buďto specifikovat, případně přímo doplňovat principy dalšími¹⁵⁷.

V případě zmíněného *lex constructionis* tak lze (vedle principů *bona fides*, *rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda* či principu povinnosti včasného varování) identifikovat např. princip přípustnosti řízených změn (tzn. ve smlouvě předvídaných změnových procesů), které nejsou porušením smlouvy. Změna ceny za provedení díla v případě takových podmínek by pak byla pro strany závazná. Pro etablování *lex constructionis* (také prostřednictvím smluvních podmínek FIDIC) hovoří jeden silný argument, a sice absence dostatečné právní úpravy v některých „rozvojových“ zemích, na jejichž území jsou konstruční projekty situovány. V souvislosti s tím vystupuje do popředí také interpretační funkce transnárodního práva. *Lex constructionis* přitom vychází z univerzálních principů *lex mercatoria*, přičemž je do určité míry reinterpretuje pro naplnění účelu úpravy stavebního práva, a to např. tím, že zohledňuje rovněž některé specifické principy a instituty. Příkladem může být např. zohlednění tzv. „*théorie de l'imprévision*“ či doktriny „*frustration of purpose*“. V prvním případě se jedná o možnost nárokování náhrady škody ze strany zhotovitele v situaci, kdy vyvstane nepředvídatelná překážka realizace předmětu smlouvy; ve druhém jmenovaném případě

157 KLEE, L., Tamtéž, str. 75.

pak dochází ke zmaření účelu smlouvy tehdy, kdy byly důvody tohoto zmaření známy oběma stranám v momentu uzavření smlouvy.¹⁵⁸

Na základě těchto obchodních podmínek postupují rovněž veřejnoprávní zadavatelé (např. Hl. Město Praha při realizaci souboru staveb Městského okruhu¹⁵⁹), aplikace pramenů NLM tedy nemusí být pouze doménou soukromoprávních subjektů.

4.3.6. Trans-lex principles

Trans-lex principles jsou čistě akademický produkt ústavu CENTRAL Kolínské univerzity, který, na rozdíl od výše uvedených zdrojů, není cíleně vytvořen jako konkrétní legislativní prostředek pro úpravu určité partikulární oblasti, nýbrž cílí na sepsání základních principů NLM. Vychází zejména z analýzy ustálené judikatury mezinárodních rozhodčích i státních soudů a uvádí tyto judikáty u každého z uvedených ustanovení. Svým způsobem by se dalo říct, že tento pramen svou „organičností“ nejlépe vystihuje koncept transnárodního práva jako práva „reflexivního“ (viz kapitola III), a tím se svou přirozenou přesvědčivostí stává jedním z hlavních pramenů poznání NLM.

Tuto systematicky vytvářenou sbírku zahrnující přes sto třicet principů a norem, řadí její autoři mezi prameny NLM¹⁶⁰; cíle principů Trans-lex principles pak uvádějí v osmi bodech:

- jako instrument pro určení aplikovatelných norem, pokud strany určily jako předmětná pravidla „transnárodní obchodní právo“, „obecné právní principy“ či „lex mercatoria“ atp.,
- jako instrument pro určení aplikovatelného práva, pokud dojde k rozhodčímu řízení za situace, kdy v ujednání stran absentuje volba práva,
- pro účely autonomní interpretace a pro zaplnění „mezer“ v právní úpravě mezinárodních smluv a jiných instrumentů mezinárodního práva,

158 KLEE, L., Lex constructionis aneb zásady závazkových vztahů ve stavebnictví, str. 121.

159 Dostupné na: http://www.praha.eu/public/aa/5d/c/1142934_153808_dil1cast1._1R5.pdf.

160 Viz. <http://www.trans-lex.org/purpose-concept>.

- pro účely tvorby nových norem domácího práva, které by byly konformní s mezinárodně a transnárodně platnými normami,
- pro ujasnění významu některých sporných pojmů v oblasti mezinárodního obchodu, jako jsou např. pojmy „force majeure“, „hardship“, „best efforts“, „time is of the essence“ či pro výklad INCOTERMS (CIF, FOB a jiné),
- pro účely projektu jednotného evropského občanského zákoníku, zejména ve vztahu k jeho doplnění a interpretaci v oblasti mezinárodních obchodních sporů,
- pro poskytnutí právního know how v oblasti moderního obchodního práva pro země, které ještě nedisponují takovou úpravou (tedy pro účely rozvoje těchto právních řádů),
- pro poskytování informací o transnárodním právu jiným vědním oborům (politologie, ekonomie, sociologie), které se zabývají fenoménem střetu skutečnosti teritoriální limitace práva a transnacionalizace mezinárodního obchodu ve vztahu ke globalizaci.

Trans-lex principles tedy spíše stojí na pomezí mezi psaným pramenem NLM a vědeckým instrumentem. Každopádně představují jeden z nejkompexnějších pokusů o „kodifikaci“ NLM a autor v nich vidí velmi povedený pokus vnést do debaty o obsahu NLM jasnou strukturu.

4.3.7. Prostředky korporátní seberegulace

Další oblastí, do které se do jisté míry promítá podstata transnárodního práva, je oblast korporátní seberegulace. Jedná se převážně o normy vytvářené jak samotnými korporacemi, tak profesními a mezinárodními entitami, které konkretizují práva a povinnosti v rámci jednotlivých společností. Tyto normy jsou určitou transnárodní obdobou státního práva obchodních společností. Ani státní právo však není z této oblasti zcela vyňato.¹⁶¹ Jako příklad úpravy korporátní seberegulace jsou uváděny některé normy novelizovaného německého *Aktiengesetz*, konkrétně jeho § 161, který upravuje

¹⁶¹ CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010., str. 200 a násl.

možnost obchodní korporace aplikovat či neaplikovat doporučení, které vydává Spolkové ministerstvo spravedlnosti.¹⁶² Podřízení či nepodřízení se určité části státní legislativy závisí na volbě dané korporace.

Samotné prameny korporátní seberegulace pak lze z hlediska jejich původců rozdělit na ty, které vznikly iniciativou subjektů mezinárodního veřejného práva - typicky *OECD Guidelines on Multinational Enterprises* (tedy Směrnice OECD pro nadnárodní podniky, dále jen SOECD), *UN Global Compact* a *UN Draft Norms*, a dále na normy čistě soukromého původu – jako např. požadavky vyplývající z různých certifikací (typicky ISO).

SOECD je souborem doporučení adresovaných vládami multinárodním korporacím. Jejím cílem je přiblížení regulace korporátních aktivit cílům, které sleduje i národní úprava. Je tedy prostředkem určité harmonizace státního a transnárodního práva. SOECD představuje souhrn dobrovolně dodržovaných principů a standardů pro odpovědné vedení obchodních aktivit a pro zajištění souladu s ostatními k této problematice se vztahujícími právy a mezinárodně uznávanými standardy.¹⁶³ Normy SOECD jako takové nejsou vynutitelné státním právem, a to ani tehdy, pokud se jimi strany rozhodnou řídit; může však nastat situace, že se tématicky překrývají s pravidly státního či mezinárodního práva. Jejich dodržování je tak částečnou zárukou souladu postupu obchodní korporace také s limity státního práva.

Ve vztahu k obsahu SOECD stojí za povšimnutí zejména její orientace na úpravu, kterou intuitivně vnímáme jako typicky „státní“ - tedy úpravu lidských práv v čl. IV. Prostřednictvím SOECD dochází k určitému přenosu odpovědnosti za jejich dodržování na mezinárodní korporace. Úprava obsahuje zejména následující skupiny závazků:

1. respektovat lidská práva, 2. v kontextu vlastní činnosti nepřispívat k nepříznivým dopadům na lidská a práva a řešit tyto dopady, 3. hledat způsoby, jak předejít nebo zmírnit nepříznivé dopady na lidská práva, která souvisí s obchodní činností v důsledku

162 § 161 AktG: „Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des Bundesanzeigers bekannt gemachten Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden und warum nicht.“

163 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Text and Commentary, dostupné z: www.oecd.org, str. 13.

obchodního vztahu, 4. zavést politiku respektování lidských práv a další¹⁶⁴. Zejména u bodů 3 a 4 si pak můžeme představit konkrétní realizaci v podobě odpovídajících smluvních závazků s obchodními partnery a také v podobě zakomponování požadavků na dodržování lidských práv do vnitropodnikových předpisů.

Akcent na lidská práva v korporátní seberegulaci je evidentním odrazem debaty o společenské odpovědnosti soukromoprávních subjektů. Standardem lidských práv se přitom v tomto případě rozumí zejména požadavky obsažené ve Všeobecné deklaraci lidských práv a v instrumentech, prostřednictvím kterých byla této deklaraci vštěpena mezinárodní závaznost: Mezinárodní pakt o občanských a politických právech a Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech (v České republice vyhlášené vyhláškou ministra zahraničních věcí, č. 120/1976 Sb.).

Promítnutí závazku dodržování lidských práv do obchodního vztahu je důležitým prostředkem jejich prosazení zejména v situaci, kdy úroveň jejich kontroly a vymáhání je v mnohých státech (typicky v rozvojových zemích) zjevně nedostatečná¹⁶⁵. Využití těchto obchodních prostředků regulace může být efektivním komplementem iniciativy podporované subjekty mezinárodního práva.

SOECD se dále věnuje také oblasti pracovněprávních vztahů, životního prostředí, boji proti úplatkářství a vydírání, ochraně práv spotřebitele, oblasti hospodářské soutěže a povinnostem ve vztahu k daňovým předpisům. Upravují tedy oblasti, které jsou v systému státního práva svěřeny z podstatné části právu veřejnému.

164 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Text and Commentary, dostupné z: www.oecd.org, str. 31 a násl.

165 Autor odkazuje na dokument „The Global Slavery Index 2013“ vypracovaný United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking, dostupný za stránce <http://www.ungift.org/>. Dle této statistiky je fenoménem moderního otroctví postiženo celosvětově téměř 30 mil. lidí, z nichž mnozí jsou zneužíváni lokálními obchodními společnostmi, které následně vystupují v roli subdodavatelů také pro nadnárodní koncerny. Pro nadnárodní společnosti je tento stav do jisté míry uspokojivý, protože vede k redukci jejich produkčních nákladů; užitím závazků SOECD ve smlouvách je však možné přispět k vyšší míře dosledovatelnosti a rozložení odpovědnosti za zneužívání otrocké práce. Ve svém důsledku tak budou i korporace motivovány k aktivnímu zájmu na alespoň minimálnímu standardu dodržování základních lidských práv u svých subdodavatelů, a to z důvodů hrozby možných ekonomických škod (újma na pověsti, hrozba žalob či trestněprávních následků apod.).

Korporátní seberegulaci můžeme z hlediska teorie NLM vidět také jako projev reflexivního přístupu v právu (viz. Kap. 3.4). Ten se obecně vyznačuje akcentem na seberegulační mechanismy a je projevem regulatorního kapitalismu jako modelu minimální efektivní ingerence státu prostřednictvím práva do privátních aktivit.

Autor nevyklučuje, že bude doktrinálně možné tyto prameny rovněž perspektivně zahrnout do NLM, resp. do určité vznikající podskupiny (*lex corporativo?*), nicméně je k diskusi, zda by zahrnutím těchto výlučně na úvaze jednotlivých korporací aplikovatelných pravidel nedocházelo k již přílišnému odklonu od podstaty práva jako obecně závazného systému pravidel chování (byť v rámci určitého okruhu subjektů).

4.4. Závěr kapitoly

Bez konkrétních pramenů by NLM zůstalo pouze teoretickým konceptem. Otázka označení konkrétních pramenů NLM je tak naprosto nezbytná pro další práci s tématem a pro vedení konkrétní a jasné debaty a rovněž pro aplikaci NLM na konkrétní případy. Autor v této kapitole jmenuje prameny, které se k idejím, na nichž je NLM postavena, otevřeně hlásí a mají být jejich zhmotněním. Výčet pramenů, který nabízí, je demonstrativní a odpovídá tzv. užšímu, tedy nestátnímu pojetí NLM. Kritériem zvolení uvedených pramenů je zejména jejich faktický efekt, častost, se kterou se objevují ve vědeckém diskursu v souvislosti s tematikou NLM, a zejména jejich obsah.

Výčet pramenů sám o sobě je pochopitelně pouze úvodem možné debaty o hmotné stránce NLM. S ohledem na podobnou materii, kterou jednotlivé prameny upravují, například okamžitě vyvstává otázka jejich souladu. Právní řád, který by nevykazoval značnou míru vnitřní koherence, by patrně nemohl vůbec splňovat kritérium právního řádu jako takového. Jako úvod do této diskuse se nabízí např. podobnost ustanovení čl. 6.111 PECL s čl. 6.2.1. UNIDROIT¹⁶⁶ a konstatování, že ani státní právní řády nejsou napříč jednotlivými prameny zcela harmonické.

166 Předmětem úpravy je změna podmínek, za kterých má být plněna daná smlouva, tedy tzv. „hardship clause“.

5. Procesní stránka NLM

5.1. Obecné otázky ve vztahu k závaznosti a vynucení norem NLM

V oblasti vymahatelnosti norem NLM nalézají oporu většina zastánců tradiční, „nenárodní“ teorie transnárodního práva, a to zejména s odkazem na skutečnost neexistence autoritou zastřešené a hierarchizované transnárodní struktury obdobné té, kterou vytvářejí jednotlivé státy prostřednictvím svých právních řádů.

Závaznost a vymahatelnost norem NLM v zásadě spočívá na dvou druzích potenciálních sankcí za jejich nedodržení, a to na sankcích faktického charakteru a právního charakteru. První zmíněnou kategorií se rozumí zejména kroky s cílem přímo ekonomickými prostředky sankcionovat subjekt, který určité právní pravidlo porušil, tedy nejružnějšími formami společenského vyloučení (bojkotem, cílenou diskriminací apod.). Co takové sankce odlišuje od čistě faktického chování je jejich opora ve stanovených normách - právu, tzn. jejich legalita ve vztahu k příslušným normám NLM. Druhou zmíněnou kategorií je pak přímo právem předvídaný režim uznání a výkonu rozhodčích nálezů soukromých soudů rozhodujících na základě norem NLM.¹⁶⁷

Do první kategorie (oblast „faktických“ sankcí) spadají různé kroky se záměrem snížit dobré jméno či reputaci subjektu, který porušil určitou normu NLM, v krajním případě může mít faktická sankce povahu až vyloučení určitého subjektu z činností v rámci dané obchodní komunity, resp. vyloučení z trhu. Sankce cílící na reputaci je zaměřena na nepřímý majetkový postih, který se navíc projeví až sekundárně. Záleží tedy na dalších subjektech, jakým způsobem se k informaci o porušení některého z pravidel NLM postaví (zda budou se sankcionovanou obchodní společností dále vstupovat do společných projektů atp.). Jedná se o projev tzv. neformální společenské kontroly. Sankce spočívající ve vyloučení je svou podstatou také nepřímá; majetkový postih „viníka“ je však vzhledem k obchodní realitě téměř jistý. Vzhledem k tomu, že

167 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010, str. 102.

vyločení jako takové je již určitý konkretizovaný krok, jedná se o společenskou kontrolu formálního charakteru.¹⁶⁸

Sankce druhé kategorie („právní“ sankce) jsou nejčastěji výsledkem rozhodování subjektu, kterému strany svěří moc autoritativně o sporu rozhodnout. Mohou mít různý charakter, typicky se však bude jednat o povinnost určitého peněžitého plnění, tedy o přímou majetkovou sankci.

Pro úvahy o NLM mají rozhodnutí soudů (ať již soukromých - rozhodčích, nebo státních) v zásadě dvojitý význam. Jednak jsou základním prostředkem, kterým se realizuje závaznost právních norem; dále pak představují jeden ze způsobů, kterým se etablují normy NLM. To tak získává částečně charakter tzv. „*judge-made law*“, obsahu soudních rozhodnutí nelze upřít precedenční význam. Jak poznamenali Deaking a Carvalho, v systému soudcovského práva, kde soudce nejen právo nalézá, ale také tvoří, je více pravděpodobné, že se prosadí ta norma, která je soukromými subjekty vnímána jako efektivní, jelikož strany mají větší možnosti „neefektivní“ normy rozporovat (a dosáhnout jejich změny) v řízení před soudem.¹⁶⁹

Oblast vymahatelnosti norem NLM cestou právní tedy stále spočívá v rukou národních států. Jakkoliv je možné spekulovat nad vůlí jednotlivých aktérů dodržovat sjednané smlouvy, respektovat závěry rozhodčích soudů i jiných subjektů spory rozhodující a i při zohlednění obecně vyšší míry racionality právnických osob – obchodních korporací – v oblasti plnění závazků (při porovnání s osobami fyzickými), je nezpochybnitelným faktem, že to, co v právu vytváří „definitivu“, je právě možnost donucení ke splnění určité povinnosti. Až tímto se právo zásadně liší od jiných normativních systémů. Ve světě, ve kterém je formální monopol na násilí, a tedy i možnost fyzického donucení svěřeno národním státům, je role státních subjektů zřejmá.

168 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010, str. 120.

169 DEAKIN, S., CARVALHO, F., *System and evolution in corporate governance*, in: ZUMBANSEN, P., CALLIES, G.-P., *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Edward Elgar, Cheltenham 2011, str. 119.

Nad řečeným se však okamžitě nabízí polemika ve dvou ohledech. Za první, zda fakticky stále národní státy disponují oním monopolem na násilí, který je podmínkou výkonu práva, a za druhé, zda je přeci jen možné přiznat legitimitu tomu právnímu řádu, který existuje bez přímé možnosti vynucení svých norem, a tuto funkci si „půjčuje“ od systému paralelně existujícího.

Zodpovězení první položené otázky je spíše záležitostí mezinárodního veřejného práva či přímo otázka politická. Je faktem, že monopol státu na násilí je v současnosti prolamován a ještě více byl prolamován v minulosti, kdy např. také různé obchodní organizace ozbrojenými prostředky disponovaly a mohly je užívat k vynucení právních norem (typicky severoněmecká Hansa, Východoindická společnost atd.).

Druhá otázka je koncepční a teoretická. Analogicky k metodám státního a mezinárodního práva však v zásadě takový postup možný je, což vyplývá ze samotné koncepce Newyorské úmluvy (viz níže).

Pokud pátá teze této práce (viz. Úvod) přiznává NLM také procesní rozměr, který se projevuje v aplikaci norem NLM před rozhodčími soudy, ať již institucionalizovanými, tak *ad hoc*, je nutné nejdříve vyjasnit, zda vůbec právní řád tvořený NLM disponuje vlastní soudní soustavou tak, jako státní právní řády. Odpovědí může být v tomto ohledu jen hypotéza, že onou soustavou je právě množina rozhodčích soudů, což po doktrinální stránce představuje zásadní rozdíl oproti právu státnímu, které v otázce vynucení primárně spoléhá na soustavu řádných soudů. Nálezy těchto rozhodčích soudů se pak nejčastěji opírají o režim uznání a výkonu podle Newyorské úmluvy z roku 1958, která „se vztahuje na uznání a výkon rozhodčích nálezů, vyplývajících ze sporů mezi osobami fyzickými nebo právníckými a vydaných na území jiného státu než toho, v němž je žádáno o jejich uznání a výkon“¹⁷⁰. Tato úmluva je pramenem mezinárodního práva majícím zcela globální význam, což vyplývá z počtu států, které ji ratifikovaly.¹⁷¹ Rovněž Česká republika je její smluvní stranou, a to s účinností ke dni 10. října 1959 (Úmluva je vyhlášena pod č. 74/1959 Sb.). Režim založený Úmluvou bude pro mnohé trvalým argumentem ve prospěch závěru, že mezinárodní obchodní arbitráž je svým

170 Čl. 1 odst. 1 Newyorské úmluvy.

171 Dle údajů dostupných z www.newyorkconvention.org je ke dni 31.01.2014 signatářem smlouvy celkem 149 států.

charakterem vlastně jen demonstrací tradiční techniky delegace výkonu státní moci na soukromý subjekt.¹⁷² Protiargumentem pak bude poznatek, že většina rozhodčích nálezů je stranami dodržena a respektována bez ohledu na nutnost jejich pozdějšího vynucení, tedy že arbitráž působí nejen hrozbou vynucení, ale zejména rizikem jiných, faktických sankcí při nerespektování jejího výsledku.¹⁷³

Vztah institutů uznání a výkonu má dvě roviny. Lze jej chápat buď podmíněčně, tedy, že uznání je předpokladem výkonu, anebo tak, že samotné uznání někdy působí ve vztahu k možnému výkonu spíše preventivně, jelikož samotným uznáním roste pro povinnou stranu vědomí možnosti vymoci si splnění dlužného plnění. Samotný proces uznání cizího rozhodčího nálezu má teoreticky dvě možné podoby:

- věcné přezkoumání rozhodčího nálezu, které znamená do určité míry opakování nalézacího řízení provedené rozhodcem a
- přezkoumání v podobě naplnění základních nezbytných procesních podmínek a soulad s veřejným pořádkem uznávajícího státu – což je také model zvolený českou právní úpravou.¹⁷⁴

Ačkoliv první uvedený model není odbornou literaturou preferován, znění ust. § 121 písm. c) ZMPS může za určitých okolností dospět k věcnému přezkumu nálezu a nález může být zrušen z důvodu nesprávné aplikace hmotného práva.¹⁷⁵

Newyorská úmluva umožňuje, aby s uznáním rozhodčího nálezu byly spojeny účinky pravomocného soudního rozhodnutí, přičemž však už neupravuje podmínky samotného výkonu uznaného nálezu. Při uznání není vyžadováno speciální rozhodnutí, kterým k uznání dochází; soud k rozhodčímu nálezu prostě přihlédne jako k uznanému, pokud jsou naplněny podmínky pro uznání obsažené v Úmluvě (tedy, za absence některé z

172 CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010, str. 112.

173 Pozn.: Autor si je vědom skutečnosti, že Newyorská úmluva nepředstavuje jediný mezinárodní instrument, který se otázkou cizích rozhodčích nálezů zabývá. Paralelně existuje např. úprava evropská, a sice Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži, která byla přijata dne 21.04.1961 v Ženevě. Ta se nicméně otázce samotného výkonu a uznání věnuje spíše okrajově.

174 ROZEHNALOVÁ, *Rozhodčí řízení v mezinárodním obchodním styku*, 3.vydání, Praha: Wolters Kluwer, 2013, str. 365.

175 PAUKNEROVÁ, M., ROZEHNALOVÁ, N., ZAVADILOVÁ, M. a kol., *Zákon o mezinárodním právu soukromém, komentář*, Wolters Kluwer ČR 2013, str. 801.

překážek uznání uvedených v § 39 ZZŘ a za podmínky zaručení vzájemnosti dle § 38 ZZŘ). Text Úmluvy se vzhledem k době svého vzniku stává předmětem úvah o její aktualizaci. Např. v poslední uvedené otázce byla navrhována změna textu Úmluvy, a to v návrhu Alberta Jan van den Berga, dle kterého měl být čl. 5 odst. 3 formulován v tom směru, že výkon rozhodčího nálezu nebude možno provést (tedy nikoliv, že by nemělo být možné), pokud „povinná“ strana prokáže, že nález byl zrušen soudem v zemi, ve které byl vydán.¹⁷⁶

Důvody odepření uznání podle jsou stanoveny v čl. V Úmluvy, přičemž z jejich formulace vyplývá, že v procesu uznávání není možné přezkoumávat rozhodnutí ve věci samé. Je však možné odepřít výkon rozhodčího nálezu z důvodu rozporu s mezinárodním veřejným pořádkem. Analogickou podmínku stanoví i některé národní právní úpravy, např. čl. 103 odst. 3 anglického Arbitration Act z roku 1996, který rovněž stanoví možnost odepření uznání a výkonu nálezu v případě, že je rozhodčí nález v rozporu s veřejným pořádkem (byť vnímáno z pohledu anglického práva). Skutečnost, že je mezinárodní rozhodčí nález vydán na základě *lex mercatoria*, přitom nelze za rozpor s mezinárodním veřejným pořádkem považovat.¹⁷⁷

Autor dodává, že pro výkon rozhodčího nálezu dle Úmluvy rovněž není rozhodné, zda byl vydán institucionalizovaným rozhodčím soudem nebo jako meritorní rozhodnutí v *ad hoc* rozhodčím řízení.

Dá se však Úmluva označit přímo jako pramen transnárodního práva, resp. přímo NLM? Pro zařazení Úmluvy mezi prameny NLM hovoří následující argumenty:

- jedná se o globální právní instrument,
- způsob jejího působení v oblasti mezinárodního obchodního práva je „sjednocující“, tedy vedoucí k jednomu standardu v oblasti uznání rozhodčích nálezů,

176 GAILLARD, E., The Urgency of Not Revisiting the New York Convention, dostupné z: www.shearman.com.

177 ROZEHNALOVÁ, Rozhodčí řízení v mezinárodním obchodním styku, 3.vydání, Praha: Wolters Kluwer, 2013, str. 381.

- je široce akceptována, aplikována, a nejedná se v žádném případě o „mrtvé“ právo (o potřebě takového instrumentu panuje shoda),
- může sloužit k uznání a výkonu rozhodčích nálezů, které jsou hmotněprávně založeny na NLM.

Proti zařazení Úmluvy mezi prameny NLM se nabízejí následující argumenty:

- je pramenem legislativní činnosti mezinárodní organizace,
- svým charakterem v podstatě odkazuje na právo suverénních států, když stanovuje podmínky, kdy může být nález uznán a vykonán, ale samotné okolnosti výkonu ponechává na právu státním.¹⁷⁸

Jako i v některých jiných případech, lze uzavřít, že Úmluva by mohla být mezi prameny NLM řazena jen tehdy, přikloníme-li se k „širšímu“ vymezení NLM, které zahrnuje rovněž některé prameny mezinárodního práva, tedy ne pouze nestátní normy. Zda odpovídá „užšímu“ vymezení NLM, je diskutabilní. Obecně je však Úmluva považována za instrument mezinárodního práva, jehož vznik podnítila aktivita suverénních států. Je však faktem, že otázka uznání Úmluvy mezi normy NLM je pro tento právní řád naprosto klíčové, a to z faktické potřeby naplnění podmínky vymahatelnosti transnárodního obchodního práva.

5.2. Rozhodčí řízení jako základní procesní instrument NLM

5.2.1. Teorie rozhodčího řízení optikou NLM

Rozhodčí řízení, neboli arbitráž, je nepochybně jednou z nejpoužívanějších metod řešení sporů vzešlých z přeshraničních obchodněprávních vztahů. Je metodou determinativní, jejím výsledkem je mezi stranami právně závazný a za splnění určitých předpokladů také vynutitelný rozhodčí nález. Role rozhodčího řízení pro doktrínu *lex mercatoria* je zdůrazňována řadou autorů, např. Goldstajjn přisuzuje užití rozhodčímu řízení pozici jednoho ze tří fundamentů celé doktriny *lex mercatoria* (a to vedle uplatnění principů autonomie vůle smluvních stran a principu *pacta sunt servanda*), když

¹⁷⁸ Viz čl. III Úmluvy.

dodává, že: „vložení rozhodčí doložky do mezinárodních obchodních smluv je esenciální předpoklad pro existenci autonomního právního řádu mezinárodního obchodu.“¹⁷⁹

Existuje rovněž možnost arbitráž kombinovat s jinými, principiálně odlišnými metodami řešení sporů, např. s konciliací, mediací, negociací, tzv. expertní skupinou a jinými; jednotlivé metody se také mohou realizovat ve virtuálním prostoru v podobě tzv. „*online dispute resolution*“ (dále jen „ODR“) metod. Pokud zmíněné metody tvoří určité kombinované schéma řešení daného sporu (spor tedy má nejdříve být předložen do mediační fáze, až při jejím neúspěchu je postoupen rozhodci apod.), užívá se pro jejich označení pojem vícestupňového řešení sporu, neboli „*multi-tiered dispute resolution*“ či „MDR“. Tato variabilita přímo kontrastuje s variantami řešení sporů, které nabízí státní právo, např. ve formě smírčího řízení dle § 67 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu či „prostého“ rozhodčího řízení dle ZRR.

Jednou z mnoha otázek, které se při úvahách nad těmito metodami řešení sporů nabízí, je problematika práva, kterému má daný proces podléhat, kterým se má řídit. Pokud o NLM hovořím jako o součásti svěbytného, transnárodního právního řádu, je zřejmé, že takový právní řád vedle hmotného rozměru musí disponovat instituty a metodami, jak své normy vynutit, tedy jak je učinit také formálně závaznými.

Popření procesní stránky transnárodního práva by mělo za následek poněkud absurdní stav, kdy o sporech vzešlých z interakcí stran aplikujících „globální“ normy by musely v konečném důsledku rozhodovat buďto státní soudy (podle svých vlastních státních procesních pravidel), nebo sice soukromé subjekty (rozhodci), ovšem rovněž podle státního práva. Tím by byla celá myšlenka autonomního právního řádu ve svých důsledcích popřena, protože bez ohledu na dosavadní vývoj právního vztahu mezi nadnárodně působícími subjekty by definitivita byla svěřena partikulární právní úpravě. Transnárodní právní řád tak bez svého procesního rozměru nebude nikdy moct aspirovat na roli plnohodnotného právního systému.

179 GOLDSTAJN, Aleksandar, *The New Law Merchant Reconsidered*, in: *Festschrift Schmitthoff*, Frankfurt a.M. 1973, at 171 et seq., dostupné z: www.trans-lex.org.

5.2.2. Rozhodčí doložka

Možnost založit metodu řešení sporu ve smlouvě, ze které může potenciální spor vyvstat, je projevem principu autonomie smluvních stran. Nejvyšší míru právní jistoty představuje vložení rozhodčí, mediační či víceúrovňové doložky přímo do smlouvy, jinými slovy tedy právní úkon učiněný ve vztahu ke sporu *ex ante*. Možná je samozřejmě také *ex post* dohoda o způsobu řešení vzešlého problému až poté, co sporná situace nastala. Takové řešení, v podobě smlouvy o mediaci či arbitráži, je však riskantní právě z důvodu nutnosti nalézt kompromis v situaci, která je již určitým sporem stigmatizována. To je také důvodem, proč *ex ante* doložky ve smluvních vztazích převažují.¹⁸⁰

Za tři hlavní benefity zakotvení „soukromé“ metody řešení ve sporu ve smlouvě formou *ex ante* uzavřené doložky můžeme považovat:

- Snížení rizika vzniku sporné situace a nákladů na její řešení. U obou bodů se pochopitelně pohybujeme v mezích určité pravděpodobnosti a záleží na řadě okolností; je však faktem, že vzhledem k absenci víceúrovňového řízení u arbitráže a vzhledem k obvyklé omezené délce trvání mediační fáze není pravděpodobné, že by průměrná délka řízení překračovala rozsah běžný pro litigaci. Zde trvá řešení sporů nezdědka několik let, tedy období zcela neakceptovatelné pro natolik dynamickou oblast, jakou jsou spory obchodní.
- Při vhodné kombinaci postupů a metod může být řešení sporu naopak iniciací pro nové obchodní jednání a může vést ke vzniku nových obchodních příležitostí. Např. výsledkem úspěšné mediace je pak nová smlouva mezi stranami.
- Vhodná kombinace ADR metod může také redukovat počet sporných situací, např. vyloučením některých konkrétních druhů sporů z determinativního rozhodování (tedy např. dohodou stran o tom, že spory v souvislosti se zárukou za produkt do určité hodnoty budou řešeny v

180 ASCHENFELTER, O. C., Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009, str. 41.

rámci mediace, nebo některou z rychlých forem ADR, např. prostřednictvím ODR - to je relativně běžné např. u nákupních portálů).

Jak je již nastíněno výše, je rozhodčí doložku možné konstruovat také jako doložku víceúrovňovou, dle které se strany zaváží k řešení sporu v několika různých fázích. Typicky tak nejdříve dochází k pokusu spor vyřešit ve fázi mediační, než je předložen do fáze rozhodčí. Možných schémat uspořádání metod tzv. MDR (*multi-tiered dispute resolution*) je však několik (jejich výčet bude svým způsobem vždy neuzavřený), přičemž za nejvíce „etablované“ a běžně používané lze považovat zejména jednotlivé varianty postupu „Med-arb“. Používané jsou také různé formy expertních panelů, strukturované negociace či ustavení dispute resolution board jako jakéhosi orgánu, který je připraven řešit problematiku zejména v případě dlouhodobých, často stavebních kontraktů.

U zmíněného „Med-arb“ přístupu se jedná o kombinaci mediace a arbitráže, přičemž dle kritérií, zda mají být jednotlivé stupně rozděleny jen procesně, nebo také personálně, se dále rozlišují tzv. „Med-then-arb“, „Shadow-mediation“, „Co-med-arb“, „Medaloo“ a jiné. Variabilita těchto metod řešení, aby projev principu autonomie smluvních stran, umožňuje procesní flexibilitu a mají zaručit optimální mechanismus nastavení řešení sporných situací.

S otázkou řešení sporů z mezinárodního obchodního styku úzce souvisí otázka rozhodného práva, a to jak z hlediska hmotněprávního, tak procesněprávního, tedy dle jakého práva bude spor po materiální stránce rozhodnut a dle jakých procesních pravidel se bude na cestě k tomuto rozhodnutí postupovat. Je jednou z tezí této práce, že prameny NLM jsou způsobilé svým obsahem pokrýt jak první, tak druhou oblast rozhodného práva. Nejkritičtější bodem je však střet takto zvolené úpravy s právem státním, zejména při režimu uznání a výkonu rozhodčího nálezů.

Procesní stránku představují v oblasti NLM zejména pravidla řízení širokou odbornou veřejností uznávaných a využívaných organizací zabývajících se oblastí soukromého řešení sporů, tedy tzv. *Curial law*, jehož předmětem úpravy jsou zejména otázky formy řízení, jazyka arbitráže, otázky lhůt, dokazování a náležitosti určitých úkonů. Otázkou

určení rozhodného procesního práva je třeba se zabývat tehdy, pokud si samy strany v předmětné smlouvě příslušná pravidla nedohodnou, resp. pokud jejich dohoda není úplná či je neplatná a je třeba nalézt subsidiární úpravu. Volba procesních pravidel je dalším z projevů principu autonomie smluvních stran a je široce akceptovaná také státním právem, viz ust. § 19 odst. 1 ZRR, který uvádí, že: „strany se mohou dohodnout na postupu, kterým mají rozhodci vést řízení“. Podobnou úpravu obsahují také zahraniční procesní normy. Odkaz na určitý soubor pravidel učiněný stranami (např. klauzule: „rozhodčí řízení se bude řídit pravidly....“) je možno chápat jak jako projev smluvní autonomie, tak odkaz na právo.

Pro současnou teorii rozhodčího řízení je stále klíčový pojem sudiště, tzn. místa konání rozhodčího řízení, a to pro určení rozhodného práva pro jeho vedení. Volba sudiště tak rozhoduje jak o povaze řízení, tak o rozhodném právu.¹⁸¹ Rozlišuje se mezi teritoriálním a smluvním přístupem, přičemž první z nich stále uznává pevnou vazbu mezi místem konání rozhodčího řízení a právními normami, které toto řízení ovládá.¹⁸² V právní teorii touto vazbou dochází k lokalizaci arbitráže, k propojení fyzické reality jejího konání s právní rovinou. Pokud bychom však měli důsledně respektovat základy, na nichž je postaveno transnárodní právo, bylo by třeba arbitráž opřenu o normy NLM pojímat jako striktně denacionalizovanou.¹⁸³

Dle autonomního pojetí rozhodčí smlouvy je přirozené, že dochází k rozdílu mezi aplikovaným právem pro rozhodování merita sporu, tedy mezi právem smlouvy jako takové (tzv. *Lex contractus*) a pravidly procesními.

Procesní prameny, které lze zahrnout mezi prameny NLM, obsahují několik vzorových smluvních klauzulí, kterými dochází k založení pravomoci rozhodčího soudu spor z dané smlouvy rozhodovat. Tak např. rozhodčí soud působící při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži nabízí následující znění rozhodčí doložky: „Všechny spory vzešlé z této smlouvy či v souvislosti s touto smlouvou budou s konečnou platností rozhodnuty v

181 ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 3. aktualizované vydání, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 239 a násl.

182 ROZEHNALOVÁ, N., tamtéž.

183 K charakteru tzv. denacionalizované arbitráže např. komentář k případu *Texaco Overseas Petroleum vs. Libyan Arab Republic*, který je uváděn jako první případ denacionalizované arbitráže. Viz. <http://www.trans-lex.org/261700>.

souladu s pravidly mezinárodní arbitráže Mezinárodní obchodní komory jedním či více rozhodci jmenovanými v souladu s těmito pravidly.¹⁸⁴

ICC na svých lokalizovaných (pro Českou republiku) stránkách však nabízí také alternativní znění rozhodčí doložky, znějící následovně:

„Veškeré eventuální spory vzniklé v souvislosti se službami ICC ČR se nejdříve snaží obě strany vyřešit smírem a pokud nedojde ke smíru, řídí se českým právním řádem a budou řešeny u Rozhodčího soudu při Hospodářské a Agrární komoře České republiky jedním rozhodcem, kterého určí předseda rozhodčího soudu, na základě žádosti, kterékoli ze smluvních stran. Rozhodčí řízení se bude konat v Praze. Náklady řízení včetně odměny rozhodce uhradí strana, která ve sporu podlehne.“

Jedná se tedy o doložku, která zakotvuje rozhodné právo České republiky pro řešení předmětného sporu. Podobně jsou konstruovány také doložky jiných středoevropských rozhodčích institucí. Primárním záměrem tedy je, aby se spory řešily způsobem odpovídajícím legitimnímu očekávání stran sporu. Do jisté míry to zpochybňuje ideu zařazení pravidel těchto rozhodčích institucí mezi prameny NLM. Je však nutné zdůraznit dvojí: jednak rozhodovací praxe rozhodčího soudu pro ICC v Paříži dlouhodobě dovozuje možnost rozhodování sporu podle norem NLM (viz níže), dále je nezpochybnitelné, že jednací řád rozhodčího soudu ICC tvoří svébytnou procesní úpravu.

5.3. Principy a prameny procesních norem NLM

Podobně jako v případě hmotněprávní roviny NLM, také jeho procesní dimenze je postavena na určitých principech, které se do jednotlivých pramenů NLM promítají, např. se tak jedná o:

184 “All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.”, dostupné z: <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/>.

- princip rovnosti stran před rozhodčím tribunálem a související princip *audiatur et altera pars* (např. čl. XIII 3.1. písm a) Trans-lex principles, čl. 18 UNICITRAL, čl. 3 procesních principů UNIDROIT¹⁸⁵);
- princip důvěrnosti rozhodčího řízení (např. čl. XIII odst. 5.1. Trans-lex principles);
- princip, že strany si mohou zvolit právního zástupce (např. čl. XIII 3.1. písm. e) Trans-lex principles, čl. 4 procesních principů UNIDROIT);
- princip včasného rozhodnutí (čl. 7 procesních principů UNIDROIT) a další.

Uzavřenému výčtu procesních principů NLM brání především absence kodifikace takového procesu jako v případě národních úprav.

Co se konkrétních psaných pramenů procesních norem NLM týká, tak za ně lze považovat zejména jednací řády stálých mezinárodních rozhodčích soudů a instrumenty mezinárodního práva upravující především oblast uznání a výkonu rozhodčích nálezů.

První kategorie je relativně neuzavřená, resp. na výčtu těchto norem patrně nebude možné nalézt shodu. Existuje však několik pramenů nepochybně značného významu, buď z důvodu jejich časté aplikace, nebo proto, že svým obsahem přispívají k dynamice vývoje NLM (typicky rozhodčí řád LCIA, jehož vybraná ustanovení jsou komentována níže, či „osvědčená“ úprava řádu mezinárodního rozhodčího tribunálu ICC).

Mezinárodní instituce disponující uznávanými mezinárodními rozhodčími soudy tedy tvoří „soudní soustavu“ transnárodního právního řádu. Spontánností svého vzniku tato soustava koresponduje s modem vzniku hmotněprávních pravidel NLM.

185 Dostupné z: <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>.

5.3.1. Rozhodčí řád Mezinárodního rozhodčího soudu v Londýně z roku 2014 jako příklad transnárodních procesních pravidel

Recentním počinem normotvorby, kterou bylo možné pořadit mezi normy transnárodního procesního práva, je nový rozhodčí řád LCIA (dále jen „řád LCIA“ či „LCIAR“). Ten vstoupil v platnost a účinnost k 1. říjnu roku 2014. Svou určitou „uvolněností“ naznačuje směr vývoje v oblasti transnárodního procesního práva, přičemž takový posun k neformálnosti je možné demonstrovat třemi základními body, ve vztahu ke kterým se nabízí také komparace některých vybraných ustanovení s „domácím“ řádem Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky.

5.2.3.1. Iniciace rozhodčího řízení

Dle řádu LCIA je tento soud příslušný už na základě doložky stanovící příslušnost „Londýnského soudu“. Zde je možné pozorovat tendenci neformálnosti ustanovení o příslušnosti tohoto soudu. Naproti tomu rozhodčí řád Hospodářské komory ČR takovou konkrétní podmínku přímo nestanoví. Samotné řízení je potom možno zahájit ve smyslu čl. 1.2 LCIAR prostým zasláním podání prostřednictvím e-mailu. Není tedy třeba využívat zabezpečenou formu elektronické komunikace, jak je tomu např. u zahájení soudního řízení dle českých procesních norem.

5.2.3.2. Sídlo rozhodčího řízení

LCIAR zakotvuje dva termíny, a sice „sídlo - *seat*“ a „místo - *legal place*“ konání rozhodčího řízení. Sídlem je ve smyslu čl. 16 odst. 2 LCIAR Londýn (pokud není stanoveno výslovně něco jiného), místo rozhodčího řízení je „variabilnější“ kategorie a umožňuje faktické konání rozhodčího řízení také v jiné geografické lokaci, aniž by to ovlivnilo právní režim vydaného rozhodčího nálezu (ten se bude řídit vždy podle „sídla“ arbitráže). Konkrétně, čl. 16 odst. 3 stanoví, že „jednání rozhodčího soudu může probíhat na jakémkoliv vhodném místě dle volby“. Jedná se dle názoru autora o velmi praktické ustanovení respektující realitu mezinárodního obchodu, kde sídlo arbitráže je *de facto* pouze určitou právní fikcí. Naproti tomu Rozhodčí řád HK ČR vychází z rigidnější ideje vázanosti právního režimu nálezu na fyzickém místě jeho vydání (§ 5

odst. 2 stanoví, že: „Koná-li se řízení v zahraničí, je místem rozhodování soudu stát, ve kterém se řízení koná“). Pro úplnost je nutno dodat, že také Rozhodčí řád HKČR umožňuje stranám změnit místo konání rozhodčího řízení, ovšem jen se souhlasem tajemníka.¹⁸⁶

5.2.3.3. Uplatnění zásady separability

LCIAR výslovně respektuje zásadu separability, když v čl. 32 odst. 3 v principu uvádí, že pokud by byla určitá část rozhodčí smlouvy shledána (rozhodčím soudem či jakýmkoliv jiným soudem) neplatná či nevymahatelná, takové rozhodnutí se pak samo o sobě nedotýká platnosti rozhodčího nálezu nebo rozhodčí smlouvy jako takové, pokud by tato neplatnost nevyplývala přímo z rozhodného práva.¹⁸⁷ Kromě respektování zásady separability pak toto ustanovení připouští částečnou platnost rozhodčí smlouvy.¹⁸⁸

Autor zmiňuje tento předpis ze dvou důvodů: jednak proto, že jej považuje za vzor progresivní právní úpravy nadnárodně působící instituce, za druhé pak proto, že jej řadí mezi procesní prameny NLM. Na tomto pramenu práva je znatelná především snaha rozhodčí řízení méně zformalizovat a více zrychlit. Rychlost řízení, úzce související s otázkou vymahatelnosti práva, je přitom jedním z aspektů, který je nejčastěji terčem kritiky u soudního řízení před státními soudy. Taková snaha je patrná zejména z mechanismu zrychleného jmenování rozhodců (čl. 9B LCIAR) či z čl. 22 odst. 1 bod vi. LCIAR, který ponechává rozhodcům k úvaze, zda pro hodnocení jednotlivých důkazů použijí striktní pravidla dokazování.¹⁸⁹ Jedná se o zjevnou reakci na klasickou obstrukční taktiku navrhování pro řízení ne zcela podstatných důkazů, kdy např. v důsledku návrhu vypracování znaleckých posudků ohledně otázek, které nemusí pro řízení být zcela esenciální, dochází zejména před státními soudy k častému odročování jednání a neúměrnému prodlužování řízení.

186 Viz. ust. § 5 odst. 1 Rozhodčího řádu HK ČR.

187 čl. 32 odst. 3 jednacího řádu LCIA.

188 DOBIÁŠ, P., Nový rozhodčí řád Mezinárodního rozhodčího soudu v Londýně z r. 2014, Bulletin Advokacie, 2014, str. 4 a násl.

189 DOBIÁŠ, P., tamtéž.

5.3.2. Rozhodčí řád UNICITRAL

Rozhodčí řád UNICITRAL je zamýšlen jako instrument určité harmonizace jednotlivých národních právních úprav v oblasti mezinárodního rozhodčího řízení.¹⁹⁰ Ve svém čl. 35 odst. 1) je stanoveno, že: „rozhodčí senát použije právo, které strany zvolily jako rozhodné pro posouzení merita sporu.“ V druhé větě tohoto odstavce je pak uvedeno, že: „jestliže strany právo nezvolí, použije rozhodčí senát právo, které určí v daném případě jako příslušné.“ Je třeba říci, že v anglickém originále je užit pojem „rules“, nikoliv „law“, tedy „právo“ tak, jak se uvedeno v českém překladu. Jazykovým výkladem tak lze dovodit, že Rozhodčí řád UNICITRAL přímo umožňuje volbu nestátního práva pro řešení sporu.

5.4. Otázka arbitrability

Arbitrabilita je základním předpokladem svěřeni řešení určitého sporu rozhodci a je vnímána ve dvou dimenzích. Subjektivní, tedy *inter partes* pohledem, kdy fakticky určuje okruh problémů, které smluvní strany vymezily k řešení před daným rozhodčím soudem; dále je pak vnímána ve významu objektivním.

V objektivním slova smyslu pak arbitrabilita vyjadřuje přípustnost rozhodování o daném sporu vzhledem ke kogentním ustanovením určitého státního právního řádu. Arbitrabilita tímto pohledem reprezentuje hranici možnosti soukromého rozhodování určitého sporu; při jejím překročení nastává z pozice státního práva postih. Tak např. dle čl. 2060 francouzského *Code civil* je nepřípustné, aby byla uzavřena rozhodčí smlouva ohledně otázek osobního statusu a svéprávnosti fyzických osob či pro rozhodnutí o rozvodu.¹⁹¹

Limit arbitráže jako prostředku řešení sporů vyplývá z jejího smluvního charakteru. Určité druhy sporů (např. insolvenční řízení, jak vyplývá z již výše citované francouzské legislativy, konkrétně pak čl. L 662-3 Francouzského obchodního zákoníku v případě insolvence – zde navíc z důvodu požadavku publicity) jsou z možnosti projednávání v rámci rozhodčího řízení vyloučeny. Brekoulakis dále dochází k závěru,

190 GOODE, R., *Transnational Commercial Law, Text Cases and Materials*, str. 633 a násl.

191 *Code Civile*, čl. 2060.

že arbitráž je ze své podstaty limitována v řešení sporů, které zahrnují více než jednu stranu sporu.

Na vztah objektivní a subjektivní arbitrability je v zásadě možný dvojitý pohled. Pokud chceme požívat ochrany garantované státním právem (např. pro možný výkon rozhodčího nálezu), nezbyde nám než přijmout tezi, že limitem subjektivní arbitrability je přípustnost dle státního práva.

Absolutní objektivní arbitrabilita by de facto umožňovala svěřit jakýkoliv spor rozhodčímu soudu, ať již bez ohledu na ustanovení státního práva, nebo s jejich svolením. Nejčastější argumenty proti takovému stavu shrnuje Brekoulakis do následujících bodů:

- a) Procesní důvody. Rozhodčí soud nedisponuje takovými možnostmi obstarání si potřebných důkazů pro rozhodnutí. Americký Supreme court v případě Alexander vs. Gardner – Denver konstatoval, že rozhodčí řízení stále nedisponuje adekvátními postupy zejména v oblasti dokazování nebo např. institutem výpovědi pod přísahou.
- b) Rozhodčí řízení stále není vícestupňové. Omezené možnosti přezkumu tak vyhovují situaci, kdy strany chtějí dosáhnout rozhodnutí ve věci relativně rychle a s jasně definovanými náklady.
- c) Neveřejnost rozhodčího řízení.¹⁹²

Pokud by rozhodčí řízení aspirovalo na to stát se univerzální metodou řešení veškerých sporných situací v mezinárodním obchodním styku, muselo by patrně jít cestou odbourání výše zmíněných prvků. Minimálně dva poslední ze tří uvedených bodů však mezinárodní obchodní arbitráži vyhovují a dodávají jí vůči řádnému soudnímu řízení určitou komparativní výhodu.

Otázka arbitrability (zejména objektivní) má pro problematiku NLM zásadní důsledek v tom, že z pohledu státního práva vymezuje určitou hranici aplikace NLM a jaksi

192 BREKOULAKIS, S., On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 20/2009, dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410285, str. 24.

„materializuje“ hranici transnárodního a státního práva zejména, pokud zastaneme názor, že vztah těchto dvou právních systémů je konkurenční.

5.5. Volba nestátního práva v České republice a postoj státních soudů k volbě nestátního práva

5.5.1. Nestátní právo v ČR

Podle převažující doktríny mezinárodního soukromého práva jsou domácí soudy povinny aplikovat rozhodné právo určitého státu. Jak československý (§ 9 z. č. 97/1963 Sb., v „původním“ zákoně o mezinárodním právu soukromém), tak český (§ 87 zákona č. 91/2012 Sb., ZMPS) zákonodárce zaujal k přímé aplikaci norem nestátního původu odmítavé stanovisko.¹⁹³ Aplikace nestátní úpravy při rozhodování před českými soudy je tak subsidiární, jen v mezích smluvní volnosti, kterou státní právní řád subjektům poskytuje. Tento názor zastává také soudobá odborná literatura ve vztahu k předpisům EU platným a účinným v ČR. Např. Rozehnalová a kol. ve vztahu k úpravě nařízení Řím I uvádí, že: „*Základní současná odpověď je jasná: lze si zvolit právo státu.*“¹⁹⁴

Výše zmíněný § 87 ZMPS v odst. 1 výslovně stanoví, že „Smlouvy se řídí právem státu, s nímž smlouva nejúžeji souvisí, pokud smluvní strany nezvolily rozhodné právo.“ Výklad tohoto ustanovení je pak takový, že „...*si lze zvolit jen právo určitého státu platné na jeho území. Není možné provést volbu např. ve prospěch lex mercatoria.*“¹⁹⁵ Obecně tak napříč českou odbornou právní veřejností převažuje názor, že volba mezinárodních obchodních zvyklostí či případně nestátního právního řádu je možná jen tehdy, pokud takovou aplikaci dotčený pozitivní právní řád připouští. Jak vyplývá z výše uvedeného ustanovení, neobsahuje domácí právní úprava žádné omezení ve smyslu volby práva jiného státu.

193 ROZEHNALOVÁ, N., Nestátní právo před českými soudy, dostupné z: <http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/rozehnalova.pdf>.

194 ROZEHNALOVÁ, N., a kol., Mezinárodní právo soukromé Evropské unie, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013, str. 102.

195 DOBIÁŠ, P., a kolektiv, Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, Praha: Leges 2013, str. 327.

Možnost „obejít“ toto doktrinální omezení nelze ani ujednáním rozhodčí doložky, která by případný spor svěřila některému z rozhodčích soudů, který dle norem NLM rozhoduje. Takto vydaný rozhodčí nález by nesplňoval podmínky uznání a výkonu v režimu Newyorské úmluvy, pokud by jeho uznání a výkon bylo v rozporu s veřejným pořádkem České republiky (ačkoliv nález jako takový zrušit nelze), a tudíž by mezi stranami působil jen váhou své argumentační síly.

Také Bříza¹⁹⁶ ve vztahu k volbě nestátního práva potvrzuje, že je možné pouze taková interpretace textu nařízení Řím I, dle které je umožněna volba pouze volba práva určitého státu. Zároveň však poukazuje na to, že původní, nepřijatý návrh Nařízení počítal s tím, že by strany mohly coby rozhodné právo zvolit „zásady a normy závazkového práva“, ovšem jen takové, které by byly „uznávány na mezinárodní úrovni i na úrovni Společenství“. Záměrem bylo umožnit volbu zásad UNIDROIT, ovšem za současného vyloučení možnosti volby *lex mercatoria*, a to z důvodu nepřesnosti takového pojmu. Autor doplňuje, že se jednalo o nepřijatý návrh Evropské komise z roku 2005.

Z pohledu současné úpravy nařízení Řím I je tak nutné určit právo státu, které vytváří limity pro aplikaci nestátních norem. Národní, stejně jako evropská legislativa tak v principu volbu *lex mercatoria* coby rozhodného práva odmítá, přičemž důsledky případného ujednání mezi stranami o volbě NLM se projeví pouze v „mantinelech“ rozhodného státního práva. Autor takový přístup legislativce považuje za pochopitelný s ohledem na neustálený obsah pojmu *lex mercatoria*, což je patrné i z původního návrhu textu nařízení Řím I, který svým zněním¹⁹⁷ patrně odkazoval na Zásady UNIDROIT a PECL, tedy normy o kterých se nedá říci, že by byly nejpoužívanějším pramenem NLM.¹⁹⁸ Za zajímavý výklad považuje autor argument, že zamezení volby nestátního práva je nezbytné pro vyloučení možné aplikace zcela neprávních norem, např. pravidel religiózního charakteru.¹⁹⁹

196 BŘÍZA, P., Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě, C.H.Beck, Praha 2012, str. 34 a násl.

197 „Strany si mohou rovněž zvolit jako rozhodné právo zásady hmotného závazkového práva; uvedené zásady a normy musí být uznávány na mezinárodní úrovni i na úrovni Společenství.“

198 ROZEHNALOVÁ, N., a kol., str. 102.

199 BŘÍZA, P., a kol., Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář, 1.vydání, Praha: C.H. Beck, 2014, str. 534.

Rovněž domácí úprava rozhodčího řízení je k volbě *lex mercatoria* na první pohled skeptická, když ust. § 37 ZRŘ v odst. 2 uvádí, že „nezvolí-li si strany hmotné právo podle odstavce 1, užijí rozhodci právo státu určené podle tuzemských kolizních předpisů.“ K volbě práva dle zmíněného odst. 1 („rozhodci rozhodují spor podle práva, které si strany zvolily“) je výkladem dovozeno, že sice není vyloučeno, aby si strany dohodly aplikaci zásad spravedlnosti a pravidel ryze soukromoprávního charakteru, je třeba, aby strany zvolily také hmotné právo pro spor rozhodné, přičemž takovým právem je opět myšleno právo některého konkrétního státu. Důsledkem tohoto výkladu je, že zvolené nestátní normy mohou být aplikovány jen v mezích práva určitého státu.²⁰⁰ Státní právo se tak stále vnímá jako suverénní právní řád a nepřiznává nestátní právní úpravě rovnoprávnou pozici.

Autor se domnívá, že umožnění volby NLM v podmínkách státního práva a práva EU by bylo *de lege ferenda* možné až v momentě, kdy by byl obsah NLM dostatečně určitý a ustálený a bylo by podmíněno změnou některých norem státního práva a práva EU. Je však otázkou, zda požadavek určitosti a stability nenarazí na dynamický charakter NLM, tedy na samotnou podstatu NLM. Objektivním pohledem tak v současnosti mezi státním a transnárodním právem trvá vztah konkurence, který se zřetelně projeví např. v oblasti arbitrability, a který se nezdá být jednoduše překonatelný. Pohledem státní právní úpravy je však nestátní právní řád tomu státnímu podřízen a o vztahu konkurence se hovořit nedá, naopak, je možné hovořit jen o tzv. subsidiární aplikaci *lex mercatoria*, tedy v rámci kogentních norem státního práva. Z tohoto názoru vycházejí rovněž státní soudy při svém rozhodování. Za alternativu subsidiární aplikace považuje právní věda stav, kdy je aplikace *lex mercatoria* rovnocennou s aplikací státního práva či přímo přednostní aplikací *lex mercatoria*.²⁰¹

200 LISSE, L., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s komentářem, Praha: Linde, 2012., str. 669 a násl.

201 ROZEHNALOVÁ, N., ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním obchodním styku, 3.vydání, Praha: Wolters Kluwer, 2013, str. 270 a násl.

5.5.2. Státní soudy a nestátní právo

Případem neuznání volby „nestátního“ práva státními soudy je např. známá kauza Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty Construction, Ltd. Ve smlouvě zakládající spolupráci při výstavbě tunelu pod kanálem La Manche nebyly smluvní strany schopny dospět k jednoznačnému závěru ohledně rozhodného práva pro rozhodčí řízení pro řešení případných sporů, a proto do smlouvy vložily doložku, dle které *„platnost kontraktu a plnění z něj se bude řídit a bude interpretováno v souladu s principy, které jsou společné jak francouzskému, tak anglickému právu; v případě absence takových obecných principů pak takovými obecnými principy mezinárodního obchodního práva, které jsou aplikovány národními i mezinárodními soudy.“*²⁰² Plnění ze smlouvy pak mělo být posuzováno s ohledem na to, zda k němu došlo v anglické či francouzské části, a to s ohledem na veřejný pořádek takto dotčeného státu.²⁰³

V tomto konkrétním případě se však snaha o dosažení univerzální právní úpravy setkala s nepochopením posuzujícího soudu (anglického), který pro řešení sporu aplikoval belgické právo. Uvedené je však ilustrací tří významných poznatků. Prvním je očividná poptávka po nadnárodní či nenárodní univerzální právní úpravě, ve které by se prolínaly prvky státní a nestátní úpravy. Taková úprava je přitom vyžadována ze strany účastníků, kteří jednají na základě koncese udělené veřejnými subjekty. Druhým je vnímání tzv. veřejného pořádku jako limitu takové univerzální právní úpravy. V tomto bodě se nejvíce zrcadlí konstantní problém doktríny NLM, totiž její střet se státním právem. Třetím je potom skepse ve vztahu k aplikaci takové úpravy ze strany státního soudu.

Obecně lze říci, že lze spatřovat zásadně vyšší míru neochoty státních soudů aplikovat normy NLM na řešení sporů, než je tomu u institucionalizovaných soudů rozhodčích, které poměrně často v souladu s normami *lex mercatoria* rozhodují.²⁰⁴ Uvedené však neplatí bezvýjimečně. Např. francouzskými soudy bylo v případě *Orient v. Fougerolle* dovozeno, že obecné principy mezinárodního obchodu, i když nejsou přímo

202 Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty Construction, Ltd., Adjudication Law Report, Adj.L.R. 01/21, dostupné z: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLawReports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf>.

203 BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

204 Pro ilustraci, z rozhodování Rozhodčího soudu při ICC – např. rozhodnutí č. 8365, č. 7375, č. 9875 a další.

kodifikovány, mohou tvořit právo rozhodné pro spor²⁰⁵, čímž značně extenzivně vyložil čl. 1496 francouzského občanského soudního řádu, který uvádí, že „rozhodce rozhoduje spor podle právních norem, které strany zvolily a v případě absence takové volby v souladu s pravidly, které jsou vhodné.“²⁰⁶

NLM tak doznala určitého hraničního uznání v rozhodovací praxi národních soudů, někteří autoři dokonce konstatují její „časté užití před národními soudy“²⁰⁷. Autor s takovým pohledem spíše nesouhlasí. Soudy k NLM přistupují převážně jako k obyčejovému právu, které je aplikováno v případě, kdy národní právní úprava není pro daný případ suficientní, jak např. vyplývá z § 346 německého HGB, který hovoří o obchodních zvyklostech („Handelsbräuche“).

5.6. NLM jako základ pro metody řešení sporů: mezinárodní arbitráž a vícestupňové metody

Kromě užití konceptu NLM při konstituování nových právních vztahů, tedy zejména smluv, je rovněž nezpochybnitelná jeho role v oblasti, bez jejíž existence by patrně právo nebylo nikdy rozpracováno do dnešní, vědecky exaktní podoby. Řešení sporů je nejdělitelnější oblast civilního (potažmo obchodního) práva, jejíž komplikovanost je ještě v tomto případě umocněna přítomností mezinárodního prvku, a to jak vzhledem k dilematu rozhodného práva pro řešení sporu, tak i pohledem ekonomickým a psychologickým, který je nutno vždy zohlednit. Nejdůležitější a nejpoužívanější metodou řešení sporů je rozhodčí řízení a zásadní otázkou je vykonatelnost rozhodčího nálezu z ní vzešlého.

Zásadní tedy bude závěr o tom, zda je podle Newyorské úmluvy možné vykonat rozhodčí nález ve sporu, o kterém bylo meritorně rozhodováno dle NLM. Zde se opět exponuje rozpor mezi „teritorialisty“, kteří se většinou kloní k aplikaci státního práva a „transnacionalisty“, kteří při absenci výslovného smluvního ujednání o právu

205 HERBOCZKOVÁ, J., : Autonomie vůle rozhodců při určení rozhodného práva pro meritum sporu při absenci volby práva stranami v mezinárodním rozhodčím řízení, *Obchodněprávní revue* 7/2010, s. 202.

206 Čl. 1496, fr. code of civil procedure, dostupný z: www.legifrance.gouv.fr/content/download/1962/13735/.../Code_39.pdf.

207 SCHMATENKO, L., str. 99 „*Lex mercatoria finds its counterpart in national legislation and is frequently applied by domestic courts*“.

rozhodném pro meritum sporu zastávají názor o naprosté svobodě rozhodce zvolit si konkrétní právo. Jako jediné omezení pak vidí v dodržení podmínky rovného přístupu ke stranám a pečlivého přístupu k řízení.²⁰⁸ Možnost volby obecných právních principů či NLM jako rozhodného práva je při takovém pohledu otevřena.

Mezi transnationalisty je zastáván pohled, že rozhodčí nález jako takový není opřen o žádný konkrétní státní právní řád, nýbrž že má charakter mezinárodního rozhodnutí, které spoluvytváří transnárodní „rozhodčí právní řád“ (*transnational legal order*).²⁰⁹ Zde tedy u obchodní arbitráže nalézáme přímý odkaz na doktrínu NLM. Případný odpůrce takového pojmání může za právní řád arbitráže považovat jak právo místa, kde byla arbitráž konána (*lex loci arbitri*), tak právo státu, ve kterém má být rozhodčí nález vykonán.

Rozehnalová²¹⁰ uvádí dva postuláty, se kterými k otázce aplikace transnárodního právního řádu při řešení sporu přistupujeme, tedy zda mohou být pravidla nestátního původu užita přímo a namísto práva státu, či zda mohou být tato pravidla použita jen v mezích právního řádu zvoleného stranami či určeného rozhodci?

5.7. Virtuální prostor a transnárodní právo

Přenos širokého spektra lidských aktivit do virtuálního prostoru je skutečností, která si vynucuje zásadní reakci ze strany práva a jeho postupnou adaptaci na tento nový stav. Je faktem, že v oblasti transnárodní úpravy vznikají soubory pravidel právního charakteru, které budou upravovat výlučně online aktivity a budou zcela nezávislé na jakémkoliv působení tradičních legislativních subjektů, tedy, budou „soukromé“. Na to reagují i metody řešení sporů, které se rovněž přesouvají do virtuálního prostoru a tato změna prostředí, ve kterém operují, si logicky musí vynutit i postupnou proměnu souvisejících právních institutů.

208 KRONKE, H., NACIMIENTO, P., OTTO, D., PORT, N. C., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Wolters Kluwer, 2010, str. 45.

209 Tamtéž, str. 46.

210 ROZEHNALOVÁ, Naděžda, Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2. vyd., Praha: Wolters Kluwer, 2008, str. 232.

Online dispute resolution techniky jsou definovány jako „urovnání sporu, které může, ale nemusí, vyústit v závazné rozhodnutí, které je vydáno třetí stranou a používá online technologii usnadňující rozhodování sporu mezi stranami.“²¹¹ Nález vydaný na základě online rozhodčího řízení by přitom mělo být možné vymocit také v režimu Newyorské úmluvy.²¹² Z právního pohledu jsou metody ODR podobné mimosoudnímu řešení sporu. Jsou jakousi procesněprávní reakcí na vznik obchodních aktivit ve virtuálním prostoru – tzv. *e-commerce*. Těm se přitom již dostává určitého právního rámce, např. v podobě Úmluvy o uzavírání smluv prostřednictvím elektronické komunikace z r. 2005, která je komplementem CISG.²¹³ Úmluva se vztahuje výlučně na obchodní aktivity subjektů z různých států (čl. 1 odst. 1), tedy s absolutním vyloučením úpravy smluv uzavíraných z osobních či rodinných důvodů.²¹⁴ Je tedy čistě B2B právním instrumentem. Také ona je založena na velmi široce pojatém principu smluvní autonomie, když umožňuje smluvním stranám vyloučit jak použití celé Úmluvy, tak kteréhokoliv z jejích ustanovení.

Je třeba říct, že jednotlivé systémy ODR nejsou zaštitěny nějakým jednotným právním rámcem. V současnosti pouze probíhají diskuse o možné jednotné, globální právní úpravě ODR, které vyústily v ustavení několika pracovních skupin z iniciativy OSN.²¹⁵ Aktuálně je úprava ODR předmětem činnosti pracovní skupiny č. III, a to kontinuálně od r. 2010.

V souvislosti s právní úpravou ODR se začíná hovořit o tzv. *lex informatica*, tedy systému metaprávních norem, které by regulovaly kyberprostor. V souvislosti s tématem této práce logicky vyvstává otázka, zda by i taková „absolutně nestátní“ pravidla bylo možné zařadit mezi prameny transnárodního práva. Autor se předběžně kloní k závěru, že ano, pokud ovšem tyto prameny nebudou přímým produktem státní legislativy a pokud budou i v dalších aspektech odpovídat charakteru transnárodního práva.

211 LOUTOCKÝ, P., Slabiny a silné stránky on-line rozhodčího řízení se zaměřením na B2B transakce, dostupné ze: systém ASPI.

212 BĚLOHLÁVEK, A. J., ROZEHNALOVÁ, N., Czech & Central European Yearbook of International Arbitration, Vol. II, Juris, 2012.

213 WANG, F.F., Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China, Cambridge University Press, 2011, str. 9 a násl.

214 Znění Úmluvy dostupné na: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf.

215 LOUTOCKÝ, P., Slabiny a silné stránky on-line rozhodčího řízení se zaměřením na B2B transakce, dostupné z: Systém ASPI.

5.8. Rozhodčí nález ve věci rozhodované *ex aequo et bono*

Čl. 28 odst. 3 UNICITRAL Model Laws of International Arbitration umožňuje, aby rozhodčí soud rozhodl případ *ex aequo et bono*, resp. jako *amiable compositeur*; tedy, aby nebylo rozhodováno přímo dle práva jako takového, ale de facto dle odlišného, byť příbuzného, normativně hodnotového systému, a to dle principů spravedlnosti, tedy dle toho, co je „spravedlivé a dobré“. Takový postup není ve většině státních právních řádů vůbec možný - je nutno rozhodovat dle práva určitého státu. Vzhledem k tomu, že Zásady UNICITRAL autor vymezuje jako součást NLM, nabízí se však otázka, zda by se i v tomto případě jednalo o nález vydaný na základě NLM.

Objevují se dokonce názory, že samotné rozhodnutí dle NLM není ničím jiným, než rozhodnutím *ex aequo et bono*. S těmito názory se autor neztotožňuje, jelikož by popíraly samotnou tezi o NLM jako svébytném právním řádu. Jak uvádí Berger: „*Přirovnání NLM k rozhodnutím ex aequo et bono pomíjí základní rozdíl mezi oběma druhy rozhodování. Pokud domácí právo, a to buď prostřednictvím konkrétního pravidla nebo blanketní normou, pověří soudce či rozhodce k tomu, aby vzal do úvahy argumenty dle ekvity, pak takové argumenty musí stále setrvat v mezích a hodnotách tohoto práva.*“²¹⁶

5.9. Závěr kapitoly

Spor rozhodovaný v rozhodčím řízení podle pravidel NLM je praktickým projevem teorie delokalizace či „denacionalizace“ arbitráže. Tato teorie obecně vychází z předpokladu, že státní právo se na mezinárodní obchodní arbitráž nemá vztahovat, pouze obecně akceptované mezinárodní a transnárodní normy jsou aplikovatelné.²¹⁷

S ohledem na výše uvedené se autor klaní k závěru, že NLM disponuje svou procesní dimenzí a rovněž i určitým druhém „soudní“ soustavy tvořené rozhodčími soudy, které

216 BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

217 MISTELIS, L., *Delocalization and its Relevance in Post-award Review*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 144/2013, str. 165 a násl.

normy NLM aplikují. Jejich jednacích řády, podpořené sbírkami procesněprávních principů pak tvoří procesní úpravu NLM.

Takto vznikající právní úprava není výsledkem normotvorné činnosti žádného ze subjektů veřejné moci a je od státního a mezinárodního práva odlišná, např. v případě LCIAR pak značným způsobem. Do jejích institutů se promítá rozdílná praxe v řešení mezinárodních obchodních sporů a státní právní úprava, která musí z důvodu aplikace zásady *denegatio justitiae* rozhodovat typologicky širokou škálu případů, se jí začíná značně vzdalovat. Za neméně důležitý považuje autor závěr o vymahatelnosti těchto norem v režimu Newyorské úmluvy – zde však autor spatřuje určitý limit tezí o „plnohodnotné“ procesní úpravě NLM.

ZÁVĚR PRÁCE

1. Zjištěný stav vědeckého poznání

K úrovni a stavu aktuálního vědeckého diskursu v oblasti NLM autor konstatuje, že je znatelná tendence dát tomuto fenomenu jasnější a systematičtější strukturu. O to se pokouší ve své práci zejména autoři Callies a Zumbansen, ale také ostatní. Svou snahou propůjčit fenoménu NLM charakter právního řádu tak autor nevybočuje z aktuálního trendu a jeho „test“ pěti kritérií, kterými recentní podobu NLM podrobuje, sám vnímá jen jako jednu z cest, jak k nastolení této struktury přispět.

2. Potvrzení hypotézy

Autor rozdělil práci do pěti kapitol, jejichž téma si stanovil tak, aby objasnil otázku, zda NLM skutečně splňuje atributy svébytného právního řádu. Aby bylo možno nazvat NLM právním řádem, musel by takový fenomen obstát několika náhledy na svou existenci, respektive by musel vykázat určité „atributy“, a to zejména:

- Takový právní řád by musel být uchopitelný a definovatelný – nesmí se jednat o neurčitý pojem.
- Takový právní řád musí být výsledkem určitého historického procesu, musí obsahovat jistý prvek kontinuity – nemůže být pouze momentálním trendem či krátkodobou tendencí.
- Takový právní řád musí mít určité distinktivní charakteristiky ve vztahu k paralelně existujícím právním řádům – jen tak je možné jej od ostatních odlišit.
- Takový právní řád musí mít uchopitelný obsah – poznatelnou hmotnou stránku, která definuje jeho náplň – nemůže být prázdným pojmem bez konkrétních principů a norem.
- Takový právní řád musí disponovat pravidly a možnostmi vynucení, aby jej bylo možné odlišit o jiných normativních systémech působících ve společnosti – nemůže být pouze *soft law*.

Závěry poznatků z těchto kapitol shrnuje autor následovně:

- Současný právní diskurs nenabízí jednotný pohled na pojem *lex mercatoria*. Aby autor mohl s tématem dále pracovat, stál před rozhodnutím, zda se akceptací některé z nabízených definic vymezit vůči definicím ostatním či se pokusit o definici vlastní - jednotící. Zároveň je však nepochybné, že každá právní definice naráží na určitý limit, což autor demonstruje na definici práva samotného. Samotná absence jednotné a všemi akceptované definice tak nebrání tomu, aby NLM mělo relativně ustálený pojem a bylo předmětem vědeckého zájmu i aplikace v praxi.
- Autor dochází k závěru, že je nepochybné, že pojem *lex mercatoria* je pojmem historickým, který se v právních pramenech vyskytoval v různých obměnách již minimálně od období evropského středověku. Za podstatnější poznatek však autor považuje zejména vědomí dlouhodobé „poptávky“ po nenárodním a univerzálním systému pravidel regulujících mezinárodní obchod.
- V právně-teoretické oblasti lze spatřovat jak podobnosti s právem státním, tak odlišnosti NLM. Podobností je zejména členění na právo hmotné a procesní a hmotněprávní obsah. Odlišností je například absence jednotného ideologického základu (která se ovšem prozatím zásadně neprojevila ve hmotněprávním obsahu NLM) či mechanismus tvorby norem.
- Aktuálně je možné identifikovat množinu klíčových hmotněprávních pramenů NLM. Jejich demonstrativní výčet, který autor nabízí v kapitole č. 4, pak potvrzuje právně-teoretické teze fenoménu NLM a svědčí o pluralitě původců NLM. Autor na několika příkladech demonstruje obsahovou podobnost jednotlivých pramenů i to, že hmotná rovina NLM je založena na principech, které jsou velmi podobné principům, na kterých stojí obchodní právo státní.
- Význam státního, evropského a mezinárodního práva pro NLM je neoddiskutovatelný při zvážení procesní roviny NLM, a to z důvodu režimu vynucení rozhodčích nálezů. Význam režimu Newyorské úmluvy pro NLM je o to větší, že institucionalizované rozhodčí soudy se jistou „organickou“ formou stávají soudní soustavou NLM. Procesní dimenzi NLM tak tvoří zejména jednací řady těchto institucí, ale rovněž sbírky principů a jiné soukromé legislativní počiny.

3. Další vývoj NLM

Přes uvedené argumenty autor dochází k závěru, že výrok o tom, zda je NLM svébytným právním řádem či nikoliv, záleží stále na tom, s jakou perspektivou ke zkoumání tohoto řádu přistoupíme. NLM je stále do jisté míry otázkou volby, a to jak teoreticko-právně, tak prakticky. Ačkoliv mezinárodní rozhodčí soudy svou rozhodovací praxí potvrzují existenci a potřebnost univerzálního systému pravidel mezinárodního obchodu, aplikují vedle norem k takovému systému náležejících také normy práva státního a mezinárodního (a ty primárně). NLM je tak uváděno v život jaksi organicky, v prostředí právního pluralismu (snad i proto není možno dosáhnout jedné všeobecně uznatelné „pravdy“), bez ustálené právně teoretické struktury a pojmu. Historickým, teoretickým i praktickým pohledem je však autor přesvědčen o tom, že NLM perspektivu má, avšak v dalším rozvoji mu brání zejména absence konsensu o jeho konkrétních teoretických základech a obsahu. V takové situaci je pochopitelná vzrůstající snaha napříč akademickou obcí i z řad rozhodců o jeho dosažení.

Abstrakt / Thesis Abstract

Téma *lex mercatoria* není pro právní vědu ničím novým a převratným, naopak, jedná se o koncept, který se v evropském právním myšlení objevuje již minimálně od středověku. Přesto však nadále zůstává bez jasného a uchopitelného právně-teoretického rámce a stále v rovině jakési hypotézy. Tato rigorózní práce ve svých pěti kapitolách k fenoménu *lex mercatoria*, konkrétně k jeho aktuální podobě – Nové Lex Mercatoria – přistupuje jako ke svěbytnému právnímu řádu s jasným obsahem, konkrétními právně-teoretickými konturami a prokazatelným mechanismem vynucení jeho norem. Primárním cílem práce je popsat Nové Lex Mercatoria nikoliv jako koncept, ale jako platné právo a ve vymezeném rozsahu přednést jak argumenty, které takovou premisu potvrzují, tak ty, které ji zpochybňují. Za tímto účelem práce zodpovídá napříč jednotlivými kapitolami následující otázky: existuje určitý pojem Nového Lex Mercatoria? Má takové právo historickou kontinuitu? Má toto právo jasné teoreticko-právní odlišnosti od současného práva národních států? Jaké normy takové právo tvoří a kdo a za jakých okolností je vynucuje?

The topic of lex mercatoria does not represent any new nor revolutionary concept for the legal science, on the contrary it is a concept present in the european legal thinking since the middle ages. Despite of that it still remains without a clear and comprehensible theoretical framework thus in a stage of some sort of a legal hypothesis. This rigorous thesis describes in its five chapters the topic of lex mercatoria - specifically its up to date form: New Lex Mercatoria - not as a concept but as an applicable law and within the extent of this thesis attempts to come up with both the reasons for such perspective as well as with those which oppose it. For this reason it answers the following basic questions: Does a clear concept of the New Lex Mercatoria exist? Does such law have the historical continuity? Does such law have any clear distinctiveness when compared to the legal orders of national states? Which norms create such legal order and who and under which conditions does enforce them?

Seznam pramenů

Monografie, sborníky, komentáře:

ALEXANDER, N., *International and Comparative Mediation – Legal perspectives*, Kluwer Law International BV, 2009.

ASCHENFELTER, O. C., *Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution*, Cheltenham Northampton: An Elgar Reference Collection, 2009.

BAKER, J., *Sources of English Legal History*, Oxford University Press, 2010.

BEAWES, W., *Lex Mercatoria or a Complete Code of Commercial Law, being a General Guide to All Men in Business*, 2 Volumes, London 1813

BEJČEK, M., ELIÁŠ, K., *Kurz obchodního práva: Obchodní závazky*, Praha: C.H. Beck, 2010.

BĚLOHLÁVEK, A. J., *Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo*, Praha: C.H.Beck, 2008.

BĚLOHLÁVEK, A. J., ROZEHNALOVÁ, N., *Czech & Central European Yearbook of International Arbitration*, Vol. II, Juris, 2012.

BĚLOHLÁVEK, A. J., *Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, Komentář*, Praha: C.H.Beck, 2004.

BERGER, K. P., *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Köln: Wolters Kluwer Law and Business, 2010.

BOGUSZAK, J., *Teorie práva*, Praha: ASPI Publishing, 2004.

BONELL, M., *An international restatement of contract law: the UNIDROIT principles of international commercial contracts*, NY: Ardsley, 2005.

BONELL, M., *Unidroit Principles in Practice : Caselaw and Bibliography on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Martinus Nijhoff, 2006.

BORN, G., *International Commercial Arbitration, Volumes I & II*, Wolters Kluwer, 2009.

BŘÍZA, P., *Volba práva a volba soudu v mezinárodním obchodě*, C.H.Beck, Praha 2012.

BŘÍZA, P., a kol., *Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář*, 1.vydání, Praha: C.H. Beck, 2014.

- BÜHRING-UHLE, Ch., *Arbitration and Mediation in International Business*, 2. vydání, Kluwer Law International, 2007.
- CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford/Portland: Hart Monographs of Transnational and International Law, 2010.
- CALLIES, G.-P., ZUMBANSEN, P., *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham: Edward Elgar, 2011.
- von DANIELS, Detlef, *The concept of law from a transnational perspective*, Burlington Ashgate, 2010.
- D'ARCY, L., et col., *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, Sweet & Maxwell, London, 2000.
- DOBIÁŠ, P., a kolektiv, *Zákon o mezinárodním právu soukromém, Komentář*, Praha: Leges 2013.
- FINE, R.D., *Kosmopolitismus: základní ideje globálního uspořádání*, Praha: Filosofia, 2011.
- FRICK, J. G., *Arbitration and Complex International Contracts*, Kluwer Law International, 2011.
- GAILLARD, E., *Legal Theory of International Arbitration*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.
- GERLOCH, A., *Teorie práva*, 3.vydání, Plzeň: Aleš Čeněk, 2004.
- GOODE, Roy, *Transnational commercial law, International instruments and commentary*, Oxford University Press, 2004.
- GREENBERG, S., KEE, Ch., WEERAMANTRY J.R., *International Commercial Arbitration: An Asia-Pacific Perspective*, Cambridge University Press, 2011
- IEDA, Osamu, *Beyond sovereignty: from Status Law to transnational citizenship?*, Hokkaido University, 2006.
- IPSEN, N. Ch., *Private Normenordnungen als Transnationales Recht?*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
- JACKSON, D.W., TOLLEY, M.C., VOLCANSEK, M.L., *Globalizing justice, critical perspectives on transnational law and the cross-boarder migration of legal norms*, Albany NY, State University of New York Press, 2010.
- JOSEPH, D., *Jurisdiction and Arbitration Agreements and Their Enforcement*, Sweet & Maxwell, 2010.

- KLEE, Lukáš, Smluvní podmínky FIDIC, Praha: Wolters Kluwer Česká republika, 2011.
- KLEIN, B., Doleček, M., Rozhodčí řízení, Praha: ASPI, 2007.
- KNAPP, V., Teorie práva, 1.vydání, Praha: C.H.Beck, 1995.
- KRONKE, H., NACIMIENTO, P., OTTO, D., PORT, N. C., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Wolters Kluwer, 2010.
- KUČERA, Z., Mezinárodní právo soukromé, 7.vyd., Brno-Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.
- LIKOSKY, M. B., Privatising development: transnational law, infrastructure and human rights, Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- LISSE, L., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s komentářem, Praha: Linde, 2012.
- LUTTRELL, S., Bias Challenges in International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, 2011.
- MATULA, Z., Culpa in contrahendo, Wolters Kluwer Česká republika, 2012.
- MCILWARTH, M., SAVAGE, J., International Arbitration and Mediation, Wolters Kluwer, 2010.
- MÜLLER, Ch., RIGOZZI, A., New Developments in International Commercial Arbitration 2010, Schulthess, 2011.
- NEWMAN, L. W., HILL, R. D., The leading arbitrator's guide to international arbitration, 2. vydání, NY: Juris publishing, 2008.
- NOVÝ, Z., Dobrá víra jako princip smluvního práva v mezinárodním obchodu, Praha: C.H. Beck, 2012.
- PAUKNEROVÁ, M., Evropské mezinárodní právo soukromé, Praha: C.H. Beck, 2008.
- PAUKNEROVÁ, M., Nové jevy v právu na počátku 21.století, IV., Proměny soukromého práva, Praha: Karolinum, 2009.
- PAULSSON, J., RAWDING, N., REED, L., The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Wolters Kluwer, 2011.
- PAVLOVÁ, L., K aktuálním otázkám vyjednávání, mediace, rozhodčího řízení a tzv.práva spolupráce, Praha: Univerzita Jana Amose Komenského, 2010.

PETROCHILOS, G., Procedural Law in International Arbitration, Oxford University Press, 2004.

RABAN, P., Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí, Praha: C.H.Beck, 2004.

ROBERTSON, R., WHITE, K. E., Globalization: critical concepts in sociology, London: Routledge, 2003.

ROZEHNALOVÁ, N., Právo mezinárodního obchodu, 3.vydání, Praha: Wolters Kluwer, 2010.

ROZEHNALOVÁ, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním obchodním styku, 3.vydání, Praha: Wolters Kluwer, 2013.

ROZEHNALOVÁ, N., a kol., Mezinárodní právo soukromé Evropské unie, Praha: Wolters Kluwer ČR, 2013.

SHAFFER, G., Transnational Legal Ordering and State Change, Cambridge University Press, 2013.

SHAVELL, S., Alternative Dispute Resolution: An Economical Analysis, pro Economics of Commercial Arbitration and Dispute Resolution, Elgar Collection, 2009.

TORGGLER, H., Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit, Wien: Verlag Österreich, Schulthess, 2007.

TWEEDDALE, A. & K., Arbitration of commercial disputes, International and english law and practice, Oxford University Press, 2008.

VOGENAUER, S., KLEINHEISTERKAMP, J., Commentary on the UNIDROIT principles of international commercial contracts (PICC), Oxford University Press, 2009.

WANG, F. F., Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China, Cambridge University Press, 2011.

WATERS, M., Modernity: critical concepts, London: Routledge, 1999.

YASUAKI, O., A Transnational Perspective on International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2010.

Články:

BÁRÁNY, E., Autopoietický sociálny subsystém právo, Sociológia č. 43, 2011, dostupné z: <https://www.sav.sk/journals/uploads/04261223Barany%20OK.pdf>

BARON, G., Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?, dostupné z: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>

BREKOULAKIS, S., On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 20/2009, dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1410285

BONELL, M.J., The UNIDROIT Principles and Transnational Law, dostupné z: <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf>

CALLIES, G.P., Reflexive Transnational Law The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law, publikované v: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (2002), Heft 2, dostupné z www.ssrn.com

COOPER, S., RULE, C., DEL DUCA, L., From Lex Mercatoria to online dispute resolution, Penn State Law, *Uniform Commercial Code Law Journal*, Vol. 43, 2011, str. 4, dostupné na: www.ssrn.com

DAHLHUISEN, J., The Modern Lex Mercatoria and its Dynamism, dostupné z: <http://opiniojuris.org/2012/04/03/the-modern-lex-mercatoria-and-its-dynamism/>

DOBIÁŠ, P., Nový rozhodčí řád Mezinárodního rozhodčího soudu v Londýně z roku 2014, *Bulletin advokacie*, 2014, dostupné na: <http://www.bulletin-advokacie.cz/novy-rozhodci-rad-mezinarodniho-rozhodciho-soudu-v-londyne-z-roku-2014>.

GAILLARD, E., Transnational Law: Legal System or a method of decision making?, *Arbitration International*, Vol. 17 / 1, dostupné z: http://www.shearman.com/files/Publication/a32794cd-180d-4235-b5c3-2c963a38243e/Presentation/PublicationAttachment/9bbee337-9ce2-4d23-8adb-2e93b1f4d157/IA_Transnational%20Law%2c%20A%20Legal%20System_040308_04.pdf

GAILLARD, E., The Urgency of Not Revisiting the New York Convention, dostupné z: http://www.shearman.com/~media/Files/NewsInsights/Publications/2009/06/The-Urgency-of-Not-Revising-the-New-York-Convent__/Files/View-full-article-The-Urgency-of-Not-Revising

GOLDSTAIJN, Aleksandar, The New Law Merchant Reconsidered, in: *Festschrift Schmitthoff*, Frankfurt a.M. 1973, at 171 et seq., dostupné z: www.trans-lex.org

HERBOCZKOVÁ, J., : Autonomie vůle rozhodců při určení rozhodného práva pro meritum sporu při absenci volby práva stranami v mezinárodním rozhodčím řízení, *Obchodněprávní revue* 7/2010, s. 202, dostupné z: www.beck-online.cz

KENNEDY, S. M., A simple lawyer's impressions of the Lex Mercatoria, and certain examples of its acceptance by the Canadian judiciary, dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263759.

KLEE, L., Lex constructionis aneb zásady závazkových vztahů ve stavebnictví, *Právní rozhledy* 4/2011

KORNET, N., Evolving General Principles of International Commercial Contracts, The UNIDROIT Principles and Favor Contractus, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2011/07, dostupné na www.ssrn.com

LOUTOCKÝ, P., Slabiny a silné stránky on-line rozhodčího řízení se zaměřením na B2B transakce, dostupné z: Systém ASPI

MANNIRUZAMAN, A.F.M., The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?, American University International Law Review, Vol. 14 Issue 3, 1999, dostupné z: http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1322&context=auilr&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com%2Fsearch%3Fsource%3Dig%26hl%3Dcs%26rlz%3D%26q%3Dlord%2Bmustill%2Bon%2Blex%2Bmeractoria%26oq%3Dlord%2Bmustill%2Bon%2Blex%2Bmeractoria%26gs_l%3Digoogle.3...58.3222.0.3325.23.12.0.0.0.0.231.680.1j1j2.4.0...0.0...1ac.1.12.igoogle.tRrC3KkLsiQ#search=%22lord%20mustill%20lex%20meractoria%22

MAZZACANO, P., The Lex Mercatoria as Autonomous Law, CLPE Research Paper No. 29/2008, dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137629

MENDENHALL, A.P., Transnational Law: An Essey in Definition with a Polemic Addendum, Legal Notes No. 52, 2011: Libertarian Alliance & Allen Mendenhall, dostupné z: www.ssrn.com

MERENDA, D., Vzduchoprázdno kolem bitcoinu, Právní rádce č.7/2014, *Economia*, 2014, str. 42 a násl.

MISTELIS, L., Delocalization and its Relevance in Post-award Review, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 144/2013

MOLINEAUX, Ch., Moving towards a Construction Lex Mercatoria – A Lex Constructionis, dostupné z: <http://www.trans-lex.org/126700>

MUSTILL, M., The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years, *Arb.Int'l* 1988, at 86, dostupné z: <http://trans-lex.org/126900>

NOTTAGE, L.R., The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration, Sydney Law School Research Paper No. 06/51, dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=838028

ROZEHNALOVÁ, N., Nestátní právo před českými soudy, dostupné z: <http://www.law.muni.cz/sborniky/dp08/files/pdf/mezinaro/rozehnalova.pdf>

SACHS, S.E., From St.Ives to Cyberspace, American University International Law Review, částka. 21, č. 5, str. 685-812, 2006, dostupné z: www.ssrn.com.

SCOTT, C., „Transnational Law“ as Proto-Concept: Three Conceptions, *German Law Journal*, částka 10, č. 07, str. 859 a násl., 2009, dostupné z: <https://www.germanlawjournal.com>

SCHERER, A.G., Globalization and social corporate responsibility, *THE OXFORD HANDBOOK OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY*, A. Crane, A. McWilliams, D. Matten, J. Moon, D. Siegel, eds., pp. 413-431, Oxford University Press, 2008, dostupné z: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=989565

SCHMATENKO, L., Is Lex Mercatoria Jeopardizing the Application of Substantive Law?, *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, 2013, dostupné z: http://www.academia.edu/3195900/Is_Lex_Mercatoria_Jeopardizing_the_Application_of_Substantive_Law

SWEET, Alec Stone, The new Lex Mercatoria and transnational governance, *Journal of European Public Policy* 13, 5 August 2006, p. 627 – 646

SYMEONIDES, S.C., Party autonomy and private law making in international private law: The Lex Mercatoria that isn't, dostupné z: www.ssrn.com

SYMEONIDES, S.C., The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments, dostupné z: www.ssrn.com/abstract=2256661 (původně publikováno v *Revue critique de droit international prive* (2013)).

TEUBNER, G., Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, *THE LAW AND SOCIETY CANON*, Carroll Seron, ed., Ashgate, Aldershot, pp. 75-122, 2006, dostupné z: www.ssrn.com

UNWIN, T., *Wine and the Vine: An Historical Geography of Viticulture and the Wine Trade*, Routledge, London, New York, 2005.

ZUMBANSEN, P., The Evolution Of The Corporation: Organization, Finance, Knowledge and Corporate Social Responsibility, *CLPE Research Paper*, 06/2009, vol. 05, no. 01, dostupné z: www.ssrn.com

ZUMBANSEN, P., Transnational Legal Pluralism, *CLPE Research Paper* 01/2010 Vol. 06 No. 01 (2010), dostupné z: www.ssrn.com

ZUMBANSEN, P., The Law of Society: Governance through Contract, *CLPE Research Paper* 2/2007 Vol. 03 No. 03 (2007), dostupné z: www.ssrn.com

ZUMBANSEN, Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law, *European Law Journal*, Vol. 8, č. 3, září 2002

Elektronické zdroje:

www.curia.eu

<https://www.ris.bka.gv.at/>

www.justice.gov.uk

www.nsoud.cz

www.oas.org

www.oecd.org

www.kluwerarbitrationblog.com

www.kluwermediationblog.com

www.trans-lex.org

<http://www.vanderbilt.edu/jotl/>

<http://transnationallawblog.typepad.com>

www.unidroit.org

www.unictral.org

www.ssrn.com

www.newyorkconvention.org

www.icc-cr.cz

www.icann.org

www.hcch.net

Judikatura:

Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty Construction, Ltd., Adjudication Law Report, Adj.L.R. 01/21, dostupné na: <http://www.nadr.co.uk/articles/published/AdjudicationLawReports/Channel%20Tunnel%20v%20Balfour%20Beatty%201993.pdf>

Právní předpisy:

Zivilprozessordnung (Občanský soudní řád, Spolková republika Německo) ve znění z 5. prosince 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781)

Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém

Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů

Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník

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