

## II OHLÉDNUTÍ DO MINULOSTI, ANEB MYŠLENKOVÁ HISTORIE *LEX MERCATORIA* A JEDNOTLIVÝCH NESTÁTNÍCH PROSTŘEDKŮ\*

### II.1 Vývojové fáze *lex mercatoria*

Pro řádné uchopení nestátního práva v oblasti mezinárodního obchodu – *lex mercatoria* – je nutné vymezit, co představuje tento pojem v dílčích etapách svého vývoje. Historické konotace doktrinálního, obsahového i institucionálního zařazení nám umožní identifikovat základ, ze kterého soudobé *lex mercatoria* vzniklo.

Vývojové fáze *lex mercatoria* představují problematické uchopení zdrojů a obsahu *lex mercatoria*, včetně jeho nevyjasněné pozice vůči státnímu právu. Tato publikace vnímá *lex mercatoria* jak optikou pozitivního práva, kdy *lex mercatoria* využívá prostor daný státním právem v kolizní nebo hmotněprávní oblasti, tak optikou transnacionální, kdy *lex mercatoria* představuje hmotné právo i proces rozhodování sporu. Zahrnuje tak jak institucionální procesní otázky, tak i určení hmotných norem s přihlédnutím k jejich použitelnosti skrze státní právo.

Soudobý akademický názor je ustálen na existenci tří fází vývoje *lex mercatoria*.<sup>74</sup> Pohled na *lex mercatoria* optikou pozitivního práva si vystačí s takto nastavenou klasifikací. Transnacionální přístup vyžaduje propojení druhé a třetí vývojové fáze do jednotného celku. Ten je schopen uchopit přístup k rozhodování sporů a případné zasazení procesu rozhodování, včetně následně vydaného rozhodčího nálezu následně do pozitivního, hmotněprávního rámce státního práva. *Lex mercatoria* v transnacionálním pojetí kombinuje živelný vývoj nadstátního obchodního práva druhé vývojové fáze s využitím komparativních kodifikací třetí fáze. Tím utváří skutečné transnacionální právo.

\* JUDr. Lukáš Grodl, doktorand, Katedra mezinárodního a evropského práva, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno / Ph.D. student, Department of International and European Law, Faculty of Law, Masaryk University, Brno, Czech Republic / E-mail: [lgrodl@mail.muni.cz](mailto:lgrodl@mail.muni.cz) / ORCID: 0000-0002-8351-8424 / Scopus ID: 57225053139

<sup>74</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 448; SCHMITTHOFF, C. V. The Unification of the Law of International Trade. *The Journal of Business Law*. 1968, s. 105–106.

Pohled na jednotlivé vývojové fáze *lex mercatoria* umožní hodnotit prameny a dílčí funkce jednotlivých fází vzhledem k jejich funkčnímu odlišení. Přestože jednotlivé fáze *lex mercatoria* mají svůj chronologický vývoj, nelze tento vývoj *a priori* vnímat jako kontinuální či lineární evoluci počínající v době středověku.<sup>75</sup> Jednotlivé fáze mají své funkční vymezení a hranice. Je nutné akceptovat fakt, že ačkoliv je obecně využíván obecný pojem *lex mercatoria*, historicky, od doby středověku do 21. století, tvoří každá z vývojových fází *de facto* rozdílný přístup k dané problematice. Jednotlivé fáze jsou propojeny některými společnými znaky, ovšem ne všemi. Zahraniční<sup>76</sup>, i některé české publikace<sup>77</sup>, využívají k funkčnímu odlišení jednotlivých fází označení „*nové lex mercatoria*“ pro druhou vývojovou fázi, případně „*nové nové lex mercatoria*“ pro třetí vývojovou fázi.

## II.2 První fáze vývoje *lex mercatoria*

První vývojová fáze *lex mercatoria* je datována středověkem, a to s počátkem na přelomu 11. a 12. století.<sup>78</sup> Nicméně, i před tímto obdobím je možné sledovat vznik právních principů, jež z dnešního pohledu připomínají v řadě ohledů ty, s nimiž spojujeme *lex mercatoria*. Tedy vznik mimo legislativní činnost státu a pod vlivem obchodní praxe. V době římského práva to bylo *ius gentium*, které obsahovalo i pravidla vzniklá z obchodní činnosti.<sup>79</sup> Expanze římské říše, existence cizineckého pretora, personalita římského práva<sup>80</sup> a nutnost poskytovat ochranu cizincům v obchodních vztazích zákonitě vedly ke štěpení zdrojů práva. Normy závazkového práva regulujícího tehdejší mezinárodní obchod, obsažené v ediktech, posléze obsahovaly normy transponované z cizího práva (nejčastěji řeckého), nepsané obyčej, *ius civile*, *ius honorarium*, i nově tvořené právo.<sup>81</sup> Takovéto právo s mnohostí původu

75 ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 202.

76 Např. MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 447–468.

77 Např. ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 224 a násl.

78 *Ibid.*, s. 202.

79 RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 1–2.

80 Právo se užívalo vůči vlastním příslušníkům na základě náležitosti k určité jednotce jako je kmen či stát, nikoliv na základě přítomnosti na území státu (srov. princip teritoriality v dnešním mezinárodním právu soukromém).

81 RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 2.

norem (*ius gentium*)<sup>82</sup> bylo koncipováno pružně a v nejširší možné míře bezformálně, přičemž připomínalo (dle některých autorů) úlohu moderního mezinárodního práva soukromého.<sup>83</sup> Na rozdíl od *ius civile*, které vyžadovalo formální kroky k naplnění znaků právního jednání, *ius gentium* naopak sledovalo vůli stran a samotný záměr právního vztahu.<sup>84</sup> V pozdějších fázích římského práva je *ius gentium* díky své bezformálnosti zpřístupňováno i k regulaci obligačních vztahů mezi Římany.<sup>85</sup> Stává se tak v rozsahu své obligační části součástí římského práva<sup>86</sup> a nabývá charakter společného práva s předností před státním právem (*ius civile*).<sup>87</sup> Relativně spontánní vývoj *ius gentium* byl přerušen vydáním kodifikované verze norem *Edictum perpetuum Hadriani a Constitutio Antoniana*.<sup>88</sup>

Později je termín *lex mercatoria* využíván anglickou právní a historickou literaturou. Je proto zajímavé se věnovat významu termínu i tímto pohledem.

Obsah první fáze skutečně mezinárodního *lex mercatoria*, vznikajícího od 12. století, je definován jako souhrn procesních privilegií<sup>89</sup> (pouze) obchodníků, zejména v oblasti důkazních prostředků<sup>90</sup>, civilního občanského řízení a zrychleného řízení.<sup>91</sup> Ve 13. století jím poté rozumíme soubor hmotněprávních transnacionálních norem a procesních principů vyplývajících z praxe<sup>92</sup>

82 KINCL, J., SKŘEJPEK, M., URFUS, V. *Římské právo*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 18–20.

83 DAJCZAK, W., GIARO, T., LONGSCHAMPS DE BÉRIER, F. *Pravo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2014, s. 59.

84 RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 2.

85 Ibid.

86 HEYROVSKÝ, L. *Dějiny a systém soukromého práva římského*. Praha: J. Otto, 1910, s. 115.

87 KINCL, J., SKŘEJPEK, M., URFUS, V. *Římské právo*. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 20–21.

88 RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 3.

89 CORDES, A. The Search for a Medieval Lex Mercatoria. *Oxford University Comparative Law Forum* [online]. 2003 [cit. 21. 4. 2020]. Dostupné z: <https://ouclflaw.ox.ac.uk/the-search-for-a-medieval-lex-mercatoria/>

90 KADENS, E. The Medieval Law Merchant: The Tyranny of a Construct. *Journal of Legal Analysis*. 2015, roč. 7, č. 2, s. 253.

91 NÖRR, K.W. Procedure in Mercantile Matters: Some Comparative Aspects. In: PIERGIOVANNI, V. (ed.). *The Courts and the Development of Commercial Law*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987, s. 197.

92 Prvotní zmínku o *lex mercatoria* je možné shledat v Little Red Book of Bristol, jenž je registr a kniha záznamů o listinách, výsadách a jiných dokumentech majících vliv na město a jeho obchodní cechy. Hlava druhá je uvozena „*Lex mercatoria a mercato provenire sentitur*“ („Právo obchodníků je považováno za vycházející z trhu“). BICKLEY, F.B. (ed.). *The Little Red Book of Bristol*. Bristol: Authority of the Council of the City and County of Bristol, 1900, 248 s.

mezinárodního obchodu dané doby.<sup>93</sup> Literatura dokumentuje situaci především na tehdejší Anglii. Za doby vlády Eduarda I. je sepsána *Fleta* jako sbírka anglického zvykového práva. Ta obsahuje i procesní výjimku opravňující žalobce ve specifických případech uplatnit důkazy podle *law merchant*.<sup>94</sup>

Normy a principy *lex mercatoria* vznikají relativně nezávisle na státu<sup>95</sup> a bez odkazu na (tehdejší) státní právo<sup>97</sup>. *Lex mercatoria* první fáze je tedy možné považovat za směs národních a mezinárodních norem, veřejnoprávních privilegií<sup>98</sup> a obecných principů, na kterých byl založen mezinárodní obchod dané doby<sup>99</sup>, s rozhodovací pravomocí vtělenou do autorit z řad obchodníků v neformálním řízení, přičemž *bona fides* princip byl stěžejním předpokladem vznikajících vztahů.<sup>100</sup> Nejedná se tedy o jeden ucelený právní řád, naopak spíše o neurčité množství práv obchodníků *in personam*<sup>101</sup>, kterých se z pozice účastníků mezinárodního obchodu dovolávali.

<sup>93</sup> CREMADES, B. M., PLEHN, S. L. The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions. *Boston University International Law Journal*. 1984, roč. 2, č. 3, s. 324.

<sup>94</sup> RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 11 s odkazem na BAKER, J. *Sources of English Legal History: Private Law to 1750*. Oxford: Oxford University Press, 2010, s. 317.

<sup>95</sup> BERMAN, J. H. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press, 1983, s. 332–356.

<sup>96</sup> Ve smyslu dnešního náhledu na státní právo se jedná o jakékoliv právo vydané formou zákonodárné moci – např. městské právo.

<sup>97</sup> GOLDMAN, B. The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria. In: LEW, D. M. J. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. London: School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986, s. 113.

<sup>98</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 454. Viz například procesní výjimka k uplatnění důkazu podle *law merchant* nebo *Carta Mercatoria* z roku 1303 zrychlující průběh soudního řízení i osvobození od určitých plateb. RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 11.

<sup>99</sup> HATZIMIHAİL, E. N. The Many Lives – And Faces – Of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law. *Law and Contemporary Problems*. 2008, roč. 71, č. 3, s. 170.

<sup>100</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 14–16.

<sup>101</sup> MOHNHAUPT, H. *Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann GmbH, 2000, s. 349–369.

Hlavním důvodem pro vznik norem překračujících hranice státu<sup>102</sup> byl rozmach kontraktace v soukromoprávních vztazích s mezinárodním prvkem, omezená doba konání trhů a neustálý pohyb kupců s nutností řešit vzniklé problémy rychle.<sup>103</sup> K tomu přistupovala neschopnost feudálního a římského práva reagovat na takto nově vznikající vztahy.<sup>104</sup> Dalším důležitým důvodem byla absence formulovaných kolizních norem. Oba důvody mají za výsledek vznik norem s původem a existencí mimo vliv panovníka<sup>105</sup>, ovšem s jeho posvěcením. *Lex mercatoria* bylo vnímáno ve smyslu obecných zvyků, právo všech států, zároveň právo žádného v absolutním smyslu<sup>106</sup>. Takto uchopené středověké *lex mercatoria* lze chápat jako právo bez konkrétního státu, nikoliv odtržené od státu.<sup>107</sup>

Důkazem existence obyčejové úpravy první fáze *lex mercatoria* je přiznání práv vyplývajících z „univerzálního práva světa“<sup>108</sup> neboli „*lex mercatoria*“ anglickým soudem v roce 1473.<sup>109</sup> Takovéto *lex mercatoria* je ovšem pouze anglickým konceptem, vztahujícím se k samostatnému systému procesního práva.<sup>110</sup> Již ve 12. století ovšem vznikají specializované tržní soudy (*Courts of Piepowders*)

<sup>102</sup> HORN, N. The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance. In: BERGER, K. P. (ed.). *The Practice of Transnational Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2001, s. 67; HATZIMIHAİL, E. N. The Many Lives – And Faces – Of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law. *Law and Contemporary Problems*. 2008, roč. 71, č. 3, s. 170.

<sup>103</sup> RŮŽIČKA, K., PŮLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 9.

<sup>104</sup> OKWOR, A. Lex Mercatoria as Transnational Commercial Law: Is the Lex Mercatoria Preferentially for the ‘Mercatocracy’? In: ANDENAS, M., ANDERSEN, C. B. (eds.). *Theory and Practice of Harmonisation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, s. 396.

<sup>105</sup> MALYNES, G. *Consuetudo Vél Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant*. London: Adam Islip, 1622, s. 3; „*lex mercatoria is not a Law established by the Sovereignty of any Prince*“. Viz MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 448.

<sup>106</sup> K tomuto jako příklad princip *Vox populi, Vox Dei*, jako princip překročení individuality subjektů. Viz MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 448.

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> BASILE, M. E. (ed.). *Lex Mercatoria & Legal Pluralism: A Late Thirteenth-Century Treatise & Its Afterlife*. Cambridge: Ames Foundation, 1998, s. 128–129.

<sup>109</sup> KADENS, E. The Medieval Law Merchant: The Tyranny of a Construct. *Journal of Legal Analysis*. 2015, roč. 7, č. 2, s. 255.

<sup>110</sup> CORDES, A. The Search for a Medieval Lex Mercatoria. *Oxford University Comparative Law Forum* [online]. 2003 [cit. 21. 4. 2020]. Dostupné z: <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-search-for-a-medieval-lex-mercatoria/>. „*Lex mercatoria is not a term of European or international, but of English law, it stands for certain privileges in thirteenth-century legal procedure, maybe even for a separate system of judicial procedure.*“

využívající obchodní obyčeje pro rozhodování ve zrychleném řízení.<sup>111</sup> Rozhodovací pravomocí byli pověřeni samotní obchodníci (znalci obchodních zvyklostí), obecné soudy vystupovaly jako odvolací instance.<sup>112</sup> Posléze se místní trhy mění na ustálenější obchodní centra více svázaná s městem, kde dochází i k „veřejné“ regulaci poplatků a povolení.<sup>113</sup>

Výklad obsahem, nikoliv označením, ovšem zákonitě vede k názoru, že příhodnější klasifikací takového souboru norem by bylo „*ius*“ jako *in personam* právo vtělené obchodníkům, nikoliv „*lex*“ jako právo *per se*. Nicméně, je pravděpodobné, že dnešní chápání středověkého *lex mercatoria* je založeno na přeměně subjektivního práva na právo objektivní, z individuálního nároku na systém přesahující jednotlivce.<sup>114</sup>

Obdobně jako se dnešní pohled na *lex mercatoria* různí, i pohled na formu středověkého *lex mercatoria* není jednotný. Malynes vztahuje *lex mercatoria* ke zvykovému právu, Blackstone *lex mercatoria* vnímá jako existenci seberegulace obchodu formou právě *lex mercatoria*<sup>115</sup> a staví jej na úroveň samostatného systému práva.<sup>116</sup> Ať je tomu jakkoliv, první fázi je připisována vágnost a bezmeznost<sup>117</sup> obsahu

111 ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 16; také RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 10.

112 BENSON, B.L. The Law Merchant's Story: How Romantic Is It? In: CALLIES, G.P., ZUMBANSEN, P. (eds.). *Law, Economics and Evolutionary Theory*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, s. 78.

113 RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 11.

114 KROESCHELL, K. *Studien zum frühen und mittelalterlichen deutschen Recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, s. 335–346; anglické *lex mercatoria* bylo posléze atrahováno do common law v roce 1765, *Pillans & Rose v. Van Mierop & Hopkins* (1765) 3 Burr 1663, 97 ER 1035; viz BLAUROCK, U. The Law of Transnational Commerce. In: FERRARI, F. (ed.). *The Unification of International Commercial Law*. Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, s. 10–11.

115 „For which reason the affairs of commerce are regulated by a law of their own, called the law merchant or *lex mercatoria*, which all nations agree in and take notice of“. BLACKSTONE, W. *Commentaries on the Laws of England. A Fascimile of the First Edition of 1765–1769. Volume I. Of the Rights of Persons*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, s. 264.

116 ALI, S. Transnational Commercial Law of Arbitration – Developments and Controversies. In: ZUMBANSEN, P. (ed.). *Oxford Handbook of Transnational Law*. Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 438–439. Také BERGER, K.P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 4.

117 BERGER, K.P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 8.

*lex mercatoria*. Přesto, pokud budeme sledovat jednotlivé prvky středověkého *lex mercatoria*, můžeme jej typizovat jako „legitimní očekávání“ obchodníků, zahrnující standardizované smlouvy vzniklé v obchodní praxi (zejména v Itálii). Cizí obchodníci se s těmito standardizovanými smlouvami museli při své činnosti seznámit a posléze je aplikovali i mimo území Itálie.<sup>118</sup> Je nesporné, že tyto formy nebyly právně závazné, pouze existoval konsenzus na jejich užitečnosti, a tedy na benefitu z jejich široké aplikace. Charakteristickým znakem, často nepsaných, středověkých norem *lex mercatoria* byl translokální charakter obsaženého pravidla<sup>119</sup>, tedy jeho zvláštní postavení nad ostatními zvyklostmi<sup>120</sup>, aniž by k tomu byl státním právem zákonně privilegován. K povýšení takové zvyklosti na součást *lex mercatoria* bylo užíváno metod ke zjištění korelace zvyků.<sup>121</sup> Každé z měst mělo svoji, lehce odlišnou verzi *lex mercatoria*, ať již písemně zachycenou nebo čistě zvykovou, a vyvinutou doktrínu uznávání *lex mercatoria* na návrh nebo z moci úřední.<sup>122</sup> Malynes popisuje *lex mercatoria* jako obyčejové právo uznávané „autoritou všech států a společenství“<sup>123</sup> avšak nikoliv právem „založeným na suverenitě určitého panovníka“<sup>124</sup>. Například v době odluky řešení námořních sporů od specializovaných anglických soudů směrem k soudům obecným i nadále obchodníci argumentovali nutností rozhodovat spor dle norem *lex maritima* (jako součást *lex mercatoria*) z důvodu „že se jedná o právní systém platný ve všech zemích a nadřazený všem přijatým vnitrostátním předpisům“.<sup>125</sup>

<sup>118</sup> CORDES, A. The Search for a Medieval Lex Mercatoria. *Oxford University Comparative Law Forum* [online]. 2003 [cit. 21. 4. 2020]. Dostupné z: <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-search-for-a-medieval-lex-mercatoria/>

<sup>119</sup> OKWOR, A. Lex Mercatoria as Transnational Commercial Law: Is the Lex Mercatoria Preferentially for the ‘Mercatocracy’? In: ANDENAS, M., ANDERSEN, C. B. (eds.). *Theory and Practice of Harmonisation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, s. 396.

<sup>120</sup> „The said customary law of merchants hath a peculiar prerogative above all other customs, for thbat the same is observed in all places.“ Viz MALYNES, G. *Consuetudo Vél Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant*. London: Adam Islip, 1622, s. 3.

<sup>121</sup> MITCHELL, W. *An Essay on the Early History of the Law Merchant*. Cambridge: Cambridge University Press, 1904, s. 7.

<sup>122</sup> *Ibid.*, s. 9.

<sup>123</sup> MALYNES, G. *Consuetudo Vél Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant*. London: Adam Islip, 1622, s. To The Reader, 2.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 12.



Smyslem spontánního vzniku první fáze *lex mercatoria* bylo vyhnutí se složitým a neflexibilním normám určeného rozhodného práva. V tomto ohledu byl hlavní důraz kladen na urychlení postupu<sup>126</sup> specializovaných orgánů vydávajících rozhodnutí kvazi-soudní povahy<sup>127</sup>, včetně institucionalizovaných soudů<sup>128</sup>, s akcentem na vykonatelnost takových rozhodnutí a dosažení spravedlivého řešení sporů mezi obchodníky.<sup>129</sup>

Národní zájmy a merkantilismus doby 16. a 17. století posléze zapřičiňují postupnou změnu mezinárodního charakteru *lex mercatoria*.<sup>130</sup> Včetně jeho začlenění do vznikajících národních kodexů.

### II.3 Druhá fáze vývoje *lex mercatoria*

První fáze *lex mercatoria* byla ukončena vznikem národních civilních kodexů a narušením do jisté míry mezinárodně jednotné, fragmentové, regulace založené na obyčejích.<sup>131</sup> Sílicí tendence suverenity a státní moci<sup>132</sup>, co do soukromoprávní úpravy, zapřičiňovala útlum (možnosti) využití středověkého *lex mercatoria* ve prospěch pozitivního státního práva.<sup>133</sup> Zároveň, některé státy přejala značnou část principů *lex mercatoria* do svých právních řádů<sup>134</sup>, a tím

<sup>126</sup> Některé procesní normy zahrnovaly rozhodování sporů obchodníků do jednoho dne, i za situace, kdy soud neměl vůbec zasedat. Viz BERGER, K. P. The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles. *Trans-Lex* [online]. Para 25 [cit. 16. 4. 2020]. Dostupné z: [https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8)

<sup>127</sup> JOHNSON, V. M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 152.

<sup>128</sup> OKWÓR, A. Lex Mercatoria as Transnational Commercial Law: Is the Lex Mercatoria Preferentially for the 'Mercatocracy'? In: ANDENAS, M., ANDERSEN, C. B. (eds.). *Theory and Practice of Harmonisation*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, s. 395.

<sup>129</sup> BERGER, K. P. The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles. *Trans-Lex* [online]. Para. 24 [cit. 16. 4. 2020]. Dostupné z: [https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8); Časté bylo rozhodování *ex aequo et bono* ve sporech mezi mezinárodními obchodníky. Viz *ibid.*, para. 45.

<sup>130</sup> RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 11.

<sup>131</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Právo mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 203; RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 12.

<sup>132</sup> HERMAN, L. L. The New Multilateralism: The Shift to Private Global Regulation. *C.D. Howe Institute Commentary* 360. 2012, s. 6.

<sup>133</sup> JOHNSON, V. M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 151.

<sup>134</sup> Např. čl. 61 odst. 2, 56 & 57 Vict. c.71 (anglický zákon o prodeji zboží z roku 1893).



podpořily pozitivistické vnímání práva v kontinentálním pojetí. Současně, v rámci dalšího rozvoje zejména kolizního práva, *lex mercatoria* nemělo své místo v kolizním určení rozhodného práva. Zároveň, pozbylo nutnosti existence, neboť zásady v něm obsažené byly reflektovány (byť částečně a bez možnosti adekvátní flexibility) ve státním právu. Někteří autoři však argumentují, že recepcce neprobíhala přímo z *lex mercatoria*, ale z praxe samotné, čemuž by odpovídala i historická nejasnost chápání samotného *lex mercatoria*.<sup>135</sup>

Soudobý náhled je spojen s teritoriálním spojením místa a politicky vytvořeného systému tvorby, uplatňování a vymáhání právních pravidel, označován jako státní právo.<sup>136</sup> Tento náhled je ovšem značně narušen ze dvou směrů. Prvním je zmiňovaná globalizace vztahů. Druhým je množství norem nestátního původu, které mají značný vliv na chování osob.<sup>137</sup> Příkladem mohou být veřejnoprávní normy upravující chování nadnárodních korporací vytvořené ze strany OSN, Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) a Evropské unie<sup>138</sup> a na druhé straně soukromoprávní normy organizačního charakteru (*code of conduct*) vystupující jako soft law.

Až globální ekonomika vznikající po první světové válce a rozsáhlý mezinárodní obchod 20. století byly podnětem k oživení diskuse na téma *lex mercatoria*. Zároveň, princip autonomie vůle dovoluje obchodníkům flexibilně reagovat na vznikající problémy a představuje zrychlení kontraktace.<sup>139</sup>

Před „znovuobjevením“ druhé fáze *lex mercatoria*, existovaly snahy o popis principiálně srovnatelného jevu. Na pozadí přelomu 19. a 20. století představil Zitelmann svoji vizi „světového práva“<sup>140</sup> v podobě souboru norem utvořeného na základě komparativní studie práva vyspělých národů. Tento soubor

<sup>135</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 455.

<sup>136</sup> ZUMBANSEN, P. Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism. *Transnational Law and Contemporary Problems*. 2012, roč. 21, č. 2, s. 308.

<sup>137</sup> Ibid., s. 309.

<sup>138</sup> TEUBNER, G. Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism. *The Italian Law Journal*. 2015, roč. 1, č. 2, s. 241.

<sup>139</sup> RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 13.

<sup>140</sup> BERGER, K. P. The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law. *Trans-Lex* [online]. [cit. 13. 8. 2020]. Dostupné z: <https://www.trans-lex.org/2>

norem měl být přijat formou mezinárodní smlouvy, čímž by byla aplikačně nadřazena všem právním řádům smluvních států.<sup>141</sup> Tato vize byla prezentována společně s univerzálním náhledem na právo jako právo zohledňující obecné principy společně vyspělým národům se snahou o vytvoření „mezinárodního zvykového práva“.<sup>142</sup> S ohledem na geopolitickou situaci, vzrůstající nacionalismus a vzestup suverenity států dané doby, byly názory Zitelmana odsouzeny k neúspěchu. Lambert v podobné době přednáší totožnou myšlenku,<sup>143</sup> přičemž Ishizaki rozpracovává tuto vizi v samo rozvíjející se právo bez výkonu sankcí ze strany státu, s řešením sporů před rozhodci.<sup>144</sup>

### II.3.1 Goldman, Schmitthoff a Goldštajn

V Goldmanově pojetí transnacionálního obchodního práva, *nového lex mercatoria*, je *lex mercatoria* vyvozeno ze souhrnu obecných principů zavedených mezi mezinárodními obchodníky a vzniklých mimo působnost státu.<sup>145</sup> Takovému právu chybí vazby na pozitivní státní právo<sup>146</sup>, neodvolává se na jednotlivé národní právní řády<sup>147</sup>, a tudíž je chápáno jako třetí právní systém, stojící mimo národní práva a mezinárodní veřejné právo.<sup>148</sup> Pohled

<sup>141</sup> Otázku obsahového výsledku, v kontextu nutnosti kompromisů nutných k uzavření multilaterálních mezinárodních smluv, necháváme stranou.

<sup>142</sup> BERGER, K. P. The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law. *Trans-Lex* [online]. [cit. 13. 8. 2020]. Dostupné z: <https://www.trans-lex.org/2>; Také GUTTERIDGE, H. C. *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge: Cambridge University Press, 1949, s. 5.

<sup>143</sup> RUŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 13.

<sup>144</sup> ISHIZAKI, M. *Le droit corporatif international de la vente des soies: Les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places*. Paris: Giard, 1928, 344 s.

<sup>145</sup> Goldman tyto nazývá jako „*societas mercatorum*“. Viz BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 3.

<sup>146</sup> MUSTILL, J. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*. 1988, roč. 4, č. 2, s. 87.

<sup>147</sup> GOLDMAN, B. The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria. In: LEW, D. M. J. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. London: School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986, s. 116.

<sup>148</sup> GOLDMAN, M. B. La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives. *Travaux du Comité français de droit international privé*. 1980, č. 2, s. 221–270; BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 5.

Goldmana by se dal kvalifikovat jako absolutní, kdy hlavním kritériem vztažení norem do *nového lex mercatoria* je jeho spontánnost. Normy tvořené mimo dosah státu, transnacionální normy, jsou v této teorii způsobilé být součástí *nového lex mercatoria*. Naopak právo tvořené subjekty mezinárodního práva veřejného, ať už právo na úrovni mezinárodních organizací, nebo mezinárodní smlouvy uzavírané mezi státy,<sup>149</sup> je vyloučeno z jeho pojetí *nového lex mercatoria*.<sup>150</sup> Intervence takových subjektů mimo výkon své státní moci<sup>151</sup> do spontánní tvorby norem *nového lex mercatoria* není vyloučena a výsledná norma není vyloučena z obsahu *nového lex mercatoria* pouze na základě existence zásahu subjektu mezinárodního práva veřejného do její tvorby. Součástí *nového lex mercatoria* jsou zároveň transnacionální instrumenty vypracované pod záštitou mezinárodních organizací, pokud nebyly přijaty formou mezinárodní smlouvy.<sup>152</sup>

Obecné právní principy mají svůj původ zásadně v transnacionálním právu a nejsou převzaty z národních právních řádů.<sup>153</sup> Obecné právní principy jsou zároveň pramenem většího množství transnacionálních norem a slouží k jejich interpretaci.<sup>154</sup>

Separace od státního práva nutně vede k potřebě jiných forem tvorby a vynucení práva. Tvorba práva je realizována vydáváním formulářových podmínek. Aplikace a interpretace transnacionálních norem i formulářových podmínek je svěřena rozhodčím soudům. Samotné vynucení práva je poté realizováno donucovacími prostředky, které nabývají formy disciplinárního postihu, penále nebo vyloučení z obchodního společenství.<sup>155</sup> Obchodní společenství tedy autonomně nahrazují stát co do zákonodárné, nalézací i vykonávací funkce.<sup>156</sup>

<sup>149</sup> Např. Evropská hospodářská komise Spojených národů.

<sup>150</sup> KOPA, M. *Lex mercatoria v mezinárodní obchodní arbitráži*. Diplomová práce. Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta, 2010, s. 16; ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 41.

<sup>151</sup> Ibid. Např. vystupování adresátů mezinárodního veřejného práva z pozice *acta iure gestionis*.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Ibid., s. 42.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Ibid., s. 41.

<sup>156</sup> Ibid.

Schmitthoff ve stejné době představil názor existence *nového lex mercatoria* jako autonomního práva mezinárodního obchodu<sup>157</sup>, nikoliv absolutně, nýbrž relativně, v mezích autonomie vůle smluvních stran. Vůle smluvních stran je Schmitthoffem pojímána jako autonomní možnost volby práva a zároveň možnost vyloučit jakýkoliv právní řád z dopadu na závazkový vztah.<sup>158</sup> Takto svěřená autonomie vůle pak vychází z národního práva.<sup>159</sup> Jeho pojetí *nového lex mercatoria* reprezentuje vnější systém samoregulace smlouvy oddělený od národního práva, ovšem aprobovaný státními právy.<sup>160</sup> Toto pojetí derivuje původ *nového lex mercatoria* od národního práva, které je však obchodní praxí rozvíjeno v oblastech, kde absentuje regulace státního práva. Shodně s Goldmanem, Schmitthoff vymezil *nové lex mercatoria* jako autonomní systém práva, nicméně s definičním znakem funkční závislosti na státním právu. Bez vůle státního práva by *nové lex mercatoria* nemohlo existovat. Funkční závislost definoval Schmitthoff jako stav „jednání *parallelismem v různých právních řádech ve sféře dispozitivního práva*“<sup>161</sup>. Prvním krokem onoho jednání je konstituce prostoru pro tvorbu dispozitivních norem transnacionálního charakteru ze strany národních právních řádů, druhým je poté podílení se na samotné tvorbě.<sup>162</sup> Tento vztah zároveň uvozuje formu koexistence státních právních řádů a *nového lex mercatoria*.

Prameny *nového lex mercatoria* tvoří u Goldmana i Schmitthoffa mezinárodní legislativa tvořená skrze recepci mezinárodní smlouvy do národních řádů (unifikace mezinárodního práva soukromého) a mezinárodní obyčej. Schmitthoff dále diferenciuje mezinárodní obyčej na formulovanou (*formulated international custom*) a neformulovanou část (*unformulated international custom*), přičemž pouze formulovaný obyčej může být pramenem *nového*

<sup>157</sup> SCHMITTHOFF, C. M. International Business Law: A New Law Merchant. In: CHENG, C. (ed.). *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*. London: Graham & Trotman Ltd., 1988, s. 33.

<sup>158</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 36.

<sup>159</sup> SCHMITTHOFF, C. M. *The Sources of the Law of International Trade*. London: Praeger, 1964, s. 3.

<sup>160</sup> *Ibid.*, s. 33; BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 5.

<sup>161</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 36–37.

<sup>162</sup> *Ibid.*, s. 39.

*lex mercatoria*.<sup>163</sup> Formulované obyčeje zahrnují mezinárodní praktiky, zvyklosti a standardy, vždy vytvořené mezinárodními organizacemi. Vůle smluvních stran pak nabývá roli pramene individuálních pravidel mezinárodního obchodu.<sup>164</sup> Tedy pouze formulovaný obyčej je schopný být obecným pramenem *nového lex mercatoria*, přičemž jeho aplikace závisí na vůli smluvních stran. *Nové lex mercatoria* je v tomto pohledu tedy neuceleným, avšak formulovaným souhrnem dispozitivních právních norem.

Závěrem lze uvést, že Goldman definoval *lex mercatoria* autonomně od národního práva *de iure*<sup>165</sup>, či alespoň jako směřující k autonomii.<sup>166</sup> Schmitthoff jej vnímal spíše jako fakticky autonomní v mezích národních právních řádů.<sup>167</sup> V tom lze vidět rozdíl mezi oběma zastánci konceptu.

Goldštajn<sup>168</sup> navazuje na Schmitthoffa, ovšem odmítá odbourání neformulované části mezinárodních obyčejů, naopak ji vyzdvihuje jako adekvátní způsob vývoje *nového lex mercatoria*.<sup>169</sup> Mimo jiné uvádí, že přestože mezinárodní organizace formulují obyčeje, nevyčerpávají celý obsah takto aplikovatelných prostředků.<sup>170</sup> Zároveň uznává nedokonalost rozsahu *nového lex mercatoria* a přiznává národnímu právu doplňkovou funkci.<sup>171</sup> Faktory podmiňující rozvoj *lex mercatoria* dělí na právní, ekonomické a sociologické.

<sup>163</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 38.

<sup>164</sup> SALAČ, J. *Lex mercatoria – nástin vývoje a význam*. *Právník*. 1998, roč. 137, č. 5, s. 412.

<sup>165</sup> Goldman byl zastáncem existence *lex mercatoria* jako práva. GOLDMAN, M. B. Introduction. In: CARBONNEAU, T. E. (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Merchant Law*. New York: Transnational Juris Publications, 1990, s. xv.

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> LY, F. de. *International Business Law and Lex Mercatoria*. The Hague: T.M.C. Asser Instituut, 1992, s. 214; Rozehnalová shrnuje Schmitthoffovo pojetí jako „*Vztah mezi lex mercatoria a národními právními řády je vztahem koexistence (nikoli však koexistence stejné hodnoty či stejného pojetí jako u koexistence národních právních řádů)*“ – viz ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 39.

<sup>168</sup> GOLDŠTAJN, A. Chapter 3. In: ŠARČEVIĆ, P., VOLKEN, P. (eds.). *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1986, s. 55–110.

<sup>169</sup> *Ibid.*, s. 79 a násl.

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> Co do obecných norem závazkového práva viz ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 39, nebo do aplikace *ordre public* viz *ibid.*, s. 40 s odkazem na GOLDŠTAJN, A. The New Law Merchant Reconsidered. *Trans-Lex* [online]. S. 184 [cit. 23. 4. 2020]. Dostupné z: <https://www.trans-lex.org/112500>

Základními právními faktory jsou poté dispozitivita státního práva, neflexibilita státního práva vůči mezinárodnímu obchodu, komparativní podobnost institutů v jednotlivých státních právech, svolení právních řádů k přenosu rozhodování sporů k arbitráži a (limitovaný) vliv účinků veřejného pořádku.<sup>172</sup> Ekonomické a sociologické faktory poté umožňují flexibilně reagovat na změny chování účastníků mezinárodního obchodu. Jedním z uváděných sociologických faktorů je pocit sounáležitosti v kohortě obchodníků, resp. v nutnosti dodržovat daná pravidla.<sup>173</sup> Oproti Schmitthoffovi staví Goldštajn mezinárodní obyčej a unifikující legislativu na sobě rovné prameny.

Na rozdíl od Goldmana a Schmitthoffa, kteří hledali autonomii *nového lex mercatoria* s využitím kolizního prostředí, Goldštajn naopak zavádí parciální úpravu štěpení závazkových vztahů. V jeho náhledu stojí národní právní řády a *nové lex mercatoria* na jedné úrovni, přičemž obecné normy závazkového práva jsou přebírány z národního práva. *Nové lex mercatoria* poté odděluje právní úpravu mezinárodních obchodních vztahů od vnitrostátních.<sup>174</sup> V případě uplatnění *nového lex mercatoria*, tedy za předpokladu existence mezinárodního prvku v ekonomické závazkové aktivitě, existuje hierarchie pramenů práva. Vztah se řídí obchodními obyčejí, unifikovanou úpravou mezinárodních smluv, judikaturou tvořenou arbitrážními nálezy, národním právem vstupujícím jako korektiv veřejného pořádku a národním právem v případě vyplnění mezer.<sup>175</sup>

### II.3.2 Právní pluralismus, *contrat sans loi*, a mezinárodní soustava obchodních soudů

V roce 1913 publikoval Ehrlich koncepci sociologie práva, dle níž právní vývoj spočívá v samotné společnosti, nikoliv v právotvorné funkci státu. Státní právo je sekundární v komplexu vzájemně působících sociálních faktorů. Náhled na právo je podle Ehrliche jako pohled na společenský řád, jehož

<sup>172</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 37.

<sup>173</sup> Ibid., s. 38 s odkazem na GOLDŠTAJN, A. Chapter 3. In: ŠARČEVIĆ, P., VOLKEN, P. (eds.). *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*. Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1986, s. 64.

<sup>174</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 39.

<sup>175</sup> GOLDŠTAJN, A. The New Law Merchant Reconsidered. *Trans-Lex* [online]. S. 184 [cit. 23. 4. 2020]. Dostupné z: <https://www.trans-lex.org/112500>

součástí jsou i normy podléhající vynucení státem a probovanými prostředky. Ehrlich tvrdí, že těžištěm právního vývoje není legislativa, nýbrž společnost sama.<sup>176</sup> Je to právě konstruktivní pohled na působení (společenského) vnitřního řádu, který zakotvuje právo, bez ohledu na přijetí daného za normativní normy legislativním procesem.<sup>177</sup> Zákonná ustanovení nebo soudní rozhodnutí mohou být účinné pouze v případech, kdy společenské normy (*living law*) byly v době vydání normy nebo rozhodnutí známy a zohledněny.<sup>178</sup> Společenské normy jsou poté složeny ze společenských zvyklostí.<sup>179</sup> Na rozdíl od římského *dare, facere, omittere a pati* jakožto právní povinnosti vyjádřené v právní normě, Ehrlich zakládá společenské normy na konceptu samotných zvyklostí ve formě užívání, nadvlády, držby a nakládání.<sup>180</sup> Společenské zvyklosti jsou tedy faktické přístupy, jak subjekty práva konstruují vlastní životní činnost ve vztahu k ostatním.<sup>181</sup> Část právní regulace společenských norem je možné najít v legislativním textu, převážně jsou ovšem upraveny mimo normativní právní řád v řádech dobrovolných svazků a samotné lidské aktivity.<sup>182</sup> Ehrlich argumentoval faktem nemožnosti obsáhnout veškeré sociální skutečnosti v právních normách, a tedy nemožnost úplné regulace vztahů mezi subjekty práva na úrovni pouhé normativní regulace.<sup>183</sup> Soudní rozhodování se poté děje v mezích rozhodného práva, pokud je v souladu se společenskými normami. V případech, kdy soulad neexistuje, dochází k volnému uvážení soudce o spravedlivém řešení v mezích společenských norem.<sup>184</sup>

<sup>176</sup> EHRlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, s. xiv.

<sup>177</sup> SINGH, S. Eugen Ehrlich's 'living law' and its Legacy for Legal Pluralism. *SSRN*[online]. 20. 2. 2010, s. 3 [cit. 31. 7. 2022]. Dostupné z: <https://ssrn.com/abstract=1660606>

<sup>178</sup> NORTHROP, F. S. C. *The Complexity of Legal and Ethical Experience*. Connecticut: Greenwood Press, 1978, s. 15.

<sup>179</sup> O'DAY, J. F. Ehrlich's Living Law Revisited – Further Vindication for a Prophet without Honor. *Western Reserve Law Review*. 1966, roč. 18, č. 1, s. 212.

<sup>180</sup> EHRlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, s. 118.

<sup>181</sup> O'DAY, J. F. Ehrlich's Living Law Revisited – Further Vindication for a Prophet without Honor. *Western Reserve Law Review*. 1966, roč. 18, č. 1, s. 212.

<sup>182</sup> Ibid., s. 212; také EHRlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, s. 369–371.

<sup>183</sup> EHRlich, E. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002, s. 133.

<sup>184</sup> Ibid., s. 140, 181.



Ačkoliv byl Ehrlich kontinentální autor, jeho názory se více projevíly v americké právní literatuře a doktríně sociologie práva<sup>185</sup>, než v té kontinentální (se svým základem v římském právu).<sup>186</sup> Obdobně ovšem jako i další akademické názory na *lex mercatoria*, ani názory Ehrlichova nebyly přijímány bez dalšího. Například Petterson uvádí nemožnost vyvozovat veškeré právo ze sociálních skutečností, neboť právní normy jsou přijímány i bez vztahu k existujícím společenským normám. Jako příklad uvádí daň z příjmu nebo záruky v potravinářském průmyslu uvedené v letech 1910–1920 v USA.<sup>187</sup> V Ehrlichově názoru by taková normativní věta byla bez účinku, neboť nereflakuje společenskou praxi.

Ehrlichovy názory je možné kvalifikovat jako právo bez státu odvozené ze společenské reality. Teubner šel ve svých názorech ještě o krok dál. Jeho vizí byly samoregulační smlouvy bez vazeb na státní právo a stojící mimo právotvornou činnost států (*contrat sans loi*).<sup>188</sup> Tento systém měl být založený na derivaci právního základu z existujících soukromoprávních smluv a zároveň měl přinést větší jistotu a aprobaci autonomnímu charakteru *lex mercatoria* (oproti Goldmanově přístupu<sup>189</sup>). Veškeré soukromoprávní smlouvy se měly řadit do jedné kohorty vytvářející autonomní právní řád.<sup>190</sup> Validace takto utvořeného autonomního řádu poté probíhá skrze kvazilegislativní arbitrážní orgány (např. ICC). K samoregulaci tak dochází kontraktací a následnou arbitráží.<sup>191</sup> Tento přístup cílil k vytvoření systému s těžištěm soukromoprávní kontraktace podrobené mezinárodní komerční arbitráži, na jejíž praxi by byla budována hierarchie norem.<sup>192</sup> Kritika tohoto přístupu nicméně spočívá v naplnění paradoxu, kdy odtržením jakékoliv smlouvy z dosahu právního

<sup>185</sup> O'DAY, J. F. Ehrlich's Living Law Revisited – Further Vindication for a Prophet without Honor. *Western Reserve Law Review*. 1966, roč. 18, č. 1, s. 215–216.

<sup>186</sup> *Ibid.*, s. 215.

<sup>187</sup> PATTERTON, E. W. *Law in a Scientific Age*. New York: Columbia University Press, 1963, s. 48.

<sup>188</sup> TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Brookfield, 1997, s. 3.

<sup>189</sup> JOHNSON, V. M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 154.

<sup>190</sup> Pro více informací k samovalidaci skrze (1) hierarchii, (2) čas a (3) externalizaci, stejně jako k popisu primárních a sekundárních pravidel viz *ibid.*, s. 155–156.

<sup>191</sup> TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Brookfield, 1997, s. 16–17.

<sup>192</sup> *Ibid.*, s. 17.

řádu dochází k nutnosti validace existence dané smlouvy sebou samým.<sup>193</sup> Aneb, nemůže existovat smlouva, pokud nebyla řádně uzavřena, přičemž v Teubnerově pojetí nemůže být ověřena řádnost uzavření a platnost smlouvy bez její *a priori* existence.

Tento směr ovšem nabírá na neefektivnosti skrze principy důvěrnosti mezi-národního rozhodčího řízení a vydaných nálezů. Současně, funkční provázanost národních soudů a rozhodčího řízení principiálně nedovoluje vznik naprosto autonomního systému. Tuto provázanost lze pozorovat zejména ve funkcích, ve kterých pozitivní státní právo vstupuje do jinak samostatného rozhodčího řízení, jako je uznání a výkon nálezů, dozorové funkce obecných soudů nebo opravných prostředcích vůči nálezům. Kritici zároveň upozorňují na upřednostnění ekvity nebo zásad spravedlnosti na úkor rozhodného práva, čímž dochází k nemožnosti tvorby hierarchie norem tak, jak byla taková možnost představena v Teubnerově pojetí.<sup>194</sup>

Teubner se ve svých názorech částečně potkává s názory Dalhuisena, který předkládá myšlenku národních soudů vystupujících ve sporech zahrnující mezinárodní obchod jako zprostředkovatele mezinárodního obchodního řádu. Tyto soudy by tedy, bez ohledu na své *lex fori*, měly vystupovat jako mezinárodní obchodní soudy, které by podléhaly nejvyššímu mezinárodnímu soudu, jenž by byl oprávněn vydávat stanoviska na předběžné otázky týkající se transnacionálního práva a veřejného pořádku.<sup>195</sup> Takoveto pojetí je ovšem v přímém rozporu k teritorialitě národních soudů a nemožnosti existence nadřízené instance bez ústavněprávních dopadů.

<sup>193</sup> JOHNSON, V.M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 154–155.

<sup>194</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 455–456.

<sup>195</sup> DALHUISEN, J. *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*. Oxford: Hart Publishing, 2010, s. 324. Tento názor je dle autora natolik mimo současnou doktrinální realitu, že není třeba jej dále hodnotit. Kromě nemožnosti národních soudů opominout své *lex fori*, existence nejasného nejvyššího mezinárodního soudu nemá oporu co do zásahu do suverenity jednotlivých soudů a v případě Evropské unie je možné hovořit i o rozporu s pravomocemi jednotlivých soudů a Soudního dvora Evropské unie.

### II.3.3 Další proponenti

*Nové lex mercatoria* prochází teoretickým vývojem i mimo sféru Goldmana, Goldštajna, Schmitthoffa nebo Teubnera. Jejich názory oscilují od sociologických východisek až po čistě transnacionální nastavení. Často je možné vysledovat i jeden ze základních proudů, na kterém staví své názory, nebo naopak vůči kterému se vymezují.

Zajímavým hodnocením prošlo *nové lex mercatoria* ze strany Mustilla, který označil *nové lex mercatoria* za pouhý souhrn dvaceti základních (nepředvídatelných) principů<sup>196</sup>, a nikoliv za právo<sup>197</sup>. Tento seznam principů *nového lex mercatoria* je dodnes používán jako samotné potvrzení existence *nového lex mercatoria*. Byť takto zamýšlen nebyl. Mustill také odlučuje transnacionalismus od *nového lex mercatoria*<sup>198</sup> a uvádí, že zastánce jednoho nemusí být zastáncem obojího.<sup>199</sup> Z praktického hlediska tato hypotéza znamená, že ačkoliv rozhodci musí být fyzicky přítomni na místě řízení, v právním smyslu je fyzická přítomnost irelevantní. Mustill předkládá, že mezinárodní arbitráž ve své čiré podobě nemá své *lex fori* a nedisponuje kolizními normami k aplikaci.<sup>200</sup> Rozhodci se tak namísto řádné aplikace kolizních norem uchylují k intuitivní volbě vhodného rozhodného práva.<sup>201</sup> Mustill naznává, že se tak děje z důvodu homogenity kolizních norem jednotlivých řádů

<sup>196</sup> Mustill tyto principy vyvodil ze zhodnocení nemalého počtu rukopisů na téma *nového lex mercatoria* a 25 let rozhodčí praxe. MUSTILL, J. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*. 1988, roč. 4, č. 2, s. 110–114.

<sup>197</sup> JOHNSON, V. M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 153.

<sup>198</sup> BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 146.

<sup>199</sup> MUSTILL, J. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*. 1988, roč. 4, č. 2, s. 90.

<sup>200</sup> CARDUCCI, G. The Impact of the EU 'Rome I' Regulation on International Litigation and Arbitration, A-National Law, Mandatory and Overriding Rules. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2011, roč. 22, č. 2, s. 31 a 42.

<sup>201</sup> MUSTILL, J. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*. 1988, roč. 4, č. 2, s. 90.

namísto z důvodu transnacionálního cítění rozhodců.<sup>202</sup> Mustill zároveň shledává protipól v samotném Goldmanově zakotvení *nového lex mercatoria*, které by mělo být třetím systémem, postaveným na úroveň těm zbylým. Goldman zároveň v rozporu se svým názorem argumentuje, že rozhodci by měli *a priori* odmítnout kolizní normy ve prospěch *nového lex mercatoria*.<sup>203</sup> Tento model by ve svém důsledku udával primát *nového lex mercatoria*, kdy zároveň připomíná modifikovanou verzi Goldštajnova pojetí *nového lex mercatoria*. Mustill, na základě svého výzkumu, oponuje neexistencí směřování spontánního vývoje *nového lex mercatoria* (v dané době) k takovému preferenčnímu zacházení s *novým lex mercatoria*.<sup>204</sup>

Plehn a Cremades pod *novým lex mercatoria* rozlišují jednotné právo vzniklé mimo státní moc, přičemž prameny takového práva jsou *sui generis* (ani ne státní, ani ne mezinárodní). Korektivy takového práva jsou vystavěny na vnitřním limitu smluvní svobody, na kterém je *nové lex mercatoria* založeno, a vnějším limitu veřejného pořádku.<sup>205</sup>

Lando, na rozdíl od Mustilla (který z něj ve svém hodnocení vycházel), předkládá, že *nové lex mercatoria* se skládá *inter alia* z mezinárodního práva veřejného, rezolucí mezinárodních organizací a také z rozhodovací praxe rozhodčích soudů.<sup>206</sup> Lando shledává, že *nové lex mercatoria* je dvojího charakteru, jehož zmíněné dvě složky se navzájem ovlivňují. *Nové lex mercatoria* jednak obsahuje materiální normy dosahující určité konkrétnosti, zároveň se jedná o procesní

<sup>202</sup> Ibid. V dnešní době je ovšem zřejmé, že tato argumentace není správná. Kolizní normy (zejména s ohledem na obligace a právo Evropské unie) jsou unifikovanější více než v druhé polovině 20. století, nicméně rozhodci i nadále absentují ve volbě práva na základě kolizních předpisů. Viz VLČEK, F. Applicability of Rome I Regulation in International Commercial Arbitration. In: ROZEHNALOVÁ, N. (ed.). *Universal, Regional, National – Ways of Development of Private International Law in 21st Century*. Brno: Masarykova univerzita, 2020, s. 350–365.

<sup>203</sup> GOLDMAN, M. B. La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives. *Travaux du Comité français de droit international privé*. 1980, č. 2, s. 249.

<sup>204</sup> MUSTILL, J. The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years. *Arbitration International*. 1988, roč. 4, č. 2, s. 90–91.

<sup>205</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 50.

<sup>206</sup> Ibid., s. 109, o čemž svědčí i Landoova práce na téma smluvního práva, viz LANDO, O. Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium. *Scandinavian Studies in Law*. 2000, roč. 40, s. 343–402; nebo LANDO, O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. *The International and Comparative Law Quarterly*. 1985, roč. 34, č. 4, s. 747–768.

normy upravující řízení mezinárodní arbitráže.<sup>207</sup> Lando se tak dostává i na úroveň procesního *nového lex mercatoria*. Naón oproti tomu orientoval *nové lex mercatoria* k hybridnímu systému vycházejícího z národního, mezinárodního i z vágního transnacionálního práva.<sup>208</sup> Ve svých pracích analyzoval často připsovanou funkci nezávislosti arbitrážního rozhodování a dochází k závěru, že rozhodčí řízení nemůže, a ani nemá, ignorovat státní normy. Zájmy státu jako aktéra mezinárodního obchodu jsou vyjádřeny v jeho legislativě, naopak zájmy obchodníků (svým charakterem častěji se měnící) jsou poté vyjádřeny v obyčejích a zvyklostech. Mezinárodní rozhodčí řízení tak musí brát v potaz oba prameny, v národní legislativě včetně norem mezinárodního práva soukromého a jeho kolizních ustanovení. Naón se také podrobně zaměřuje na metodologii funkčního určení rozhodného práva pro zajištění předvídatelnosti rozhodčího řízení a zajištění vykonatelnosti rozhodčích nálezů. Rozhodné právo by v jeho pojetí mělo být vystavěno na univerzálně uznaných mezinárodně imperativních normách, adaptaci mezinárodních obchodních zvyklostí, národních právech a spolupráci mezi rozhodčími a soudními orgány.<sup>209</sup>

Kahn poté se svým sociologickým východiskem *nového lex mercatoria* reguluje vztahy vzniklé mezi obchodníky, přičemž prameny staví na nesporné a sporné. Nesporné prameny jsou obyčejje, formulářové smlouvy a dodací podmínky. Sporné jsou pak rozhodčí nálezy obsahující zevšeobecněné zásady vzniklé z individuálního přezkumu sporů mezi obchodníky. Rozhodčí řízení pak konkrétní kontrolou vykonává zabezpečovací funkci působením nesporných pramenů.<sup>210</sup>

Paulsson nad omezení spojená s aplikací *nového lex mercatoria* ze strany Goldmana, Mustilla nebo Foucharda<sup>211</sup> omezil prameny *nového lex mercatoria* čistě na rozhodnutí arbitrážních soudů, neboť pouze konkrétní aplikace

207 ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 49.

208 HORN, N. *The Transnational Law of International Commercial Transactions*. Deventer: Kluwer, 1982, s. 89.

209 ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 51–52.

210 GOLDMAN, B. *The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria*. In: LEW, D. M. J. (ed.). *Contemporary Problems in International Arbitration*. London: School of International Arbitration, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary College, 1986, s. 116.

211 Fouchard se zaměřoval primárně na mezinárodní obchodní arbitráž. Viz FOUCHARD, P. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965, 611 s.

abstraktních norem může naplnit legitimní očekávání stran.<sup>212</sup> Na rozdíl od Kahna tak přiznává funkci pramene práva pouze sporným pramenům, které ovšem zákonitě vycházejí z norem obdobných, jak jsou chápány v Kahnově skupině nesporných pramenů.

### II.3.4 Transnacionální směr

Transnacionální směr byl v roce 1956 zpropagován Jessupem<sup>213</sup>, který takto nazýval právo překračující hranice států. Jessup vycházel z uchopení práva podle Scelleho a z chybnosti (nedostatečnosti) pojmu „mezinárodní právo“, neboť tato univerbizace navazuje dojem cílenosti pouze na státy (národy).<sup>214</sup> Bonell popisuje *lex mercatoria* jako „mezinárodně spojené státní právo, nikoli jako právo svébytné“.<sup>215</sup>

Scelle pro transnacionalismus používá pojem „*droit des gens*“, čili právo osob. Právo osob odbourává vázanost na národ a využívá osobní status bez ohledu na existenci umělých politických hranic.<sup>216</sup> Představuje tak vizi existence jednoho mezinárodního ústavního pořádku, který se vztahuje na všechny jednotlivce.<sup>217</sup> Jessup poté rozšířil tento přístup a do této vize zahrnul všechny adresáty práva, nikoliv pouze jednotlivce.<sup>218</sup> Jessup argumentuje, že právo překračující hranice států cílí na vztahy mezi subjekty práva<sup>219</sup>, členy globální neohraničené komunity, bez ohledu na jejich faktickou úroveň<sup>220</sup>. Ačkoliv byl Jessupův termín myšlen obecně pro veřejnoprávní i soukromoprávní regulaci, nejvíce se ujal v právu mezinárodního obchodu.<sup>221</sup>

<sup>212</sup> PAULSSON, J. La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage C.C.I. *Trans-Lex* [online]. S. 82, 98–99 [cit. 19. 4. 2020]. Dostupné z: <https://www.trans-lex.org/127800>

<sup>213</sup> Pojem „transnacionální“ či „transnacionalismus“ byl již dříve užit McDougalem, Johnsnem, Corbettem nebo Nussbaumem. Viz JESSUP, P. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, s. 1.

<sup>214</sup> SCELLE, G. *Précis de droit des gens: principes et systématique*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932, 312 s.

<sup>215</sup> RŮŽIČKA, K., POLÁČEK, B., NOVÁK, R., DOSTALÍK, P. *Vliv římského práva na vybrané instituty práva mezinárodního obchodu*. Praha: Wolters Kluwer, 2018, s. 14.

<sup>216</sup> KASIRER, N. A Reading of Georges Scelle's *Précis de droit des gens*. *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International*. 1987, roč. 24, s. 379.

<sup>217</sup> *Ibid.*, s. 380.

<sup>218</sup> JESSUP, P. *Transnational Law*. New Haven: Yale University Press, 1956, s. 2.

<sup>219</sup> KASIRER, N. A Reading of Georges Scelle's *Précis de droit des gens*. *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International*. 1987, roč. 24, s. 379.

<sup>220</sup> Národní, mezinárodní, nadnárodní, supranárodní či jiné.

<sup>221</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 45.

V pojetí Kegela má transnacionalismus za cíl překonat tradiční Savygniho (kontinentální) kolizní řešení situací s absolutním mezinárodním prvkem<sup>222</sup>. Specificky jej pak popisuje jako přístup k vytvoření nového hmotného práva s věcnou působností pro situace se střetem státních právních řádů. Náhled autorů na takto vznikající hmotné právo je možno dělit na dvě skupiny. První zastávají názor rozvoje *nového lex mercatoria* jako jednotného práva mezinárodního obchodu. K tomuto proudu by v náhledu *nového lex mercatoria* patřil Goldman nebo Schmitthoff. Druhá část autorů trvá na formaci a vzniku takového hmotného práva pouze v případech neuspokojivého výsledku aplikace státních norem určených na základě kolizních norem, ať už se jedná o nové normy hmotného práva, nebo o normy komparativně určené na základě existujících státních hmotných norem.<sup>223</sup>

Langen naopak nehovoří o souboru nově vzniklých hmotných norem.<sup>224</sup> Za transnacionální právo považuje ty normy, které platí stejně (nebo materiálně obdobně) pro situace podřaditelné pod dva a více právních řádů. Dle Langena se jedná o postup soudu a výběr norem v případech explicitní, tacitní nebo konkludentní volby transnacionálního práva. Skutkový stav je primárně zkoumán z pohledu *lex fori*, následně jsou účinky plynoucí z *lex fori* porovnávány s účinky podle dalších aplikovatelných rozhodných práv. V případě slučitelnosti<sup>225</sup> zjištěných závěrů je aplikováno primární právo *lex fori* s odkazem na další aplikovatelná rozhodná práva pro vystavění argumentu přesvědčivosti. V případě nesouladu řešení podle *lex fori* a dalších právních řádů musí soud identifikovat sporné otázky a nalézt rovnovážné řešení. V tomto případě se nejedná o aplikaci cizího práva, nýbrž pouze o aplikaci jiných národních norem v mezích dispozitivních norem *lex fori*.<sup>226</sup> Tuto „pracovní“ metodu<sup>227</sup> je možné považovat za komparativní nalézání práva.

222 V české právní nauce se jedná o situace se objektivním vztahem k více právním řádům. Daná situace je poté těžko nebo vůbec lokalizovatelná. S přihlédnutím k rozvoji elektronizace se tyto situace vyskytují v dnešní době s větší frekvencí, viz decentralizované sítě a uzavírání smart contracts.

223 ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 46–47.

224 LANGEN, E. *Transnational Commercial Law*. Leiden: A. W. Sijthoff, 1973, 280 s.

225 Nikoliv absolutní, nýbrž v mezích uspokojivého výsledku.

226 ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 47.

227 *Ibid.*, s. 45.



Langen tedy svojí metodou odbourává vázanost kolizního řešení na určitý státní právní řád, i fixaci na autonomní *nové lex mercatoria* ve Schmitthoffově pojetí. Obchodní závazkový vztah s mezinárodním prvkem není ani domestikován, ani odtržen od faktické existence národních práv<sup>228</sup>, a k řešení jsou hledány obecné zásady společné dotčeným právním řádům.

## II.4 Třetí fáze vývoje *lex mercatoria*

Milníkem 90. let 20. století, zejména vydáním *Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT* a *Principů evropského smluvního práva*, dochází k přerodu *nového lex mercatoria* do třetí fáze soudobého vývoje. Tuto transformaci provází změna *nového lex mercatoria* z amorfního, flexibilního soft law na kodifikovaný soubor norem s upevněním institucionalizovaných rozhodčích soudů, charakteristicky odpovídajících národním soudům.<sup>229</sup> Třetí fáze bývá charakterizována jako vzdání se určitých výhod *nového lex mercatoria* ve prospěch přijetí formy obdobné státnímu právu – kodifikace.<sup>230</sup>

Soukromé hmotněprávní regulace začínají v této době vznikat z důvodu rigidního přístupu státní legislativy ke změnám (ne)reagujícím na vývoj mezinárodního obchodu.<sup>231</sup> UNCITRAL, ICC, UNIDROIT, IBA (*International Bar Association*) nebo ISDA (*International Swaps and Derivatives Association*) převzaly roli privátních normotvůrců<sup>232</sup> a reagují na potřeby určitých obchodních skupin (obdobně jako představoval Ehrlich). Tyto organizace nejenom vydávají soubory norem, ale poskytují také standardní doložky, u kterých je zaručena interpretační jistota (arbitrážní doložky, *hardship*, *force majeure*) nebo výkladová stanoviska a digesta<sup>233</sup>.

<sup>228</sup> ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu*. Brno: Masarykova univerzita, 1994, s. 47.

<sup>229</sup> JOHNSON, V.M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 151.

<sup>230</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 457 a 462.

<sup>231</sup> BERGER, K.P. The Lex Mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles. *Trans-Lex* [online]. Para. 56 [cit. 16. 4. 2020]. Dostupné z: [https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8)

<sup>232</sup> V angličtině nazývané jako „formulating agencies“ viz *ibid.*, para. 55; MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 457.

<sup>233</sup> UNCITRAL of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2016 Edition. *UNCITRAL* [online]. 2016, 571 s. [cit. 27. 3. 2022]. Dostupné z: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg\\_digest\\_2016.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cisg_digest_2016.pdf)

Ve vzestupné samoregulaci je v diki těchto soukromých subjektů možné pozorovat tendence k reprodukci práva, nikoliv k jeho přímé tvorbě. Reprodukce práva se legitimuje na základě tzv. přístupu „creeping codification“.<sup>234</sup> Soukromé subjekty nemají snahu vytvářet zcela nové hmotněprávní normy *lex mercatoria*. Jejich cílem je vytváření kodifikovaných souborů norem reflektujících již existující nastavení mezinárodního obchodu.<sup>235</sup> Třetí fáze *lex mercatoria* tak není v rukou zákonodárce (ať již státního nebo nestátního), nýbrž v rukou samotných adresátů práva a jejich podvolení se mezinárodní arbitráži, s přihlédnutím k dalším pramenům práva, se kterými je soudní a arbitrážní praxe komparována.<sup>236</sup>

Výhodou třetí fáze *lex mercatoria* je neformální reakce práva na realitu mezinárodního obchodu parciální kodifikací, která není svázána rigiditou národních právních řádů regulujících veškeré vztahy svých adresátů. Tento postup je označován jako nekončící proces z důvodu opakované (a nutné) reakce soudní a arbitrážní praxe na obchodní realitu.<sup>237</sup>

Historicky bylo možné sledovat snahu o umožnění volby dílčích pramenů *lex mercatoria* za právo rozhodné i v soudním řízení.<sup>238</sup> K takové autonomii ovšem nikdy nedošlo.<sup>239</sup> Zároveň, primátem *lex mercatoria* v očích jeho proponentů bývá plná autonomie vůči státu. Tento znak ovšem ani třetí fáze *lex mercatoria* nenaplnuje, neboť arbitráž je stále závislá na národních soudech, ať se již jedná o uznání a výkon arbitrážních nálezů nebo pomocné funkce soudu k arbitráži.

<sup>234</sup> BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

<sup>235</sup> Příkladem mohou být Trans-lex Principy, které jsou podloženy jak komentářem, který legitimizuje princip samotný ve vydaném souhrnu, tak odkazem na reference. Uveřejnění principu jako součásti *lex mercatoria* je tedy výsledkem komparativního přístupu k soudním rozhodnutím, arbitrážním nálezům, doktrinárním přístupům, modelovým zákonům, národní legislativě, mezinárodním smlouvám a dalším všeobecně přijímaným principům.

<sup>236</sup> BERGER, K. P. The New Law Merchant and the Global Market Place – A 21st Century View of Transnational Commercial Law. *Trans-Lex* [online]. [cit. 13. 8. 2020]. Dostupné z: <https://www.trans-lex.org/2>

<sup>237</sup> BERGER, K. P. *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010, s. 218.

<sup>238</sup> Např. možnost volby Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT podle návrhu nařízení Řím I. Viz GRODL, L. *International Perspective on Party Autonomy in Contractual Choice of Law*. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2019, s. 43–47.

<sup>239</sup> Mimo modelové právo, např. Haagské principy volby práva v mezinárodních obchodních smlouvách. Viz GRODL, L. *International Perspective on Party Autonomy in Contractual Choice of Law*. Diplomová práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2019, s. 51–70.

Jak je popsáno výše, třetí fáze *lex mercatoria* je fází reprodukce obecně užívaného práva v mezinárodním obchodě do formy nadstátní kodifikace. Proponenty této fáze jsou (zejména v kontinentálním prostředí) Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva a Trans-lex Principy formulované *Center for Transnational Law* u Právnické fakulty Univerzity v Kolíně nad Rýnem.

**Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT**<sup>240</sup> jsou připraveny experty z většiny oblastí světa a představují soukromé přepracování<sup>241</sup> smluvního práva, které bylo<sup>242</sup> podpořeno ze strany UNCITRAL.<sup>243</sup> UNCITRAL se vyjádřil, že Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT představují obecná pravidla mezinárodních obchodních smluv a měly by sloužit jako rozhodné právo v případě explicitní volby nebo v případě volby *lex mercatoria*.<sup>244</sup> Zároveň také uvedl, že Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT mohou být použity k doplnění a interpretaci mezinárodních unifikačních smluv nebo státního práva.<sup>245</sup> Výhodou Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT je především jejich obecnost, kdy na rozdíl od jiných instrumentů regulujících určitý typ smluvního vztahu<sup>246</sup> nebo určité právní otázky<sup>247</sup> regulují Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT mezinárodní obchod v celé šíři. Oproti státnímu právu jsou Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT doplněny o komentáře k jednotlivým ustanovením, které jsou podpořeny rozhodovací praxí. Komentáře, včetně odkazů na rozhodovací praxi, jsou pak považovány za integrální část Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT.<sup>248</sup> Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT jsou bez odkazů na terminologii jednotlivých států určené pro univerzálně jednotnou interpretaci (autonomní výklad).<sup>249</sup>

<sup>240</sup> ROZEHNALOVÁ, N., STŘELEK, K. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, *lex mercatoria* a odvaha k aplikaci. *Časopis pro právní vědu a praxi*. 2004, roč. 12, č. 1, s. 48–55.

<sup>241</sup> Lepším termínem je anglické „restatement“.

<sup>242</sup> Ve verzi z roku 2010, přičemž nejnovější verzi je přepracovaná verze z roku 2016.

<sup>243</sup> UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-Fifth session (25 June – 6 July 2012)*. New York: United Nations, 2012, s. 41–42.

<sup>244</sup> *Ibid.*

<sup>245</sup> *Ibid.*, s. 41–42.

<sup>246</sup> Např. Vídeňská úmluva, URDG 758, FIDIC.

<sup>247</sup> Např. INCOTERMS.

<sup>248</sup> BONELL, M. J. The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*. 2018, roč. 23, č. 1, s. 21.

<sup>249</sup> BONELL, M. J. *An International Restatement of Contract Law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, s. 65–68.

V případech, kdy prameny (ze kterých je při tvorbě Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT vycházeno) regulují právní otázku rozdílně, je zvolen „better-rule“ přístup k určení nejhodnějšího způsobu řešení s ohledem na přeshraniční charakter věcné působnosti Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT tedy zakotvují jak common law, tak civil law přístup,<sup>250</sup> nicméně s funkčním omezením na mezinárodní obchodní smluvní právo.<sup>251</sup> O kvalitě ustanovení Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT hovoří rovněž jejich reflexe v novelách státního práva, např. § 2224 francouzského občanského zákoníku, který přejal úpravu promlčecí lhůty ze Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT z roku 2004.

**Principy evropského smluvního práva** jsou soubor právních norem, vydaný Komisí pro evropské smluvní právo<sup>252</sup>, jejíž práce započala na začátku 80. let 20. století. První část Principů evropského smluvního práva (plnění závazku, porušení smluvního závazku a nároky z porušení smluvního závazku) byla publikována v roce 1995. Druhá část (vznik, platnost, výklad a obsah smluv a zmocnění zmocněnce zavázat zmocnitele) byla publikována v roce 1999. Třetí část (pluralita stran, postoupení pohledávek, změny závazku, započtení, nezákonnost, smluvní podmínky) byla publikována v roce 2003. Principy evropského smluvního práva, stejně jako Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, obsahují komentáře a odkazy na prameny, ze kterých bylo při tvorbě Principů evropského smluvního práva vycházeno. Principy evropského smluvního práva měly také sloužit primárně jako návrh „evropského občanského zákoníku“<sup>253</sup>, který ovšem do dnešního dne nebyl vytvořen.

<sup>250</sup> Dichotomie rozlišení na common a civil law je silně zjednodušující už pouze z pohledu na rozdílnost jednotlivých složek. V common law bychom mohli rozlišovat přístup anglický, americký a post-koloniální vývoj v asijských zemích. V civil law můžeme naopak sledovat vývojové větve římské a německé. Viz BONELL, M.J. The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the UNIDROIT Principles. *Uniform Law Review*. 2018, roč. 23, č. 1, s. 23.

<sup>251</sup> JOHNSON, V.M. Codification of the Lex Mercatoria: Friend or Foe. *Law and Business Review of the Americas*. 2015, roč. 21, č. 2, s. 160.

<sup>252</sup> Tato komise nemá funkční spojitost s Evropskou unií ani jinou mezinárodní organizací. Komise byla předsedána O. Landoem a složena z 22 členů ze zemí Evropské unie. Evropská unie částečně financovala komisi a její činnost. Členové komise mají být nezávislí na státu původu a jejich cílem je vytvořit nepřiléhavější normy evropského smluvního práva. Komise byla také podporována ze strany Evropské komise. Viz LANDO, O. A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles. *Uniform Commercial Code Law Journal*. 2004, roč. 37, č. 2, s. 5–7.

<sup>253</sup> Tato tendence i zamýšlení je reflektováno i v recitálu 14 nařízení Řím I.

Zatímco Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT reflektují právo vyspělých států světa, Principy evropského smluvního práva se omezují na státy EU. Ani jeden tedy nereflakuje pouze právo jednoho státu, naopak čerpají z celé širé pramenů státních práv. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT čerpají i mimo hranice Evropské unie a inspirují se i v americkém *Uniform Commercial Code* nebo druhém *Restatement of the Law*.<sup>254</sup> Některá ustanovení soukromoprávních kodifikací pak představují normy nevyskytující se v žádném ze státních práv, neboť regulují smluvní vztahy s přeshraničním prvku lépe než existující státní normy. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT a Principy evropského smluvního práva byly zároveň vyvíjeny paralelně a v mnoha ohledech se navzájem ovlivňují.

**Trans-lex principy** jsou „*kontinuální systematická kodifikace*“<sup>255</sup> zásad reagujících na častý argument nemožnosti kolizního určení *lex mercatoria* z důvodu nesrozumitelnosti jeho obsahu. Trans-lex principy jsou popisovány jako neúplný a otevřený seznam zásad a pravidel *lex mercatoria*, který je neustále aktualizován, přičemž není nikdy dokončen.<sup>256</sup>

Trans-lex principy aktuálně obsahují více než 130 základních zásad *lex mercatoria* podpořených prameny, mezi které patří „*mezinárodní arbitrážní nálezy, státní právo, soudní rozhodnutí, mezinárodní úmluvy, soft law včetně mezinárodních přepracování smluvního práva, standardní formuláře smlouvy a smluvní doložky převzaté z mezinárodních jednorázových smluv, obchodních praktik a zvyklostí a akademické zdroje*“<sup>257</sup>. Hlavním podkladem pro tvorbu těchto zásad je komparace státních právních řádů,<sup>258</sup> Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, Principy evropského smluvního práva a rozhodčí praxe. Reflexe Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva znamená, že Trans-lex

<sup>254</sup> Reflexe amerického nastavení např. ve člancích 1.8, 2.1.4, 2.1.11, 2.1.17–2.1.18, 2.2.4, 4.8, 7.3.4, 9.1.9 Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a 2:105–2:106, 2:202, 2:208, 6:102, 8:105, 11:301 Principů evropského smluvního práva. Viz LANDO, O. A Vision of a Future World Contract Law: Impact of European and UNIDROIT Contract Principles. *Uniform Commercial Code Law Journal*. 2004, roč. 37, č. 2, s. 6.

<sup>255</sup> STŘELEČEK, K. *Nestátní prostředky v mezinárodní obchodní arbitráži – systémový pohled*. Brno: Masarykova univerzita, 2005, s. 18.

<sup>256</sup> BERGER, K.P. The Lex mercatoria (Old and New) and the TransLex-Principles. *Trans-Lex* [online]. Para. 66 [cit. 16. 4. 2020]. Dostupné z: [https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles\\_ID8](https://www.trans-lex.org/the-lex-mercatoria-and-the-translex-principles_ID8)

<sup>257</sup> *Ibid.*, para. 63.

<sup>258</sup> Zejména těch z jurisdikcí, kde se přirozeně prolíná common a civil law, např. Quebec, Skotsko.

principy jsou komparací již komparovaného.<sup>259</sup> Trans-lex principy také obsahují komentář a zdroje, ze kterých byla daná zásada *lex mercatoria* odvozena. Všechny tři soukromoprávní kodifikace obsahují právní pravidla, komentář k pravidlu a odkaz na prameny, ze kterých bylo při tvorbě pravidla vycházeno. Čím se od sebe liší je forma novelizace kodifikace. **Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT** jsou přijaty v podobě jasných kodifikací, které jsou v čase neměnné. Nové normy Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT mohou být přijaty pouze formou aktualizovaných přepracování (obdobně jako INCOTERMS doložky) a jejich podoba podléhá formálnímu hlasování členů UNIDROIT. **Principy evropského smluvního práva** je možné měnit pouze formálním postupem změny jejich obsahu skrze další zasedání vlastní komise. **Trans-lex principy** jsou neustále se vyvíjejícím soukromým seznamem, který nepodléhá žádnému přezkumu.

Obsah Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT a Principů evropského smluvního práva je tedy pevně daný a je možné poměřovat nové verze se starými. Trans-lex principy naopak mohou doznat změny v době mezi kontraktací smlouvy a aplikací daných zásad na meritum sporu, přičemž neexistuje formálně závazná možnost reflektovat stav poznání v době kontraktace.

Uvedené soubory kodifikací *lex mercatoria* bývají ze strany ICC označovány za integrální nebo dokonce za jediný zdroj.<sup>260</sup> ICC hodnotí Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT jako odraz obecných právních pravidel a zásad platných pro smluvní závazky<sup>261</sup>, zejména s ohledem na jeho východiska

<sup>259</sup> ZIMMERMANN, R. Reflections on a European Law Institute: Based on the Proceedings of the Florence Conference. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2010, č. 4, s. 722.

<sup>260</sup> GÉLINAS, F., MARRELLA, F. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts in ICC Arbitration-Introduction and Preliminary Assessment. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 26–32.

<sup>261</sup> Nález ICC č. 7110 z roku 1995. – Partial 7110. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 47; Nález ICC č. 7335 z roku 1996. – ICC International Court of Arbitration, Paris 7375. *UNILEX* [online]. [cit. 27. 2. 2021]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=625>; Nález ICC č. 8261 z roku 1996. – ICC International Court of Arbitration, Paris 8261. *UNILEX* [online]. [cit. 12. 2. 2021]. Dostupné z: <http://www.unilex.info/principles/case/624>; Nález ICC č. 8331 z roku 1996. – Final 8331. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 65–68; Nález ICC č. 8502 z roku 1996. – Final 8502. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1999, roč. 10, č. 2, s. 72–74; nebo Nález ICC č. 8503 z roku 1996. – UNIDROIT. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts/Principes D'unidroit Relatifs aux Contrats Du Commerce International*. *Uniform Law Review*. 2000, roč. 5, č. 4, s. 824–825.

vyplývající ze samotné arbitrážní praxe<sup>262</sup>. Zároveň tyto kodifikace přidávají na legitimitě *lex mercatoria*, neboť napomáhají uniformní aplikaci obecných zásad *lex mercatoria* na mezinárodní úrovni.<sup>263</sup>

Pro uchopení transnacionálnosti *lex mercatoria* je zajímavější sledovat posun od abstraktních zvyklostí, zásad a principů bez jednotného formujícího zdroje ke kodifikovaným normativním souborům právních pravidel vznikajících mimo legislativní činnost státu (viz třetí fáze *lex mercatoria*). Stranou zájmu pro tuto chvíli zůstanou některé klasické prameny *lex mercatoria* jako jsou obchodní termíny nebo standardizované obchodní podmínky. Vynecháváme je v tuto chvíli z dosahu našeho zájmu, neboť právě tyto prameny způsobují v praxi nejmenší aplikační problémy a i pozitivní právo umí na hmotněprávní úrovni s těmito prameny pracovat. Je nutné přijmout fakt, že právní pravidla pramení z různých právních systémů, obecněji z různých právních zdrojů.<sup>264</sup> Tyto prameny jsou různé co do původu, povahy a konkrétnosti.

## II.5 Dílčí závěr

Je evidentní, že obecně přijímaný pojem *lex mercatoria* přináší více problémů než užitku. Již jeho počátek je spojován se vznikem z různých přístupů, které, ač v mnoha ohledech sdílely podobný základ, v dalších se rozcházejí. Jedno je společné, *lex mercatoria* jakékoliv fáze je uváděno jako jasný důkaz spontánního vývoje do jisté míry (dle fáze, autora i reflexe nutnosti jej posuzovat s ohledem na pozitivní právo) autonomních norem v oblasti mezinárodního obchodu.<sup>265</sup>

První fázi *lex mercatoria*, často prezentovanou jako přímého původce dalších stupňů vývoje, je nutno odlišit od dalších fází vývoje. Středověké *lex mercatoria* vznikalo více či méně nezávisle na panovníkovi, byť s jeho posvěcením.

<sup>262</sup> Nález ICC č. 9797 z roku 2000. – Final 9797. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 2001, roč. 12, č. 2, s. 89.

<sup>263</sup> MOSES, M. L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 69.

<sup>264</sup> GAILLARD, E. Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? *Arbitration International*. 2001, roč. 17, č. 1, s. 61.

<sup>265</sup> BENSON, B. L. The Spontaneous Evolution of Commercial Law. *Southern Economic Journal*. 1989, roč. 55, č. 3, s. 644 a 646–651; GREIF, A., MILGROM, P., WEINGAST, B. R. Coordination, Commitment, and Enforcement: The Case of the Merchant Guild. *Journal of Political Economy*. 1994, roč. 102, č. 4, s. 745–749.



Počátek vzniku *lex mercatoria* je možné spatřit v úpravě procesních přístupů k určité skupině osob – obchodníků, přičemž až posléze dochází k uchopení hmotněprávního charakteru středověkého *lex mercatoria*. Charakteristikou první fáze *lex mercatoria* je vágnost, bezmeznost a transnacionalismus. *Lex mercatoria* nebylo právním řádem, naopak se jednalo o práva vtělená osobám vystupujícím v obchodních vztazích, kdy tato práva měla privilegované postavení nad ostatními zvyky.

Středověké *lex mercatoria* se postupem času vyvinulo v soubor obecných zvyků, které byly uznávány, aniž by byly právem jednoho státu. Středověké *lex mercatoria* je možné považovat za nadnárodní (nebo lépe transnacionální), vznikající mimo stát, ovšem neodpoutané od státního práva, neboť pouze skrze národní právo mu mohl být dán jeho efekt.

S počátkem 20. století byl koncept středověkého *lex mercatoria* využit pro vystavění „světového práva“ jako norem obyčejového práva společného vyspělým národům. Tyto úvahy ovšem nebyly dále rozpracovány z důvodů směřování 20. století k unifikacím. Počáteční názory Goldmana, Goldštajna a Schmitthoffa byly rozpracovány a někteří autoři konečně teoreticky přiznávají *novému lex mercatoria* pouze interpretační funkci. Akademické proudy poté inklinují k více či méně silné propagaci autonomie vůle jako maxima *lex mercatoria* a dále směřují k jeho aplikaci na vznikající soukromoprávní vztahy. Zároveň dochází k širokému spektru popisu závislosti *nového lex mercatoria* na státní právo a vymezení hierarchických úrovní funkčních, vnitřních i vnějších vztahů.

Představené přístupy byly často nepřizpůsobeny pozitivnímu pojetí práva. Názory ohledně samoregulačního charakteru soukromoprávních smluv, nepatřících pod žádné státní právo, a fungujících jako pobídka pro vznik a změny nestátního souboru práva, jsou v dnešní době odmítány. Naopak, některá právně-sociologická východiska představené Ehrlichem, zejména fakticita existence primární regulace skrze státní právo s vnitřní regulací zájmových skupin, nebo existence formálních zdrojů právní úpravy mimo státní právo, přetrvávají do dnešní doby.

Již v druhé fázi vývoje *lex mercatoria* existovaly názory odmítající samotnou existenci *nového lex mercatoria*. Odůvodněním negativního postoje byl názor, že ačkoliv využití pojmu „*lex*“ determinuje tento souhrn norem k charakteru

práva, komparativní metodou bylo vyvozeno, že obsah se skládá pouze z nepředvídatelných obecných principů. Ačkoliv jsou tyto názory Mustilla vykládány opačně, než byly zamýšleny, jeden z pilířů je aplikovatelný do dnešního dne – soukromoprávní transnacionalismus a *lex mercatoria* nejsou synonyma, nýbrž dva různé pojmy, které jsou odlišně chápány v litigaci a arbitráži. Ačkoliv Mustill zakládal své odmítnutí Goldmanova pojetí *nového lex mercatoria* na základech neexistence důvodu pro aplikační primát *nového lex mercatoria* vůči národnímu právu, je otázkou, zda takový důvod neexistuje v dnešní době. Globalizační charakter dnešní doby napomáhá uvolnění striktního odlišení různých forem práva. Mustill argumentoval vnitřním nesouladem v Goldmanově pojetí *nového lex mercatoria*, kdy ono nebylo nadstátním právem, nýbrž nestátním právem postaveným na roveň právu státnímu. V případech sporu, kdy je meritum věci možné subsumovat pod *nové lex mercatoria*, měla být dána aplikační přednost právě nestátnímu právu. Ač se toto v dané době jeví jako nepředstavitelné, dnešní doba efekt koexistence různých právních řádů s funkčním určením aplikační přednosti zná a obecně uznává z důvodu delegace pravotvorné moci na mezinárodní organizace.<sup>266</sup>

Je tedy evidentní, že ani v době druhé fáze *lex mercatoria* nebyl zakotven jeho přesný rozsah, prameny nebo aplikace.

Transnacionalismus, jako směr *nového lex mercatoria*, se poté orientoval na veškeré právní vztahy, nikoliv výlučně na ty obchodní. Největší aplikace se transnacionalismus ovšem dočkal právě v obchodních vztazích. Objektivně nej přijatelnější přístup k transnacionalismu představil Langen, který užívá komparativní metodu zkoumání dotčených právních řádů a jejich následnou aplikaci v mezích dispozitivních norem *lex fori*.

Třetí fáze *lex mercatoria* se pak vyznačuje přesunem od nabourávání hranic pozitivního státního práva k nadstátním kodifikacím a mezinárodní arbitráži

<sup>266</sup> Např. rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 7. 1964, *Flaminio Costa proti E.N.E.L.*, C-6/64; rozsudek Soudního dvora ze dne 17. 12. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH proti Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70; rozsudek Soudního dvora ze dne 9. 3. 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato proti Simmenthal SpA*, C-106/77; rozsudek Soudního dvora (šestého senátu) ze dne 13. 11. 1990, *Marleasing SA proti La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, C-106/89. Také KWIECIEŃ, R. The Primacy of European Union Law Over National Law Under the Constitutional Treaty. In: DANN, P., RYNKOWSKI, M. (eds.). *The Unity of the European Constitution. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*. Berlin: Springer, 2006, s. 67–86. Také ale např. i právo Světové obchodní organizace.

s některými charakteristickými rysy soudního řízení. Od spontánní tvorby práva se třetí fáze *lex mercatoria* přesunula k reprodukci obecných zásad a standardizovaných norem vyplývajících z práv vyspělých národů.<sup>267</sup>

Třetí fáze *lex mercatoria* se také vyznačuje zvýšením legitimního očekávání, neboť je to právě subjekt práva, který vědomě podřazuje svůj vzniklý nebo vznikající vztah pod *lex mercatoria*, např. volbou Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, a následnou derogací obecného sudiště s preferencí mezinárodní arbitráže.

Ačkoliv by se mohlo zdát, že tento vývoj odůvodní vyšší míru legitimacy *lex mercatoria*, tento fakt není empiricky podpořen. Naopak, ústup *lex mercatoria* je předpokládán právě z důvodu jeho přiblížení k formě, v jaké existuje státní právo.<sup>268</sup> Fassberg uvádí, že atraktivita *lex mercatoria* je právě v jeho diferenciaci od státního práva. V případech, kdy *lex mercatoria* samo zakládá podobnosti se státním právem, ztrácí kompetitivní výhody.<sup>269</sup>

Nesporným faktem zůstává, že ač spojováno do lineárního historického vývoje, první a třetí fáze vývoje *lex mercatoria* na sebe nenavazující v chronologickém smyslu. Ačkoliv obě fáze sdílí přesah vůči státnímu právu, nesdílí vnitřní diferenciaci. Středověké *lex mercatoria* reflektovalo třídní rozdíly mezi subjekty práva, zatímco třetí fáze *lex mercatoria* reflektuje funkční rozdíly ve společnosti.<sup>270</sup>

<sup>267</sup> STONE SWEET, A. The New Lex Mercatoria and Transnational Governance. *Journal of European Public Policy*. 2006, roč. 13, č. 5, s. 634.

<sup>268</sup> FASSBERG, C.W. Lex Mercatoria – Hoist with Its Own Petard? *Chicago Journal of International Law*. 2004, roč. 5, č. 1, s. 67–82.

<sup>269</sup> MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 462.

<sup>270</sup> TEUBNER, G. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, G. (ed.). *Global Law Without a State*. Dartmouth: Brookfield, 1997, s. 3; MICHAELS, R. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. 2007, roč. 14, č. 2, s. 466.