

POLEMIKA

Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT,
lex mercatoria a odvaha k aplikaci

Naděžda Rozehnalová, Karel Střelec*

1. ÚVOD

Tato stať autorů z katedry mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty MU v Brně vznikla jako reakce na úvahu I. Telce uvedenou v Právniku č. 4 z roku 2003. Autoři pociťují nutnost se vyjádřit k některým tam uvedeným myšlenkám či závěrům. A to z řady důvodů.

Prvým z nich je „obrana“ českých autorů z oblasti

mezinárodního práva soukromého a obchodního. Zmíněná úvaha, mimochodem naprosto nevsímavá k existujícím studiím a článkům v české literatuře, navozuje dojem novosti tématu a neexistence diskuse o problematice v české právní vědě. Naprostý opak je však pravdou. Od prvního kongresu ILA v roce 1962 v Londýně, kde C. M. Schmitthoff „vyhlásil“ nové lex mercatoria, se objevovaly úvahy či zamyšlení nad otázkami existence, příp. aplikace práva vytvořeného mimo

* Doc. JUDr. Naděžda Rozehnalová, CSc., Katedra mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

JUDr. Karel Střelec, Katedra mezinárodního a evropského práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, Brno

¹ KALENSKÝ, P.: Zpráva o kolokviu AISJ, Londýn 1962, Časopis pro mezinárodní právo, č. 1, 1963. Názory vyjadřující se negativně k samotnému jevu: zejména KNAPP V., jako jeden z generálních zpravodajů, viz informace uvedená v KALENSKÝ, P.: c.d. 1, dále negativně KANDA, A.: Charakteristika a tendence právní úpravy mezinárodního obchodního styku, Studie z mezinárodního práva, č. 20, Praha, 1986, s. 181 a násl.; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé, Doplněk Brno, 1994, s. 206; podobně i Kučera in: KUČERA, Z., PAUKNEROVÁ, M., RŮŽIČKA, K., ZUNT, V.: Úvod do práva mezinárodního obchodu, Plzeň, 2003, s. 20 a násl. Autoři

stát či státy.¹ I když se nezabývaly přímo Zásadami mezinárodních smluv UNIDROIT (z důvodu doby jejich vzniku), zabývaly se problémy existence a aplikace souboru právních pravidel nestátního původu a je z nich možné řadu odpovědí či úvah i pro aplikaci samotných Zásad dovodit. Práce z devadesátých let samozřejmě reagovaly na problematiku Zásad či nově na problematiku Principů evropského smluvního práva.

Další důvod je vybrán z oblasti pedagogické. Na ní lze dokumentovat dlouhodobou pozornost věnovanou nejenom problematice Zásad mezinárodních smluv UNIDROIT, ale teorii lex mercatoria jako celku. Prakticky všechny učebnice používané na českých právnických fakultách a týkající se oblasti mezinárodního práva soukromého a obchodního se z různých pohledů zabývají koncepcí lex mercatoria (či transnacionálního práva mezinárodního obchodu) anebo přímo Zásadami mezinárodních smluv UNIDROIT.² A nutno uvést, že přístup k tomuto jevu je – jak uvidíme dále – sice kritický, ale ne ve všech případech zcela odmítavý. Právě naopak. Opět na mateřské fakultě autorů je daná problematika přímo zařazena do osnov obou povinných předmětů (mezinárodní právo soukromé a mezinárodní právo obchodní) a je pravidelným tématem diplomových, rigorosních či doktorských prací. Byla i tématem habilitační práce jednoho z autorů, a je současným tématem doktorské práce druhého. Prostor k úvahám zde již existuje po delší období. I když závěry zjevně nenaplnují představy autora statě, nelze je přehlížet.

Je skutečností, že oba autoři, i když patří spíše k zastáncům existence lex mercatoria jako do jisté míry uceleného, obsahově předvídatelného souboru právních pravidel vzniklých mimo stát či státy a schopných být oním lege contractus nadaným schopností regulovat závazkový vztah a způsobilým k řešení vzniklých sporů, slovy autora článku skutečně „zatuhi“ v pozitivistické a etatické pozici. Důvod, a ještě se k němu vrátíme, je zjevný. Pokud zvažujeme aplikaci lex mercatoria v rámci mechanismů mezinárodního práva soukromého (a pro řízení před obecnými soudy nelze jinak), potom nelze nebýt etatistou a pozitivistou. Opuštění těchto pozic je možné snad pouze v řízení před rozhodci, a to jen za určitých, poměrně vzácných podmínek. Nikoli ovšem tam, kde existuje nutnost aplikace norem mezinárodního práva soukromého.

Skutečností současně je, že hledání lex mercatoria v rámci rozhodčího řízení jako hledání práva regulačního vztah mezinárodních obchodníků tak, jak k lex mercatoria přistupují někteří autoři, může být potom složitější než aplikace státního práva. S takovýmto přístupem mizí i regulační funkce práva, mizí i předvídatelnost a právní jistota stran. A ta právě u předmětu regulace – závazkových vztahů vzniklých ze smlouvy – hraje roli mimořádnou.

Nicméně, a vrátíme se k tomu i v závěru, chvalozpěvy na existenci celosvětového práva mezinárodních obchodníků, nezávislého na systémech práv států, vytvářejícího ono tertium genus, tj. právní systém vytvářený komunitou obchodníků a lišící se od vnitrostátního práva i mezinárodního práva, patří i ve světové literatuře hluboké minulosti let šedesátých uplynulého století.

Realitou třetího tisíciletí je v zásadě souhlas u části autorů z oblasti mezinárodního obchodu s existencí lex mercatoria ať už jako systému (resp. množinou) právních pravidel způsobilých regulovat soukromoprávní vztahy s mezinárodním prvkem či procesem hledání právních pravidel, a zkoumání pozice v řízení před soudy obecnými a rozhodčími, včetně komparativního zkoumání možných problémů s uznáním a výkonem rozhodnutí či rozhodčích nálezů postavených na lex mercatoria, resp. se zrušením rozhodčích nálezů. V takovém pragmatičtém pohledu sice lze být odpůrcem právního etatismu, lze stavět – což už je ovšem spíše minulostí – na přirozeném právu,³ či teorii právního pluralismu či dalších koncepcích odrážejících i přístup k „nestátnímu právu“,⁴ ale vyhnout se mu nelze. I práce vyzdvihující lex mercatoria a snažící se přitom oprostit od právního pozitivismu argumentují v závěru možnostmi danými k rozhodování sporu před rozhodci konkrétním zákonem či mezinárodní úmluvou připouštějící aplikaci lex mercatoria. Jejich závěry jsou současně konfrontovány s možnostmi uznání a nuceného výkonu rozhodnutí postavených na lex mercatoria.⁵

Proto je zde zařazena i kapitola týkající se vztahu lex mercatoria a mezinárodního práva soukromého. Ta nutně vychází z pozic etatického pozitivismu. Důsledné oproštění se od právního pozitivismu by muselo být totiž i oproštěním se od mezinárodního práva soukromého, jehož prostřednictvím stát připouští pro

jen upozorňující na jev: RŮŽIČKA, K.: in Úvod do práva mezinárodního obchodu, str. 38. Autoři této stati své názory průběžně prezentovali například in ROZEHNALOVÁ, N.: Transnacionální právo mezinárodního obchodu, MU Brno, 1994; ROZEHNALOVÁ, N.: Lex mercatoria – realita či fikce, Právník, 1998, č. 11, s. 932–952; ROZEHNALOVÁ, N.: The UNIDROIT Principles of the International Commercial Contracts and the Choice of Law, in: Freedom of Contract, MU Brno, 1995, s. 99–106; STŘELEČEK, K.: Lex mercatoria a právní regulace mezinárodního obchodu, České a evropské právo, 2002, č. 1–2.

² Pokud jde o v současnosti používané učebnice: KUČERA, Z., PAUKNEROVÁ, M., RŮŽIČKA, K., ZUNT, V.: c.d. 1; ROZEHNALOVÁ, N.: Právo mezinárodního obchodu, MU Brno, 2001; KUČERA, Z.: Mezinárodní právo soukromé, Brno, 1994.

³ GOLDMAN, B.: Frontières du droit et lex mercatoria, Archives de philosophie du droit, 1964, s. 177–192.

⁴ Reprezentativní a přehledný soubor názorů na lex mercatoria a její teoretická východiska: LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: Lex Mercatoria and Harmonization of Contract Law in the EU, Copenhagen, Djof Publishing, 2003, s. 104 a násl.

⁵ MANIRUZZAMAN, A. F. M.: The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? American Uniform International Law Review, 1999, str. 657 a násl.

rozhodování před svými orgány i aplikaci jiného než tuzemského práva.

Problematika samotných Zásad, které byly předmětem sledované úvahy, může být zkoumána z řady pohledů. Některé z nich zde rozvedeme. Zásady jsou pravidelně zasazovány do rámce zkoumání souboru norem nestátního původu a to ať již v podobě *lex mercatoria*, nebo transnacionálního práva mezinárodního obchodu. Proto považujeme za vhodné upozornit nejprve na tyto souvislosti. Na tuto otázku navazuje tam, kde je *lex mercatoria* považováno za systém práva či soubor právních pravidel problém aplikace. A to buďto aplikace Zásad jako součásti *lex mercatoria* nebo jen aplikace Zásad jako „osamocené“ souboru pravidel nestátního původu. Posledním momentem, který považujeme za vhodné vyjasnit je upozornění na vztah k jiným podobným souborům pravidel. Zde spíše jen proto, že tyto jiné soubory vznikly pro regulaci vnitrostátní, ne nutně mezinárodní. Což v rámci úvah uvedených ve statí by mohlo mít zajímavé důsledky.

2. ZÁSADY UNIDROIT A LEX MERCATORIA⁶

Otázka vztahu Zásad a *lex mercatoria* se stala aktuální poměrně nedávno. Zatímco sama teorie nestátního, transnacionálního práva mezinárodního obchodu byla hojně diskutována již od 60. let 20. století, kdy rozmanitý právně teoretický diskurs rozvinul Berthold Goldman svým článkem o charakteru společnosti spravující Suezský průplav⁷ a již zmíněný C. M. Schmitthoff deklaroval vznik nového *lex mercatoria*, Zásady samotné byly dokončeny až v roce 1994. Po jejich publikaci začala být tomuto souboru norem mezinárodního závazkového práva věnována velká pozornost. Značný podíl na tom měla jak nemalá propagační činnost samotného UNIDROIT na jehož půdě vznikly, tak myšlenková spřízněnost tvůrců Zásad s mnoha významnými osobami z řad mezinárodních rozhodců.

Vztah Zásad a koncepce nestátního práva mezinárodních obchodníků – *lex mercatoria* – se stal námětem dnes již zcela nesledovatelné řady článků a odborných studií. Přesto, nebo možná právě proto, není vztah těchto dvou pojmů jednoznačný. V rámci od-

borných diskusí se lze setkat s názory zcela protichůdnými. Považujeme proto za ne-li nezbytné, potom alespoň za velmi žádoucí, učinit k tomuto tématu několik stručných poznámek, které by mohly napomoci správnému a logicky konzistentnímu chápání uvedeného vztahu.

Náhledy na uvedenou problematiku se dají při určitém zjednodušení zařadit do následujících skupin:

1. Zásady jako jeden z pramenů nestátního práva mezinárodního obchodu, který však musí být striktně odlišen od *lex mercatoria*. S *lex mercatoria* nesouvisí a nemá nic společného. Tento názor je důsledkem zastávání koncepce *lex mercatoria* jako živelné, výlučně obyčejově vzniklého systému právních pravidel. Jedinou jeho součástí jsou tak mezinárodní obchodní obyčeje a zvyklosti. Nikoli normy vzniklé „uměle“. Sledování této myšlenkové linie je výrazem lpění na doktrinální čistotě *lex mercatoria* jako výrazu zcela spontánní normotvorby v rámci *societas mercatorum*. Tento názor nesleduje současnou realitu a potřeby praxe. Zastávání této pozice je dnes naprostou výjimkou a lze je považovat za archaismus.⁸

2. Zásady jako jeden z pramenů (některé koncepce hovoří o součástech) *lex mercatoria*, v zásadě rovnocenný s prameny jinými. Jde o poměrně rozšířený názor, který zohledňuje bohatost pramenů *lex mercatoria*, aniž by kterémukoli z nich přiznával dominantní postavení. Do této skupiny řadíme i názor, dle něhož je rozlišováno mezi transnacionálním právem mezinárodního obchodu jako systémem nestátního práva v širším slova smyslu a *lex mercatoria* jako jeho součástí obyčejové povahy. Důvodem, proč považujeme tento typ názoru do druhé skupiny je skutečnost, že z pohledu hierarchie norem a i aplikace práva jsou jednotlivé části rovnocenné.⁹

3. Zásady jako současná podoba *lex mercatoria*, tedy jeho dominantní, ne-li dokonce výlučný pramen. Tento názor není sice ojedinělý, ale stěží jej lze označit za převládající. Do značné míry odráží nadšení některých zastánců teorie *lex mercatoria*, které existence uceleného kodexu jednoznačně stanovícího práva a povinnosti smluvních stran, jakož i interpretační principy, zdánlivě zbavila obav z patrně nejdůležitější kri-

⁶ Jedním z problémů je i označení jevu. V jiné své práci autorka uvedla příklon k rozlišování jevu „transnacionální právo mezinárodního obchodu“ jako termín zahrnující jak složku živelnou, tak umělou, a termín „*lex mercatoria*“ zahrnující jen složku živelnou, obyčejovou. Nicméně v této krátké statí jsme úmyslně zvolili termín známější a srozumitelnější teorii i praxi. Blíže ROZEHNALOVÁ, N., *Lex mercatoria – fikce či realita?*, Právník, 1998, č. 10–11, s. 944 s odkazem na Goode, R., *Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*, I.C.L.Q., 1997, s. 35.

⁷ GOLDMAN, B.: *La Compagnie de Suez, Société Internationale*, Le Monde, 4. 10. 1956.

⁸ K tomu např. VAN HOUTTE, H.: *Les Principes UNIDROIT et l'Arbitrage Commercial International*, in: ICC (ed), *The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts – A New Lex Mercatoria?*, Paris, 1995. Autor rovněž poukazuje na častou námitku, že tvůrci Zásad často zdůrazňovali jejich transnacionální charakter a z něj vyplývající postavení pramene *lex mercatoria*, přičemž podle názoru kritiků rozhodnutí v této otázce nenáleží úzké skupině tvůrců kodexu. Směrodatná bude kontraktační a rozhodovací praxe.

⁹ ROZEHNALOVÁ, N.: c.d. 2.

tky směřující vůči existenci nestátního práva: kritiky poukazující na roztržičnost, nejednoznačnost a mezerovitost tohoto systému právních pravidel. Vznik Zásad se stal silným argumentem proti těmto kritikám. Nelze jej však v této souvislosti přeceňovat.¹⁰

Z pohledu většinových názorů sdílí Zásady mezinárodních smluv „aplikační osud“ lex mercatoria. Vhodnost takto rozšířeného zkoumání podporuje i fakt, že existuje řada jiných, původem obdobných norem jako jsou Zásady. Dokonce si lze o některých z nich dovolit říci, že jsou v praxi pravidelně využívány. Je potom vhodnější pojednávat o jevu jako celku. Současně, i když jsou Zásady diskutovány v teorii, není jejich úspěšnost v oblasti praktického použití nesporná. Nicméně Zásady, podobně jako Principy Evropského smluvního práva, mají šanci odstranit vágnost v obsahu lex mercatoria. Proto jsou praxí vítány. Nicméně se nezbavily ani kritiky. Ta poukazuje na „zakonzervování“ obsahu lex mercatoria a tím i zbavení jej základní výhody, kterou skýtají tato pravidla pro regulaci smluv.¹¹

Na druhé straně ovšem nelze zcela opomenout názory popírající existenci jakékoli souvislosti. V tomto případě je třeba se zabývat možností tzv. přímé aplikace Zásad, tj. aplikace postavené na roveň nikoli výběru právního řádu nebo uceleného souboru právních pravidel, ale přímého výběru konkrétního právního pravidla.

Na závěr je třeba uvést ještě jeden poznatek, který bude zmíněn ještě v jiných souvislostech. Stále je třeba si uvědomovat, že i když jsou Zásady v současnosti velmi diskutovaným tématem, není třeba jejich význam přeceňovat. Je-li celý systém lex mercatoria výrazně zaměřen na praxi, jsou-li pravidla ověřována praxí, je potom skutečností, že Zásady prozatím neprokázaly – mimo svého mimořádného sledování z řad tvůrců – jiné kvality. Literatura uvádí cca 40 případů použití. Což je ve srovnání např. s INCOTERMS či GAFTA podmínkami naprosto zanedbatelné.

3. LEX MERCATORIA A MEZINÁRODNÍ PRÁVO SOUKROMÉ

Vztah lex mercatoria a mezinárodního práva soukromého je mírně řečeno schizofrenní. Při uvědomění si toho, že lex mercatoria vznikla jako popření mezinárodního práva soukromého, jako reakce na nedostatky řešení jemu známými metodami, je paradoxní, že dříve či později hledají příznivci lex mercatoria argumenty pro jeho aplikaci v kolizních normách (volba práva je institutem mezinárodního práva soukromého, jde o hraniční určovatel v kolizní normě) či vůbec v úvahách na úrovni mezinárodního práva soukromého.

Důvod je zřejmý. Minimálně v dosahu kontinentálního práva přijetí Římské úmluvy o právu rozhodném pro smlouvy rozbilo možné úvahy o přímé aplikaci lex mercatoria bez norem kolizních, a samozřejmě vyloučilo jiné přístupy k právní regulaci soukromoprávních vztahů s mezinárodním prvkem než regulaci právem státu, alespoň pokud jde o řešení před soudy obecnými.¹²

Poněkud jiná situace je v řízení před rozhodci, alespoň pokud jde o některé státy (viz dále). Jinou pozici by snad také mohlo mít lex mercatoria či jednotlivé normy typu Zásad z pohledu mezinárodního práva soukromého v rámci některých jurisdikcí v USA, kde tzv. kolizní revoluce popírající principy postavené na kolizním právu vyvrcholila v popření Restatement of the Conflict of Laws z roku 1934 a přinesla nová tzv. funkční řešení.¹³ Pokud jde o země Latinské Ameriky přinesla Mexická úmluva dle některých autorů sice možnost aplikace lex mercatoria, nicméně jinak opět spočívá na kolizním řešení.¹⁴

Hledání základu pro aplikaci lex mercatoria v mezinárodním právu soukromém a jeho institutech při současném popření etatického pozitivismu si protirečí: mezinárodní právo soukromé je výrazem etatického přístupu k řešení kolizí – stát kolizními normami (či jinými pravidly) řeší konflikt mezi právními řády (či

¹⁰ LOOKOFSKY, J.: „Denmark“, in Bonell M. J. ed., *A New Approach to International Commercial Contracts*, Kluwer, Denver, 1999, s. 71 a násl. Tento autor dokonce navrhuje, aby Zásady byly používány i bez výslovného projevu vůle smluvních stran, jakožto výraz obecných zásad práva mezinárodního obchodu a mezinárodních obchodních zvyklostí. Tím je klade do postavení ekvivalentu pojmu lex mercatoria. Další názory viz v dokumentu BONELL, M. J.: *The UNIDROIT Principles and Transnational Law*. Dokument je přístupný na adrese <http://www.unidroit.org/english/publication/review/articles/2000-2.html>.

¹¹ Základní devízou systému nestátních pravidel je elasticita ve směru k požadavkům praxe. Zvláštnost systému lex mercatoria jako otevřeného systému právních pravidel pak vyžaduje i zvláštní, otevřené techniky kodifikace. Srovnej z poslední doby FORTIER, L. Y.: *The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future*, 17 *Arbitration International*, 2001, č. 2, s. 125.

¹² K Římské úmluvě v české literatuře posledních let viz: ROZEHNALOVÁ, N., TÝČ, V.: *Evropský justiční prostor (v civilních otázkách)*, MU Brno, 2003; PAUKNEROVÁ, M.: *Evropské mezinárodní právo soukromé – aktuální otázky*, Příloha *Právních rozhledů*, 2003, č. 8, s. 2; BĚLOHLÁVEK, A.: *Římska dohoda EHS o prave použitelnom pre zmluvné a závazkové vztahy*, Příloha *pre právnú prax a judikaturu*, 2000, č. 7–8.

¹³ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M.: c.d.4, s. 29 a n. V české literatuře zejména KUČERA, Z.: *Mezinárodní právo soukromé*, Brno, 1994, s. 85 a n.

¹⁴ Např. PARRA-ARANGUREN, G.: *Conflict of Law Aspects of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, *Tulane Law Review*, 1995, s. 1239–1252.

jak uvidíme dále jiné konflikty) a od dob Savignyho je kolizními normami do působnosti určitého právního řádu transnacionálně situovaný právní vztah lokalizován.

Na úvod je třeba říci rovněž následující: určitý způsob aplikace Zásad či jiných obdobných prostředků tvořících systém *lex mercatoria* je bezproblémový, a lze jej užít jak v řízení před soudem obecným, tak i rozhodčím. Lze jej současně užít jak pro vztahy vnitrostátní, tak pro vztahy s mezinárodním prvkem. Je to případ, kdy Zásady či jiné prostředky používáme v rámci autonomie vůle stran jako institucionalizované vyjádření jejich vůle.

V terminologii mezinárodního práva soukromého by šlo o obdobu tzv. materializované volby práva. Tedy situace, která ve skutečnosti není žádnou volbou práva a je využito smluvní volnosti v rámci kogentních norem konkrétní úpravy určitého státu. O tomto způsobu aplikace není pochyb ani v případě, kdy budeme zcela odmítat možnost existence práva nestátního původu a připustíme jen stát jako jediného normotvůrce.

Zde – a na to upozorňujeme – aplikační problém neexistuje. Problém je v přímé a oproti právnímu řádu státu přednostní aplikaci *lex mercatoria*, resp. Zásad. Tzn. aplikaci, kdy je:

- a) využito mezinárodního práva soukromého, je použito kolizní pravidlo (možnost volby práva) a toto je interpretováno jako možnost
 1. volby (či určení) nestátního souboru pravidel typu *lex mercatoria* nebo
 2. přímo možnost volby (či určení) normy typu Zásad.
- b) bez použití pravidel mezinárodního práva soukromého, tj. bez použití kolizních norem využito tzv. přímé aplikace právního pravidla či právního řádu (*voia direct*).

Vzhledem k tomu, že ve zkoumaném článku se jednak hovoří o mezinárodním právu soukromém, jednak přímo o použití nestátního práva, takže oba pohledy splývají, je vhodné upozornit na obě „cesty“.

Upozornit je současně třeba na skutečnost, že rozhodování dle *lex mercatoria* či dle Zásad není stavěno na rovinu s rozhodováním *ex aequo et bono*, dle zásad spravedlnosti či jako *amiable compositeur*. Bez dalších rozborů poukazujeme na analýzu tohoto typu rozhodování včetně vztahu k *lex mercatoria* v jiných pracích.¹⁵

V dalším výkladu se omezíme jen na českou realitu, kam ostatně i příspěvek, na nějž je reagováno, směřoval. Pokud jde o možnosti dané jinými právními

mi řády či realitu rozhodování před cizími rozhodčími soudy, atd. odkazujeme na jiné naše práce.

Pro aplikaci *lex mercatoria* je nutné zvážit i to, před jakými orgány bude právo aplikováno, resp. z jiného pohledu, před kterými orgány budou strany řešit své spory. V námi sledované oblasti jde jednak o soudy obecné, státní, jednak o soudy rozhodčí. U naposledy uvedených by bylo možné ještě zvažovat situaci, kdy jde o soudy nespojené s např. komoditním svazem obchodníků, kdy je rozhodováno výlučně dle obchodních podmínek, smluv a zvyklostí a nedodržení rozhodčího nálezu má za následek sankci faktickou – vyloučení z obchodování, a situacemi dalšími, lze říci pravidelnými, kdy se strana obrací na soud obecný s návrhem na uznání a výkon rozhodčího nálezu. V této práci se zabýváme případem uvedeným na druhém místě.

V případě soudů obecných o nutnosti prvotně použít tam, kde neexistují přímé normy, normy mezinárodního práva soukromého neexistují pochybnosti. Toto tvrzení platí nejenom v ČR, ale i pro jiné státy minimálně v rámci kontinentální Evropy. I bez hlubších teoretických exkurzů lze příkladmo poukázat na Římskou úmluvu o právu rozhodném pro smlouvy, literaturu k ní, judikaturu a naposledy i úvahy obsažené v tzv. Zelené knize zvažující konverzi této úmluvy do směrnice či nařízení a typující různé problémy.¹⁶ Mezi nimi je nově nadnesena i otázka možnosti přímé volby *lex mercatoria* (ne však již u podpůrného určení) namísto práva státu. Tedy nanesená jako *novum*, nikoli jako již existující samozřejmost. Tato možnost přímé volby práva – a na to upozorňujeme – neznamená vymanění se z etatického pozitivismu. Znamená pouze vymanění se z etatického pozitivismu v oblasti tvorby práva, příp. je pouze narušen monopol státu v případě *lex contractu* a je možné aplikovat přímo i pravidla nestátního původu. Zpět ovšem k naší problematice.

Metoda kolizní je založena na kolizi, střetu právních řádů. Ty lze chápat následovně:

A. Kolize výlučně mezi právními řády navzájem. Kolizní norma či obdobné jiné pravidlo v tomto případě odkazuje na právní řád jako celek. Jde o způsob známý českému mezinárodnímu právu soukromému. Představuje dnes tradiční, v dobrém slova smyslu konzervativní přístup. Stejný přístup představuje v současnosti i pro za několik měsíců aktuální Římská úmluva o právu rozhodném pro smlouvy platná v členských státech ES (a vzhledem k účinkům *erga omnes* nahrazující vnitrostátní kolizní normy). V tomto rámci, pokud připustíme existenci souboru právních pravidel nestátního původu a odkaz na něj, nemohlo by dojít ke kolizi s právním řádem, ale jednotlivá pravidla tvořící *lex mercatoria* by se aplikovala v rámci daném právními řády.

¹⁵ K této otázce v české literatuře ROZEHNALOVÁ, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, ASPI CODEX Praha, 2002, s. 137 a násl.

¹⁶ Zelená kniha. O transformaci Římské úmluvy z roku 1980 o právu rozhodném pro smluvní závazky v komunitární nástroj a o její modernizaci, Brusel, 2003, COM (2002) 654 final, otázka č. 8.

B. Kolize mezi právními řády a lex mercatoria jako systémem nestátního práva postaveného na roveň systémům vnitrostátních práv. Kolizní norma (obsahující volbu práva či jiný hraniční určovatel) či obdobné jiné pravidlo (např. o určení právní regulace jinak) by umožnila navázání buďto na lex mercatoria a v jeho rámci i na Zásady, nebo na právní řád konkrétního státu. Tento přístup znamená oprostění se od státu jako jediného normotvůrce. Lex mercatoria je tak aplikováno sice na základě právní normy státu, ale bez omezení jiným právním řádem.

C. Kolize právních norem či právních pravidel, nikoli pouze kolize právních řádů či právních řádů a souboru právních pravidel. V rámci tohoto výběru jsou vybírány jen konkrétní právní normy bez ohledu na právní řád, do jehož rámce patří, jako celek. Vzhledem k již jmenovaným tzv. nestátním pravidlům, by bylo možné rozlišit situaci:

- a) dovolenosti výběru jen norem státního původu. Zde by nepřicházel do úvahy přímý výběr Zásad.
- b) dovolenosti výběru norem i nestátního původu. Tzn. v rámci námi sledované problematiky.

Minimální závěry, které si je možné dovolit, jsou následující:

A. Pro řízení před soudy obecnými nelze obejít normy mezinárodního práva soukromého. Ty musí být vždy aplikovány jako právní základ pro možnou aplikaci cizího práva. Pro řízení před soudy obecnými přichází do úvahy vždy jen kolizní normy fora.

B. Nelze pouze jazykově a gramaticky interpretovat termíny obsažené v kolizní normě, tj. termíny typu právo, právo státu, právní řád, právní řád státu, a dodávat jim význam nejenom odkazu na právo státu, ale z rozdílné interpretace vyvozovat i odkaz na soubor právních pravidel nestátního původu. Jednak je nutné se obrátit i k jiným interpretačním metodám (např. účelem kolizní normy v českém MPS je vyřešit „konflikt“ mezi právními řády států, nikoli mezi jinými soubory právních pravidel). Tyto termíny je nutné také interpretovat v kontextu celého kolizního práva a odpovědi je nutné hledat – při vysoké abstrakci vyjádření kolizních norem – nejenom v normě samotné, ale i v teorii mezinárodního práva soukromého.

C. V dosahu čs. práva, v řízení před soudy obecnými je možné říci, že za stávajícího přístupu teorie k mezinárodnímu právu soukromému, je možná aplikace lex mercatoria jen v rámci kogentních norem konkrétního právního řádu. Stejně je možné říci v tuto chvíli minimálně i o právních rádech států EU.

D. V případě, že nechceme včleňovat Zásady do rámce lex mercatoria, jde o otázku schopnosti koliz-

ní normy navázání nikoli na právní řád, ale přímo na právní normu ať již stojící v rámci konkrétního právního řádu, nebo stojící osamoceně, tak jak je tomu u Zásad. Tato otázka – aplikace přímo konkrétní normy – byla v minulosti v české teorii diskutována. Základ odmítavého stanoviska je třeba vidět jednak v povaze konfliktu, kdy pokud kolizní norma výslovně sama tento konflikt nehodnotí jinak, je nutné jej interpretovat jako konflikt mezi právními řády. Nikoli jako konflikt mezi právními normami (viz poněkud jiný závěr, ke kterému je možné dojít u řízení rozhodčích). Další důvod je třeba vidět dále např. v povaze odkazu a povinnosti aplikovat cizí právo určitým způsobem atd.

Centrem úvah o aplikaci lex mercatoria či přímo souborů právních pravidel nestátního původu je tradičně a výlučně rozhodování u soudů rozhodčích. Zatímco v řízení před soudy obecnými není v rámci kontinentální Evropy zásadních rozdílů v použití norem mezinárodního práva soukromého, je situace v soudnictví rozhodčím odlišná. Vyzvednutí principu autonomie vůle rozhodců či stran v oblasti práva rozhodného vede k rozdílným přístupům. Na druhé straně je ovšem nutné říci, že literatura věnující se tomuto problému je někdy radikálnější než vlastní praxe (myšleno tím praxi vědomou, ne nevědomou). Případy přímé aplikace např. lex mercatoria či Zásad se objevují v prostředí, kde zákony o rozhodčím řízení a řády rozhodčích soudů dovolují tento typ přednostní aplikace (dovolují aplikaci rules of law). Tedy, právo konkrétního státu, který představuje forum, dovoluje výslovně či není pochyb, že dovoluje, odkaz na nestátní právo.

Zvláštní úprava je obsažena v § 37 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů (dále jen ZRR). Na úvod si připomeňme, že tento zákon byl při svém vzniku inspirován Vzorovým zákonem UNCITRAL, což se odrazilo dosti nešťavně právě na formulaci ustanovení o právu rozhodném. Z ustanovení § 37 lze dovodit následující:

1. Volba práva. Odstavec 1 obsahuje očekávaný institut volby práva. ZRR zde vychází obdobně jako ZMPS v § 9 z neomezené kolizní volby práva. Nejzajímavější je zde (a zjevně jde o ustanovení převzaté ze Vzorového zákona UNCITRAL) znění druhé věty: „.....se bude řídit právem nebo právním řádem....“.

Důvodová zpráva i komentáře k možným interpretacím mlčí. Pomineme-li v dosahu českého práva nic neříkající rozlišení „právo“ a „právní řád“, které zřejmě vzniklo překladem z anglického „law“ a „rules of law“ užití ve Vzorovém zákoně, je možné s ohledem na vývoj českého kolizního uvažování přijmout jako jedinou současnou interpretaci tohoto ustanovení použití nikoli pouze právního řádu státu jako celku (tj. konflikt mezi právními řády), ale i jednotlivých ustanovení, na příklad jen Obchodního zákoníku bez vazby na Občanský zákoník (tj. konflikt mezi právními normami, které jsou součástí právních řádů). Samo-

zřejmě, že by byla možná i interpretace jiná, tj. aplikace směrem k *lex mercatoria* (tj. konflikt právní řád v. nestátní právo, či právní norma právního řádu státu v. norma nestátního původu typu *Zásady*). Avšak všude tam, kde se možnost aplikace nestátního práva objevila, buď existoval jasný teoretický vývoj směřující k takovému netradičnímu řešení, anebo důvodové zprávy obsahovaly výslovně tuto možnost. Což v českém právu, alespoň v kvalifikované podobě, není.

2. Náhradní řešení. Pokud si strany právo nevolí, budou rozhodci rozhodovat dle tuzemských kolizně právních předpisů. V první řadě je tuto větu nutné interpretovat jako odkaz na § 10 ZMPS, resp. na normy obsažené v mezinárodních smlouvách, kterými je ČR vázána. Současně však jde o ustanovení, které zakotvuje pro řízení před rozhodci zásadu *legis fori* pro aplikaci kolizních norem. Tedy zásadu, která výslovně nebyla obsažena ani v úpravě předchozí, ani není výslovně upravena pro řízení před soudy obecnými. Jde o překvapující úpravu v době poměrně silných delokalizačních tendencí zasahujících některé otázky. Ve světle možného jiného vývoje dle odst. 1 tak lze naopak pro náhradní řešení říci, že pro rozhodce je takovéto určení zcela vyloučeno.

3. Nově je dána možnost, a to jak pro oblast tuzemských sporů, tak následně i mezinárodních, rozhodovat dle zásad spravedlnosti (§ 25 odstavce 3). Zde si jen připomeňme, rozhodování dle zásad spravedlnosti není rozhodováním dle objektivně existujících právních norem. Tudy tudíž cesta k *lex mercatoria* či *Zásadám* nevede.

4. Zmínit je ovšem nutné opět další z ustanovení, ne zcela systematicky zařazené do úpravy v § 25 odst. 3: rozhodci budou rozhodovat dle hmotného práva rozhodného pro spor. Smysl tohoto ustanovení nám v celkovém kontextu zákona uniká.

V dosahu českého mezinárodního rozhodčího řízení lze tak říci, že snad jedinou možností by mohla být interpretace volby práva v odstavci 1 § 37 tak, jak jsme ji výše uvedli.

4. ZÁSADY A JEJICH VLASTNÍ DETERMINACE APLIKACE

Je vhodné upozornit ještě na jeden problém. Tím jsou ustanovení *Zásad* týkající se jejich aplikace. Je skutečností, že spíše připomínají vymezení rozsahu užívaného mezinárodními smlouvami.

Z textu *Zásad* lze dovodit možnosti aplikace obecně, resp. aplikace právě ve vztahu k *lex mercatoria*. V této souvislosti je nezbytné analyzovat Preambuli *Zásad* a deduktivní úvahou postihnout všechny závěry, které nám tento text nabízí.

Pro tento účel můžeme ponechat stranou, že Preambule nemá čistě normativní povahu, neboť se nejedná o nezbytnou podmínku pro shora uvedené úvahy vzhledem k obecné povaze *Zásad*.

Odborná literatura i rozhodovací praxe uvádějí použití, resp. možnost využití v následujících situacích:

a) Právní pravidla řídící smlouvu, přičemž mohou být zohledněny jak v řízení před soudy obecnými, tak i mezinárodními rozhodci. Výraz „mohou být použity“ obsažený v Preambuli ve vztahu ke státním soudům zde znamená pouze, že *Zásady* svou aplikaci v tomto ohledu samy nijak neeliminují.

b) Jako normy tvořící *lex mercatoria*, pokud smlouva na tento právní systém odkazuje.¹⁷

c) Jako normy spadající do kategorie obecně uznávaných právních zásad (*general principles of law*). Toto je pozoruhodné i vzhledem k tomu, že zásady jsou obecně považovány za jeden z pramenů *lex mercatoria*, a to za pramen zcela odlišný od *Zásad* či jiných kodexů právních norem.¹⁸

d) Jako právní zásady aplikovatelné v případech, kdy si strany rozhodné právo nevolí.¹⁹

e) Jako právní normy aplikovatelné rozhodci v případech, kdy se jim jejich použití jeví jako vhodné. Jde o případy, kdy příslušné předpisy pozitivního práva, ať již vnitrostátního či mezinárodního původu, tento po-

¹⁷ Například rozhodčí nález MOK v Paříži č. 9419, vydaný v září 1999 rozhodčím tribunalem v Luganu, či rozhodčí nález č. 11/2002 ze dne 5. 11. 2002 vydaný Mezinárodním rozhodčím soudem při Obchodní a průmyslové komoře Ruské federace. ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2.

¹⁸ Například rozhodčí nález ICC č. 7365/FMS vydaný dne 5. 5. 1997 rozhodčím tribunalem v Paříži ve věci Iránské ministerstvo obrany v. Defense Systems, Inc. In: Uniform Law Review/Revue de droit uniforme, 1999, s. 796. Dále rozhodčí nález ICC č. 9797 vydaný 28. 7. 2000 rozhodčím tribunalem v Ženevě ve věci Andersen Consulting Business Unit Member Firms v. Arthur Andersen Buseiness Unit Member Firms a Andersen Worldwide Societe Cooperative.

¹⁹ Například rozhodčí nález MOK č. 8502 z listopadu 1996 vydaný rozhodčím tribunalem v Paříži. In: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, s. 72–74.

stup rozhodcům umožňují, resp. pokud je takové řešení předvídáno v hypotéze relevantních ustanovení řádů rozhodčích institucí. Jako příklad uvedme ustanovení čl. 1054 nizozemského občanského soudního řádu nebo čl. 17 odst. 1 Rozhodčích pravidel MOK v Paříži.²⁰

f) Jako obchodní zvyklost. Stejně jako v předchozím případě, odkaz na aplikaci obchodních zvyklostí, resp. na nemožnost jejich nezohlednění při rozhodovacím procesu, je typickou součástí normativního obsahu většiny právních předpisů, které v mezinárodní rozhodčí praxi přicházejí v úvahu.²¹

g) Dle některých názorů či rozhodnutí při rozhodování *ex aequo et bono* či *amiable composition*.²²

h) Zásady mohou taktéž posloužit jako prostředek pro vyplňování mezer rozhodného vnitrostátního práva, což je logickým důsledkem jejich značné zpracovanosti, komplexnosti a vysoké strukturovanosti. Existuje řada rozhodčích nálezů, které jsou dokladem značné schopnosti Zásad plnit tuto funkci.²³

ch) Stejně tak, ne-li ještě lépe, mohou Zásady plnit funkci pro vyplnění mezer mezinárodně unifikovaných norem. Například kombinace Zásad s Úmluvou OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží je velmi zajímavá.

i) Zanedbatelná není ani role, kterou mohou Zásady hrát při samotné kontraktační praxi, kdy mohou posloužit jako návod pro konstrukci jednotlivých smluv. Zejména je třeba zmínit možnost využití konkrétních zde zakotvených pravidel jako smluvních doložek. Důležitá je i jejich úloha jako jistého referenčního systému, k jehož obsahu se strany mohou uchýlit vždy, pokud chtějí zjistit, nakolik jsou konkrétní klauzule obsažené v jejich smlouvách oboustranně vyvážené, a pokud by byl zjištěn rozpor mezi smlouvou a obsahem Zásad, mohou strany smlouvu či kterékoli její ustanovení modifikovat tak, aby bylo kompatibilní s tímto kodexem.

j) Zásady mohou být také velmi užitečnou pomůckou vnitrostátních legislativních orgánů při tvorbě či

úpravě právních norem regulujících danou oblast. Sama Preambule Zásad zmiňuje, že mohou být využity jako modelový zákon. Totéž platí i pro tvorbu mezinárodní smlouvy.

5. ZÁVĚR

Problematika přímé aplikace ať již souboru právních pravidel nestátního původu nebo jen konkrétního právního pravidla zaujímá dnes své místo v diskusích více či méně odborných. Lze jen přivítat další názory, které se objevují zejména potom v souvislosti s novými jevy v této oblasti. Je skutečností, že jevy typu Zásady či Principy představují nový, velmi nadějný směr v problematice *lex mercatoria*.

Na druhé straně však tyto prostředky mají šanci „přežít“ jen tehdy, budou-li využívány kontraktační a následně rozhodovací praxí. A tu bude nutné přesvědčit o jejich významu. Zatímco o použití Zásad existuje evidence u cca 40 případů, použití dalších prostředků typu Principy evropského práva zatím dokumentováno není a diskuse o nich se odvíjejí jen v rovině akademické. Jakékoli přeceňování významu obou souborů norem není na místě. V mezinárodně obchodní praxi existuje řada jiných souborů, které již dávno prokázaly svou životnost a jsou pravidelně přijímány kontraktační i rozhodovací praxí. Toto prokazování tento typ norem teprve čeká.

Zároveň je nutno důsledně vycházet ze systémového pojetí práva, a uvědomovat si, zejména s ohledem na zachování možnosti nuceného výkonu rozhodnutí prostřednictvím orgánů státní moci, že pokud chceme realizovat rozhodnutí založená na aplikaci norem systému nestátního práva v rámci systému práva státního, je nutno splňovat veškeré požadavky, které státní právo na takové situace klade. Jinak bychom členům *societas mercatorum* svéhlavým trváním na použití nestátního práva mohli více uškodit než prospět, což není přijatelné ani ve jménu jinak dozajista vznešené myšlenky na potlačování etatismu v rámci právní regulace společenských vztahů.

²⁰ Například rozhodčí nález ICC č. 8261 ze dne 27. 9. 1996 vydaný rozhodčím tribunalem v Paříži.

²¹ Například rozhodčí nález ICC č. 9029 z března 1998 vydaný rozhodčím tribunalem v Římě. In: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 10, No. 2, str. 88–96.

²² Například rozhodčí nález MOK č. 8874 z prosince 1996 vydaný rozhodčím tribunalem v Paříži. Opačné názory viz ROZEHNALOVÁ, N., c.d. 15.

²³ Například rozhodnutí odvolacího soudu Grenoble, Francie z 24. 1. 1996 ve věci *Société Harper Robinson v. Société internationale de maintenance et de réalisations industrielle*, Revue de l'arbitrage, 1997, s. 87.