

## ZÁKLADNÍ PROBLÉMY PRÁVNÍ RECEPCE

Ernst A. Kramer\*

**Abstrakt:** Autor se zabývá fenoménem, který ač v některých obdobích byl popírán, hraje v dějinách vývoje soukromého práva v Evropě zcela zásadní úlohu. Jde o právní recepci a její produkty, které se moderním jazykem nazývají transplantáty. Jde o přebírání buď celých právních sektorů, zejména občanskoprávních kodexů, nebo jenom některých právních institutů, případně již kodifikované úpravy určitých procesů či ryze „technických“ instrumentů. Dosud bylo v germánském právním okruhu považováno za recepci převzetí římského práva, jako proces jeho vývoje do formátu *ius commune* pak do výtvoru pandektistů v 19. století. Současně však se právě v tomto okruhu možnost recepcce kritizovala jako metoda nevhodná. V současné době je otázka transplantace, jejich možností, metod a vývoje transplantovaných fenoménů předmětem v podstatě celosvětové diskuse. Proti transplantaci, respektive recepci se namítá, že úpravy, respektive právní instituty vyvinuté v určitém sociopolitickém prostředí nemohou fungovat za jiných společenských podmínek. Praxe však tuto námitku vyvrací, neboť zejména kodifikace občanského práva v mnoha zemích je ukázkou úspěšné koexistence právních institutů převzatých z různých právních ráďů. Dále se autor zabývá důvody mluvící ve prospěch právní recepcce, kterými jsou především efektivita převzetí něčeho funkčního oproti vyvíjení vlastních, mnohdy sporných projektů. Fungování amerických institutů v oblasti zejména hospodářského práva jsou toho důkazem. Autor pak rozeznává několik typů recepcí, k nimž řadí především převzetí celých legislativních celků, jakými jsou například převzetí švýcarského občanského zákoníku a obligačního práva v Turecku, německého obchodního zákoníku v Rakousku a dalších. V těchto případech se mnohdy jedná o zcela nahodilý výběr přebíraných legislativních útvarů, někdy jde o oktrojované převzetí. Jiným typem je převzetí jen některých institutů či jenom jejich částí jakými jsou například převzetí culpa in contrahendo do italského občanského zákoníku apod. Přebírají se však i názory vědy, které jsou recipovány i v judikatuře jiných států. Příkladem je učení o odpovědnosti za důvěru vyvinuté profesorem Canarisem a převzaté švýcarským Nejvyšším soudem. Přebírány jsou i některé instituty vyvinuté v tzv. soft law, jakými jsou americké Restatements do opět projektu soft law, jako například jsou PICC nebo PECL přebírání těchto modelových zákonů do zákonodárství. Další vývoj transplantátů je mnohdy odlišný od vývoje v jejich původních mateřských právních ráďech. Klíčová otázka je přitom, zda se tyto transplantáty mají vykládat autonomně, tj. ve smyslu právního ráďu, do kterého byly převzaty, anebo se držet dosavadní judikatury mateřské jurisprudence.

**Klíčová slova:** právní recepcce, transplantace práva, právní transplantáty, argumenty pro a proti právní recepci, efektivita, metody recepcce, vývoj transplantátů v novém prostředí

### ÚVOD

Hovoří-li německy mluvící právník o „recepci“, rozumí tím, a to i dnes, jedinečný proces zaznamenaný intenzivním zkoumáním globálního převzetí myšlenkového bohatství římského práva v kontinentální Evropě, počínaje znovuoobjevením římského práva a epochou glosátorů působících na severoitalských právnických fakultách od 12. století a prozatímně končící převážně praktickým vývojem *ius commune* a *usus modernus pandectarum* v mnoha oblastech Evropy.<sup>1</sup> Aktuální recepcce zahraničních

\* Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Ernst A. Kramer patří mezi nejpřednější evropské civilisty. Jeho knihy o metodologii práva, uzavírání smlouvy, omylu a další jsou považovány za klasická díla evropského soukromého práva. Ernst Kramer je profesor emeritus Právnické fakulty Univerzity v Basileji. Jde o text, který autor opatřil poznámkami a který přednesl v lednu na univerzitě v Innsbrucku a v únoru 2016 na univerzitě v Praze (na fóru CPK). Forma přednášky je zachována. Poznámkový aparát si nečiní nárok na úplnost, zejména s přihlednutím k ve světě probíhající diskusi. Přeložil Luboš Tichý za přispění Kateřiny Džbáňkové.

<sup>1</sup> K „praktické recepci“ v německé soukromoprávní historii viz WIEACKER, F. *Privatgeschichte der Neuzeit*. 2. vydání. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1967, s. 124 an.

právních pramenů jsou naproti tomu již dlouhou dobu předmětem analýz pouze jako dílčí témata.<sup>2</sup> Přeloženo do národně státního právního paradigmatu, jevílo se domácí právo, jak na to příznačně upozorňují Janssen a Schulze<sup>3</sup>, jako „hermeticky uzavřený kosmos, který s výjimkou několika často rušivě chápaných meteorů existuje autarktně uzavřen vůči dalším světům“. Toto pojetí se ovšem změnilo až v druhé polovině 20. století; v německy mluvící oblasti především skrze příspěvky Ernsta E. Hirsche,<sup>4</sup> Imre Zajtaye<sup>5</sup> a Maxe Rheinsteina,<sup>6</sup> v anglicky mluvícím diskurzu prostřednictvím nápadného úvodu do metaforicky znějícího „*legal transplant*“ skrze dvě současně vydané studie (1974), a to Otto Kahn-Freundem<sup>7</sup> a Alanem Watsonem<sup>8</sup>. Od té doby je téma *legal transplants* k nezastavení; diskuse vedená v celém světě se projevuje stále rostoucí lavinou sotva přehlédnutelného počtu publikací. Zejména v Evropě je tato zásadní změna podporována okolností, že se v důsledku kolapsu socialistických režimů východní Evropy projevuje mimořádně silný hlad po právních normách, který by nemohl být zvládnut pouze recepcí starých kodexů.<sup>9</sup> O tehdejší paradigmatu hermeticky uzavřených národních právních řádů nemůže tedy být již delší dobu řeč. Na mnoha místech lze číst o pronikání, asimilacích, přeshraničních fertilizacích, kontaminacích<sup>10</sup> a podobně. Pro Watsona, který zastával nejučinnější myšlenku *legal transplants*, je převzetí cizího právního myšlení

<sup>2</sup> Srov. však již v roce 1938 publikaci Roscoe Pounda. POUND, R. *The Formative Era of American Law*. Boston: Little, Brown & Co, 1938, s. 94: „*History of a system of law is largely a history of borrowing of legal materials from other legal systems and of assimilation of materials from outside of the law*“ (citováno podle REHM, G. *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und –transformation. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2008, Vol. 72, s. 4; k recepci a asimilaci cizího práva srov. též publikaci z roku 1938: SCHWARZ, A. B. In: LAMBERT, É. et al. *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'Etudes en l'honneur d'Eduard Lambert*. Paris: Sirey, 1938, s. 581 an.

<sup>3</sup> JANSSEN, A. – SCHULZE, R. *Legal Cultures and Legal Transplants in Germany. European Review of Private Law*. 2011, No. 2, s. 225.

<sup>4</sup> Recepce cizího práva jako sociální proces, viz HIRSCH, E. *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge. Beiträge zur Rechtssoziologie*. Berlin: Duncker und Humblot, 1966, s. 89 an.

<sup>5</sup> ZAJTAY, I. Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1958, Bd. 156, H. 5, s. 361 an.

<sup>6</sup> RHEINSTEIN, M. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. München: C. H. Beck, 1974, s. 124 an.

<sup>7</sup> KAHN-FREUND, O. On Uses and Misuses of Comparative Law. *The Modern Law Review*. 1974, Vol. 37, No. 1, s. 5.

<sup>8</sup> WATSON, A. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Athens – Georgia: University of Georgia, 1974, 2. vydání 1993.

<sup>9</sup> REHBINDER, M. *Einführung in die Rechtswissenschaft*. 8. vydání. Berlin: Walter de Gruyter, 1995, s. 55, který uvádí, že: „*byl zhroutením východního bloku v dosavadních socialistických státech zahájen světově nejrozsáhlejší proces recepce*“. Dále o tomtéž FADE, M. *NM*. 1993, 639 an.; AJANI, G. By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe. *The American Journal of Comparative Law*. 1995, Vol. 43, No. 1, s. 93 an.; BERKOWITZ, D. – PISTOR, K. – RICHARD, J.-F. The Transplant Effect. *The American Journal of Comparative Law*. 2003, Vol. 51, No. 1, s. 164; JESSEL-HOLST, C. – KULMS, R. – TRUNK, A. (eds). *Private Law in Eastern Europe – Autonomous Development or legal Transplants?* Tübingen: Mohr Siebeck, 2010; KURZYNSKY, J. – SINGER, L. (eds). *Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsformen im Kaukasus und in Zentralasien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014. Např. CHANTURIA, L. Recht und Transformation: Rechtliche Zusammenarbeit aus der Sicht eines rezipierenden Landes. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2008, Bd. 72, H. 1, s. 114 an.

<sup>10</sup> Shrnujícím způsobem viz AUBY, J.-B. *Globalisation, le droit et L'Etat*. Paris: Montchrétien, 2003, s. 131: „*Le droit comparé devient analyse des influences entre les systèmes juridiques. Il est de plus en plus capital de comprendre comment ils s'interpénètrent, comment se produisent entre eux [...] de phénomènes de transplantation juridique, de 'crossfertilisation': comment, en d'autres termes, se déroulent ces rencontres multiples entre le systèmes juridiques que la globalisation suscite*“. SCHACHERREITER, J. Das Verhängnis von Ethnozentrismus und Kulturrelativismus in der Rechtsvergleichung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2013, Vol. 77, No. 295, mluví o „hybridizaci“ právních systémů.

vůbec nejdůležitějším faktorem vývoje práva. „*Law develops mainly by borrowing.*“<sup>11</sup> („Právo se rozvíjí zejména půjčováním.“) Výzkum a právní komparace pro něj znamená totéž jako analýza těchto procesů vypůjčování. „*Comparative Law is a study of the legal borrowings or transplants that can and should be made.*“<sup>12</sup> („Srovnávací právo je výzkumem právních výpůjček nebo transplantátů, který je třeba dělat.“)

I když absolutizujeme faktor evoluce, nemůže být právní recepce na samotném počátku, neboť někdy totiž musí být rozvinuta vlastní myšlenka, například taková, abychom uvedli příklad, že s. r. o. jakožto právní konstrukt byl „vynalezen“ roku 1892 v Německu,<sup>13</sup> a ačkoliv koncepce právních transplantátů (*legal transplants*) se musí bránit proti zcela zásadním námitkám,<sup>14</sup> lze se dobrat poznání, že právní recepce, tedy právní imitace, hraje vedle právních inovací ve vývoji našich právních řádů<sup>15</sup> skutečně zcela eminentní roli. Ve prospěch tohoto názoru mluví již zcela banální úvaha, že totiž by nebylo příliš inteligentní znovu a znovu vynalézat kolo. V tomto smyslu se vyslovil již *Jhering*<sup>16</sup> takto: „*Nikdo přece nebude přinášet něco zdaleka, co existuje již dávno doma, ale jenom blázen to bude odmítat z toho důvodu, protože přece chce mít něco nového – cizího*“. Důkaz, že napodobování je ekonomicky efektivní, je zřejmé i v pozadí učení Aristotela,<sup>17</sup> podle kterého *mimesis* je člověku vrozeným pudem a – jak může být dnes jen dodatečně řečeno – představuje podstatný antropologický kulturní faktor, ale především příčinu transkulturní evoluce.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> WATSON, A. *The Making of the Civil Law*. Harvard University Press, 1981, s. 83; WATSON, A. *Legal Origins and Legal Change*. London: Hambledon Press, 1995, s. 73: „*Borrowing from another system is the most common form of legal change*“.

<sup>12</sup> WATSON, A. In: SCHLESINGER, R.-B. – BAADE, H. W. – HERZOG, P. E. – WISE, E. M. (eds). *Comparative Law – Cases, Text, Materials*. 6. vydání. New York: Foundation Press, 1998, s. 13 an.; citováno podle DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford University Press, 2006, s. 487.

<sup>13</sup> ANNOFF, S. heslo: „společnost s ručením omezeným“ (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*). In: BASEDOW, J. – HOPT, K. J. – ZIMMERMANN, R. (eds). *Handwörterbuch des europäischen Privatrecht*. sv. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, s. 729: „*společnost s ručením omezeným je umělý výtvor zákonodárce z roku 1892 bez historického a právně srovnávacího vzoru*“; k vývoji s. r. o. v Evropě a na světě viz LUTTER, M. *Festschrift 100 Jahre GmbH*. Köln: Schmidt, 1992, s. 49 an.

<sup>14</sup> Viz níže kapitola 1.1.

<sup>15</sup> Zřejmě trefně ÖRÜCÜ, E. Law as Transposition. *International and Comparative Law Quarterly*. 2002, Vol. 51, No. 2, s. 216: „*the amount of innovations is small and borrowing and imitation is of central importance in understanding the course of legal change*“; a dále SACCO, R. Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*. 1991, Vol. 39, s. 397: „*the Birth of a rule or institution is rarer phenomenon than its imitation*“.

<sup>16</sup> VON JHERING, R. citováno podle RABEL, E. *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*. 1924; Reprint in: RABEL, E. *Gesammelte Aufsätze. Bd. III: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung 1919–1954*. 1967, s. 9. Krátce a jasně píše WATSON A. (cit. podle BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. Economic and Legal Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation? *Scandinavian Studies in Law*. 2015, Vol. 60, s. 116, pozn. č. 23): „*Borrowing is much easier than thinking. It saves time and effort*“.

<sup>17</sup> ARISTOTELES. *Poetik*. kap. 4, 1448b 5 an. Napodobování je „*část jeho chování, které je člověku přirozené*“. Právě tím se odlišuje „*člověk od ostatních živočichů, že má největší schopnost napodobování; též jeho první krůčky činí v důsledku napodobení*“.

<sup>18</sup> K recepci jakožto obecnému kulturnímu fenoménu viz WIEACKER, F. *Privatgeschichte der Neuzeit*, s. 125: „*recepce kulturních prvků, které člověk sám nevytvořil, je jenom jedna z jevových forem existujících z kulturních evropských statků, na kterých existence lidstva spočívá*“; srovnej též STOLLEIS, M. Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten. *Rechtsgeschichte*. 2012, Vol. 20, s. 76: „*předávání a přebírání textů a právních textů by mělo být chápáno jako normální případy kulturní výměny tak jako lidé, zvířata a rostliny putují po celém světě*“.

Proto nemůže překvapit, že právní recepce z hlediska historicko-právního existovaly vždy a všude. Budiž jen připomenuto vyprávění o tom, že Římané, když připravovali Zákon dvanácti tabulí v roce 451 před Kristem, vyslali do Athén delegaci, která se měla nechat inspirovat zákonodárstvím Solónů.<sup>19</sup> Periklés ve své známé řeči nad padlými v peloponéské válce<sup>20</sup> výslovně a hrdě zdůraznil výjimečný charakter okolnosti, že Athény mají ústavu, kterou zákonodárství jiných států nenapodobuje. Michele Graziadei<sup>21</sup> poukázal nedávno na globální přebírání čínského práva v Japonsku (již od 8. století po Kristu), stejně jako na značné rozšíření islámského práva v Asii a v Africe.<sup>22</sup>

Již těchto málo úvodních poznámek by mělo ukázat, že problém právní recepce je skutečným „velkým právnickým tématem“,<sup>23</sup> které v rámci přednášky může být pojednáno pouze stručně a nedokonale. Budiž jen zmíněny některé hlavní teoretické problémy z perspektivy civilisty, který si je vědom toho, že před historiky nebo právními sociology, avšak i zástupci jiných právnických odvětví, by měl svůj referát podstatným způsobem doplnit.

## 1. JSOU PRÁVNÍ RECEPCE VŮBEC MOŽNÉ?

### 1.1 Základy

Jak již bylo naznačeno, je možnost a přirozeně tedy i relevance právních recepcí vzdor protikladným důkazům zdaleka nepřekročena. Východiskem tohoto stanoviska je argument, že právo je se společností, jež je obklopuje, s její kulturou a ekonomikou natolik spojeno, že není možné ho – jako v případě fresky – odpoutat od tohoto základu<sup>24</sup> a „přesadit“ je na jiné místo. V tomto smyslu se mluví o zrcadlových teoriích práva.<sup>25</sup>

„*Nothing in the law*“, píše William Ewald,<sup>26</sup> americký komparatista, „*is autonomous; rather law is molded by [economy and society]*“. Tato zrcadlová teorie práva není přirozeně nová; jak známo již Montesquieu<sup>27</sup> soudil, že „*politické a občanskoprávní zákony*

<sup>19</sup> Viz místo dalších autorů WIEACKER, F. *Römische Rechtsgeschichte, Bd. 1: Einleitung, Quellenkunde, Friezeit und Republik*. 1981, s. 288.

<sup>20</sup> Reprodukováno v THUKYDIDES. *Geschichte des peloponesischen Krieges*. II. kniha, č. 37.

<sup>21</sup> In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, pozn. č. 1211, s. 44 an. Ohledně převzetí čínského práva v Japonsku též KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*. München: C. H. Beck, 2015, § 9, N137.

<sup>22</sup> Lze uvádět mnohé další právněhistorické důkazy o světově rozšířeném fenoménu právní recepce. K úžasnému rozšíření lübeckého práva ve středověku po celém území Baltického moře viz STOLLEIS, M. *Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten*. *Rechtsgeschichte*. 2012, Vol. 20, s. 73, zde též velmi podrobně o procesu recepce práva v jihovýchodní Evropě v 19. století.

<sup>23</sup> Viz STARCK, CH. In: *Jahrbuch der Akademien der Wissenschaften zur Göttingen*. 2009, s. 377.

<sup>24</sup> Obdobný stav popsán DRUEY, J. N. *Der Kodex des Gesprächs. Was die Sprechaktlehre der Juristen zu sagen hat*. 2015, s. 199: v případě *legal transplants* nejde vzdor terminologii o to, že si člověk cizí právo postaví jako sochu „do zahrady“.

<sup>25</sup> Tento pojem zavedl EWALD, W. *The Logic of Legal Transplants*. *The American Journal of Comparative Law*. 1995, Vol. 43, s. 492 an.; v současné době je používán i cizojazyčnými komparatisty: viz např. WENDEHORST, CH. In: JEHLE, J.-M. – LIPP, V. – YAMANAKA, K. (eds). *Rezeption und Reform in japanischen und deutschen Recht*. Göttingen, 2008, s. 25; MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*. Zürich: – St. Gallen: Dike Verlag AG, 2015, marg. č. 260.

<sup>26</sup> EWALD, W. *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*. *The American Journal of Comparative Law*. 1995, Vol. 43, No. 4, s. 493. Slova, jež se nacházejí v hranatých závorkách („*Economic*“, „*Society*“), jsou W. Ewaldem označována jako krácené iniciály.

*každého národa by musely být vlastní lidu, pro něž byly vytvořeny“*, že „*que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre“* („je velkým rizikem, že zákony jednoho národa se mohou hodit i národu druhému“). Nejznámější současný reprezentant teze zásadní nepřenositelnosti právních norem je kanadský komparatista Pierre Legrand, činný v Paříži, jenž ve svých mnoha dílech zastává tezi nemožnosti právních transplantátů,<sup>28</sup> velmi známou právě kvůli určitému přehánění. Jelikož celá „kultura“ společnosti vychází ze základní normy, která by měla být transplantována a brána v potaz, pokud chceme pochopit její smysl, znamená to ve svém důsledku: „*all that was displaced from the one jurisdiction to the other was a meaningless form of words“*.<sup>29</sup>

Jak lze hodnotit tuto námítku? Správné je východisko, podle kterého právním normám nenáleží autonomní existence, která je nezávislá na společnosti a kultuře, které jsou jejími nositeli. Nesprávná je naproti tomu představa, jež je vlastní zastaralému modelu, jenž spojuje společnost a kulturu s přísně vymezeným teritoriem státu a toto zázemí se údajně mění na hranici každé jurisdikce.<sup>30</sup> Vycházíme-li z dnešního jádra Evropy, je třeba konstatovat, že zde usdlí občané žijí v kulturně relativně homogenizované, vysoce technizované, zásadně na tržní hospodářství orientované průmyslové společnosti. Proč by měla být transpozice právních pravidel v takto globalizované oblasti od počátku nemožná? Tím spíše, uvážíme-li, že – jak to bude vzápětí ještě ilustrováno – jde zpravidla o transformaci, která je přizpůsobená novému kontextu.<sup>31</sup>

Právě řečené však neznamená, že – podíváme-li se na věci pozorněji – vzdor veškeré konvergenci společenských rámcových podmínek existují nadále významné právní rozdíly. Tyto rozdíly jsou, jak o tom bude ještě řeč,<sup>32</sup> částečně podmíněny různými společensko-kulturními předporozuměními; zčásti jsou zde závažné ještě hluboce zakořeněné vnitroprávní rozdíly v právní struktuře,<sup>33</sup> především rozdílné koncepce právních pramenů a rozdílná metodická pravidla. Z těchto divergencí bezprostředně vyplývá, že v mezinárodním odborném diskurzu etablovaná metafora o právních transplantátech

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, CH. L. *De l'esprit des lois*. 1748. kniha I, kap. 3; k tomu pak REHM, G. *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, s. 13 an.

<sup>28</sup> K „*impossibility of legal transplants“* viz Legrandův článek LEGRAND, P. *The Impossibility of ‚Legal Transplants‘*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 1997, Vol. 4, s. 11 an.

<sup>29</sup> LEGRAND, P. In: NELKEN, D. – FEEST, J. (eds). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 63.

<sup>30</sup> Stejně (a to proti Legrandovi) TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*. *The Modern Law Review*. 1998, Vol. 61, s. 15 an.: „*The primary unit is no longer the nation which expresses its unique spirit in a law of its own as a cultural experience which cannot be shared by other nations with different cultural traditions [...]. And globalising processes have created one world-wide network of legal communications which downgrades the laws of the national states to mere regional parts of this network which are in close communication with each other“*; podobně též DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 488; REHM, G. *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, s. 32; KNIEPER, R. *Möglichkeiten und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht*. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2008, 72, Nr. 1, s. 104.

<sup>31</sup> Správně zdůrazňuje KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 66, že P. Legrand vychází ve své tezi o nemožnosti z *à propos* nerealistického obrazu neměnitelného právního transplantátu, jde tedy o nedorozumění, které bylo vyprovokováno A. Watsonem (srov. též v pozn. č. 37 an.).

<sup>32</sup> Viz níže kapitola 1.2.

<sup>33</sup> K rozdílné „*structure of legal system“* (struktuře právních systémů) jakožto podstatnému argumentu pro členění právních systémů René Davida. DAVID, R. *Structure and Division of the Law* (kap. 2). In: *International Encyclopedia of Comparative Law*. Sv. II. 1994, např. v pozn. č. 4 an.; srov. též DAVID, R. – GRASMANN, G. *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*. 2. vydání. München: C. H. Beck, 1988, s. 50 an.

je skutečně mylná, a nelze ji proto chápat doslova:<sup>34</sup> transplantace znamená zásadně nedotčený přenos určité části jednoho organismu do organismu jiného. O takový přenos však v případě právní recepce z důvodů právě zmíněných a v konkrétním případě různě závažných zpravidla nejde.<sup>35</sup> Recipovaná normativní část musí totiž být přizpůsobena novému kontextu; tato část, o níž se ještě zmíníme,<sup>36</sup> je z důvodu nového kontextu často různě interpretována a dále rozvíjena. To znamená: nejde zpravidla o vlastní transplantaci, nýbrž o kulturněprávní adaptaci, a tím asimilaci do nového právního řádu.<sup>37</sup> To vše Watson, protagonista paradigmatu transplantace, který vychází z představy dalekosáhlé autonomie formálních právních struktur a který tvrdí, že *legal transplants*<sup>38</sup> jsou v zásadě *socially easy*,<sup>39</sup> podcenil.

Terminologicky nelze proti metafoře „transplantace“ v mezinárodní angličtině vedené diskusi zřejmě nic namítat; ten kdo ji používá, měl by si však být vědom toho, že sugeruje nerealistický obraz právních recepcí. V německy mluvící oblasti nemluví nic proti tomu hovořit nadále o „receptci“,<sup>40</sup> protože pro receptci – jak v německé, tak v anglické literatuře (viz výraz „právní transfer“) – je lhostejné, zda recipované (transferované) má být převzato v nezměněné podobě, anebo pouze v určité adaptované formě.<sup>41</sup>

## 1.2 Konkretizace

Relativní kulturní (hospodářská, sociální) homogenita, která již byla popsána na příkladu střední Evropy a která je obecně předpokladem úspěšného dovozu práva, přirozeně zvýhodňuje tento import<sup>42</sup> zejména v oblastech soukromého práva, jež mají vztah k hospodářství (závazkové právo, právo obchodních společností, soutěžní právo).<sup>43</sup>

<sup>34</sup> Stejně TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, s. 11 an.; ÖRÜCÜ, E. *Law as Transposition*, s. 205; srov. též DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 488.

<sup>35</sup> Ještě rozhodněji STOLLEIS, M. *Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten*, s. 76: „žádný objekt transferu nepřejíje transfer nezměněn“.

<sup>36</sup> Viz níže kapitola 4.

<sup>37</sup> O pomalém procesu amalgamace s ohledem na recipované právo mluví v současné době FOLJANTY, L. *Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung. KritV.* 2015, Vol. 98, No. 2, s. 92.

<sup>38</sup> WATSON, A. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, s. 95; též WATSON, A. *Legal Transplants and Law Reform. The Law Quarterly Review.* 1967, Vol. 92, s. 79; „Successful borrowing could be achieved even when nothing was known of the political, social or economic context of the foreign law“.

<sup>39</sup> Rozsáhlou kritikou přispěl TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies. The Modern Law Review.* 1998, Vol. 61, s. 15 an.

<sup>40</sup> Jiný názor viz FOLJANTY, L. *Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung*, s. 94: výraz „receptce“ se zasloužil o transfer práva v důsledku svých právně historických konotací.

<sup>41</sup> K otázce terminologie viz též ÖRÜCÜ, E. *Law as Transposition*, s. 205 an. Navrhuje pojem převzatý z teorie hudby „transpozice“, protože vyjadřuje, že recipované právo bylo převzato v přeneseném slova smyslu; FOLJANTY, L. *Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung*, s. 94 an.; chce mluvit o „překladu“, protože přenášené právo obdobně jako cizojazyčný text musí být přeloženo do jazyka přebíraného právního řádu. Obraz je svým způsobem jemný, jakožto terminologie pro vhodný právní recepční proces a jako překlad se zřejmě neosvědčuje.

<sup>42</sup> Srov. např. DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 488; „The more foreign the new cultural environment [...], the greater the possibility that a rule will lose its meaning in such a new environment.“

<sup>43</sup> KAHN-FREUND, O. *On Uses and Misuses of Comparative Law*, s. 12 an., rozlišoval mezi „mechanical“ (mechanickými) právními oblastmi, u nichž je transplantace relativně neproblematická, a „organic“ (organickými) právními instituty, u nichž je obtížná; EWALD, W. *The Logic of Legal Transplants*, s. 495, mluví o právních institutech hlouběji zakořeněných v životě určitého státu; COTTERELL, D. In: NELKEN, D. – FEEST, J. (eds).

To platí též pro bývalé socialistické státy Evropy: zatímco v období před zhroutilím komunismu byla právní výměna mezi socialistickými státy, jež charakterizovalo plánované hospodářství, a zeměmi vyznačujícími se tržním hospodářstvím z oblasti *common law* a kontinentálního práva prakticky vyloučena, v současné době nelze o takovéto železné oponě dávno hovořit. V těch oblastech soukromého práva, které jsou hospodářskému právu vzdáleny a jež jsou zčásti stále ještě označovány jako „*cultural deeply embeded laws*“<sup>44</sup> (tj. manželské a rodinné právo, též právo dědické), existoval tradičně podstatně menší sklon k recepci, tedy právnímu importu a exportu. V případě, že se na tomto poli přesto uskutečňovala recepce prostřednictvím státu s odlišným kulturním základem, vedlo to, jak o tom svědčí příklad recepce švýcarského manželského a rodinného práva v Turecku,<sup>45</sup> k obrovským problémům, které – abychom zůstali v obraze transplantačních metafor – mohou být označeny jako kulturně podmíněné efekty odmítání. Avšak i v těchto „citlivých“ oblastech práva existují základní kulturní konvergenční procesy a v důsledku toho i právní konvergenční tendence.<sup>46</sup> To dokazují příklady právního postavení nemanželských dětí, zrovnoprávnění muže a ženy, problémy umělého oplodnění a rozšíření pojmu manželství, a to zejména v typicky katolických zemích, jakými jsou Španělsko a Irská republika.

Ve vztahu mezi kontinentálním evropským občanským právem a právem *common law* to nebyla a není rozdílnost hospodářských, sociálních a kulturních základů, respektive jakési podezřívky, která by mohla být považována za překážku úspěšné recepce; naopak lze tradičním způsobem odkázat na to, že to je zcela specifický vývoj, který zásadním způsobem odlišuje *common law* od kontinentální právní kultury, a dále specifická právní struktura *common law*, která komplikuje vzájemné obohacování těchto dvou systémů. Jak to prokázal především Reinhard Zimmermann,<sup>47</sup> je třeba tuto, nikoliv zanedbatelnou překážku, relativizovat. Ve skutečnosti je možné prokázat celou řadu vzájemných propojení mezi kontinentálním právem a právem *common law*. Například existuje tzv. *contemplation rule*, jež se týká odpovědnosti ze smlouvy, v rozhodnutí *Hudley v. Baxendale*<sup>48</sup> ve středověké francouzské literatuře (Molinaus), která pak byla prostřednictvím Potiera převedena do *Code Civil* (čl. 1150)<sup>49</sup> a byla jako příklad recepce zásady *common law* převzata do čl. 74 CISG.<sup>50</sup> Potierovo dílo *Traité des obligations*, které ostatně bylo již v roce 1806 publikováno v anglickém překladu, mělo též velký vliv na anglické pojetí omylu.<sup>51</sup>

---

*Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 2001, s. 82, rozlišuje mezi „*instrumental law*“ (instrumentálním právem) a „*culturally based law*“ (právem založeným na kultuře).

<sup>44</sup> TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, s. 15.

<sup>45</sup> To bývá často analyzováno. Plastický výklad viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. vydání. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, s. 176, s dalšími prameny.

<sup>46</sup> K tomuto globálnímu procesu akceptace právně politických konceptů viz níže kapitola 3.3.

<sup>47</sup> *JuristenZeitung*. 1992, s. 15 an. Též tuto koncepci, že totiž anglické právo je římským právem jenom ovlivněno, je třeba velmi relativizovat. Srov. např. DAVID, R. – GRASMANN, G. *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart*, s. 51 an.; též k tomu GIESEN, D. *Rezeption fremder Rechte*. In: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Sv. IV. Berlin, 1990, s. 997.

<sup>48</sup> 9. vyd. 341 (1854).

<sup>49</sup> ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Juta & Co., 1990, s. 829.

<sup>50</sup> K tomu ještě dále kapitola 4.

<sup>51</sup> K tomu DAVID, R. In: *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*. 1939, s. 145 an. Viz další prameny in: REIMANN, M. (ed.). *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820–1920*. Duncker & Humboldt, 1993.

Též učení o tzv. *consideration*, jež obecně platí za jednu z nejzvláštnějších, ale současně nejcharakterističtějších právních institucí anglického smluvního práva,<sup>52</sup> není ohledně svého původu v žádném případě žádnou prazvláštní kuriozitou, neboť v její kolébce, jak píše Zimmermann,<sup>53</sup> můžeme najít porodní bábu římsko-kanonického původu: nepřímé učení o kauze. Naproti tomu bylo kontinentální občanské právo obohaceno recepcí právních institucí *common law*. Například holandský nový občanský zákoník z roku 1992 zahrnul právní instituty *innocent misrepresentation* a *undue influence* do nauky o právním jednání (čl. 44 3. knihy a čl. 228 6. knihy).<sup>54</sup> Také specifický jev, příznačný pro styl *common law* a využívaný jako skvělý příklad Zweigertem s Kötzem,<sup>55</sup> tedy trust, byl převzat do kontinentálního zákonodárství; například v Lichtenštejnsku<sup>56</sup> a Francii,<sup>57</sup> v České republice,<sup>58</sup> stejně jako do DCFR.<sup>59</sup> Ještě je třeba zmínit téměř epochální vliv amerického práva na kontinentální hospodářské právo.<sup>60</sup>

## 2. DŮVODY PRO PRÁVNÍ RECEPCI

Existuje celá řada důvodů pro převzetí cizího práva. Následující přehled není v žádném případě úplný a rovněž nerozlišuje systematicky mezi důvody, které převzetí cizího práva jako takového zapříčiňují, popřípadě zvýhodňují, a důvody, jež s nimi často úzce souvisí a jež volbu či fixaci (neboť jak bude hned ukázáno, nejedná se vždy o volbu) určitého právního řádu, z něhož je právo recipováno, podmiňují nebo je alespoň zvýhodňují.

1) Recepce nespočívají zřídka na politickém výkonu moci a jsou často vnuceny státu, který podlehl nebo který byl dobyt. Jde o tzv. oktrojované recepce – *imposed transplants*.<sup>61</sup> Existuje celá řada takových příkladů,<sup>62</sup> mezi nimiž je například zavedení francouzského

<sup>52</sup> ZIMMERMANN, R. *JuristenZeitung*. 1992, s. 16.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> K tomu viz HARTKAMP, A. Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht: Teil I: Rechtsgeschäfte und Verträge. *Archiv für die civilistische Praxis*. 1991, Bd. 191, H. 5, s. 401; k akceptaci principu *estoppel* – prostřednictvím *Cour de Cassation* viz CUNIBERTI, G. Enhancing Judicial Reputation Through Legal Transplants – *Estoppel Travels to France*. *The American Journal of Comparative Law*. 2012, Vol. 60, s. 383 an. (s podtitulem: „*Estoppel travels to France*“).

<sup>55</sup> Viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 71.

<sup>56</sup> Viz čl. 897 an. Zákona o osobních a obchodních společnostech (PGR) z 20. 11. 1926 (LGBI. 1926/4). K tomu BIEDERMANN, K. *Die Treuhänderschaft des liechtensteinischen Rechts, dargestellt an ihrem Vorbild, dem Trust des Common Law*. Bern: Stämpfli & Cie, 1981; právně dogmatické a srovnávací úvahy k trustu v Lichtenštejnsku viz SCHURR, F. A. *Festschrift für G. H. Roth*. 2011, s. 766 an.; ohledně bezmyšlenkovité inklinace k anglickému *Trustee Act 2000* při výkladu lichtenštejnského trustového práva viz SCHURR, F. A. In: SCHURR, F. A. (ed.). *Handbuch des Vermögensschutzes für Liechtenstein, Österreich und die Schweiz*. 2015, § 1 marg. č. 144.

<sup>57</sup> Přijetí nové části XIV 3. knihy *Code Civil* z 19. 2. 2007.

<sup>58</sup> Viz § 1448 an. Občanského zákoníku, který vstoupil v účinnost 1. 1. 2014.

<sup>59</sup> Kniha X o trustu. Srov. též Preambuli k Haagské konvenci o trustech z 1. 7. 1985: „*berouce v úvahu, že trust, jak byl vyvinut soudy Common Law a jak byl s některými změnami převzat v některých státech, je výjimečným právním institutem*“.

<sup>60</sup> Viz níže kapitola 2, část 5).

<sup>61</sup> Srov. k tomu např. RHEINSTEIN, M. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 124 an.; SACCO, R. Legal Forums: A Dynamic Approach to Comparative Law, s. 398; MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*, marg. č. 271.

<sup>62</sup> Samozřejmě nikoliv však v oblasti soukromého práva. Viz např. MILLER, R. A. A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. *The American Journal of Comparative Law*. 2003, Vol. 51, s. 847: „*V oblasti ústavní existuje klasický příklad transplantátu, jenž byl vnucen v minulosti, tedy japonská ústava vnucená generálem Douglasem McArthurém*.“



*Code Civil* v oblastech dobytých Napoleonem,<sup>63</sup> zavedení *common law* nebo francouzského práva či jiných evropských právních řádů v koloniích<sup>64</sup> nebo zavedení německého říšského obchodního práva v Rakousku v souvislosti s anšlusem tohoto státu.<sup>65</sup>

2) V malých státech je to právě omezená velikost státního mechanismu, která ztěžuje vypracování vlastního právního řádu a volání po vhodných zahraničních modelech. Často zde chybí – obdobně jako v rozvojových zemích<sup>66</sup> – vhodné zdroje k vytváření komplexní legislativy.<sup>67</sup> Lze tedy vyjít z obecného pravidla: čím menší je stát, tím více je způsobilý k recepci. Dobrým příkladem je soukromé právo Lichtenštejnska,<sup>68</sup> jež přebírá právo rakouské a švýcarské. Poté, co byl v tomto státě roku 1812 implantován rakouský ABGB, došlo na základě knížecího nařízení z roku 1819 a účinného do roku 1843 k určité extrémní formě recepce, určitému způsobu „automatické“ recepce.<sup>69</sup> Podle tohoto nařízení měly být novelizace provedené v Rakousku automaticky recipovány do lichtenštejnského práva, aniž by bylo zapotřebí určitého právního aktu Lichtenštejnského knížectví.

3) Často je to i časový tlak, který vede k recepci. V časech politických přelomů, které podmiňují radikální, zásadní přestavbu právního řádu, je naléhavost plošných změn práva, která upřednostňuje recepci, doslova vynucena. Poté, co Kemal Atatürk v roce 1922 vytvořil Tureckou republiku a zahájil současně radikální proces europeizace, bylo zřejmé, že je třeba bezodkladně navázat na evropské moderní zákonodárství (viz např. švýcarský ZGB a OR).<sup>70</sup> Na příklad kolapsu socialistických států ve východní Evropě v 90. letech 20. století bylo již poukázáno:<sup>71</sup> Pro výstavbu mechanismů zásadně orientovaných na tržní hospodářství bylo nanejvýš naléhavé ukončit působení socialistického hospodářského práva a co nejrychleji zavést právní předpisy především v oblasti práva společností, jež budou kompatibilní s tržním hospodářstvím.

4) Často to jsou ekonomické oportunní úvahy, které vedou k recepci. Poté, co švýcarský lid v roce 1992 odmítl přistoupení k evropskému hospodářskému prostoru, takže

<sup>63</sup> K tomu viz přehled u ZWEIFERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 99 an.

<sup>64</sup> K recepci v koloniích viz např. SACCO, R. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, s. 398; BERKOWITZ, D. – PISTOR, K. – RICHARD J.-F. *The Transplant Effect*, s. 172. O kuriózním příkladu koloniální recepce práva se zmiňuje KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, § 9, marg. č. 253: „Nejzřetelnější viditelný rys (o nizozemských kořenech indonéského práva) se nachází v indonéském občanském zákoníku, který je vlastně stále nizozemským občanským zákoníkem (*Burgerlijk Wetboek*) z roku 1847. Evidentní problém spočívá v tom, že dnes zná nizozemský jazyk v dostatečné míře pouze velmi málo indonéských právníků k tomu, aby mohli občanský zákoník v nizozemštině vůbec číst.“

<sup>65</sup> Německý obchodní zákoník HGB vstoupil v účinnost v zemi Rakousko („*Land Österreich*“) 1. 3. 1939, a to na místo zrušeného rakouského občanského zákoníku (*ADHGB*). Tato vnucená recepce však byla po osvobození Rakouska v roce 1945 dobrovolně ponechána v účinnosti.

<sup>66</sup> Srov. MILLER, R. A. *A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, s. 839 an.: „v rozvojových zemích má většina důležitých právních úprav nyní vždy určitý cizí prvek“; srov. ještě MILLER, R. A. *A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, s. 846.

<sup>67</sup> K tomu (pod nadpisem *Právní život v malém státě*) se stále vyplatí číst Gschnitzera. GSCHNITZER, F. *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1957, s. 36 an.

<sup>68</sup> Vztahuje se především na PGHR (viz výše pozn. č. 56).

<sup>69</sup> V jednotlivostech BERGER, E. (ed.). *Eine Zivilrechtsordnung für Liechtenstein. Die Entwürfe des Landvogts Joseph Schuppler*, 1999, s. 37 an.

<sup>70</sup> K tomu podrobně naposledy ATAMER, Y. M. *Rezeption und Weiterentwicklung des schweizerischen Zivilgesetzbuches in der Türkei. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2008, 72, 4, s. 731 an.; MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*, marg. č. 439 an.

<sup>71</sup> Viz výše Úvod.

neexistoval ani právní důvod pro převzetí evropské *acquis communautaire*, byly recipovány některé důležité soukromoprávní prameny EU v rámci tzv. „*Swiss LX*“ reformního balíčku,<sup>72</sup> pomocí – jak se o tom poněkud eufemisticky mluví – „autonomní transpozice“, přičemž ve skutečnosti jde méně o autonomii, ale spíše jak o tom svědčí v oblasti obligacního práva převzetí režimu odpovědnosti za výrobek EU,<sup>73</sup> o strategii „Evropské harmonizace“ švýcarského hospodářského práva, která je podmíněna zcela zřetelnými zahraničně obchodními úvahami.<sup>74</sup> Transpozice záruční doby pro spotřebitelskou kupní smlouvu v trvání dvou let do článku 210 odst. 1 OR, která se uskutečnila v roce 2012, spočívá na stejné úvaze. Ovládnutí mezinárodní praxe koupě podniku (*mergers acquisition*) prostřednictvím pojmů a termínů především amerického práva,<sup>75</sup> a to i ve státech kontinentálně evropského *civil law*, které spočívá na tradicích římského práva, nespočívá koneckonců v tom, že příslušné smlouvy (ať už jde o bankovní půjčky, nebo dlužní úpisy) musejí být financovány. „Od určité velikosti“ může být tato potřeba financování, jak o tom píše Hanno Merkt,<sup>76</sup> uspokojena na mezinárodních trzích a „*to znamená především v Londýně nebo v New Yorku*“. Požadavky tamních trhů a jejich účastníků ovlivňují přirozeně též tvorbu finančních smluv. Nikoliv v posledku očekávají tito hráči na trhu, že smluvní režim bude odpovídat určitým právním standardům, jimž důvěřují. „*Jenom v případě dodržení těchto standardů lze uspokojit potřebu financování na trhu.*“<sup>77</sup>

5) Též kvalita a prestiž právního řádu mohou být důvodem k recepci.<sup>78</sup> Paul Koschaker<sup>79</sup> se sice důrazně vyslovil proti tomu, že to byla vnitřní kvalita římského práva, jež pohnula národy Evropy k tomu, aby tento právní systém recipovali; ve skutečnosti to je údajně „prestiž myšlenky římského práva“ zejména v německé říši (viz ideologické označení *translatio imperii*), která dala podnět k recepci. Že obdiv „vysokého stupně“ k „juristickému vzdělání“ římským právem, o němž Koschaker současně mluví,<sup>80</sup> tedy *imperium rationis* (v protikladu k *ratio imperii*) již nemá hrát žádnou roli, vypadá ostatně těžko pochopitelná. Výjimečná „formální racionalita“ římského práva, kterou popsal Max

<sup>72</sup> K tomu např. KRAMER, E. A. Das schweizerische Schuldrecht vor der Herausforderung des Europarechts. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 1995, H. 3, s. 502 an.

<sup>73</sup> Ve formě zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou výrobkem (*Produkte Haftpflichtgesetz – PrHG*) z 18. 6. 1993 (SR 221.112.944).

<sup>74</sup> Ohledně souladu švýcarského soukromého práva s evropským právem viz JUNG, P. *ZSR*. 2010, 129, I, s. 513 an. s dalšími prameny; ohledně souladu hospodářského práva s právem evropským viz BAUDENBACHER, C. *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*. *ZSR*. 2012, B. 131, H. 2, s. 419 an.

<sup>75</sup> Viz příklady k terminologii níže v pozn. č. 134. Ohledně rozhodné smluvní praxe viz např. BÖCKLI, P. In: TSCHÄNI, R. (ed.). *Mergers & Acquisitions*. Zürich: Schulthess Verlag, 1998, s. 59 an.; WÄCHTER, G. H. *M&A Litigation*. Köln: RWS Verlag, 2012.

<sup>76</sup> MERKT, H. Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*. 2007, 171, s. 500. Viz též MILLER, R. A. *A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History, and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, s. 847: „mnoho států přijalo několik úprav finančního práva z USA v důsledku poptávky amerických investorů po právní úpravě, která by byla podobná americké, a dále MMF a Světová banka podmiňovaly poskytování půjček právními reformami“. Srov. též níže v pozn. č. 93.

<sup>77</sup> MERKT, H. *Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht*, s. 500 an.

<sup>78</sup> „prestiž“ motivuje napodobování“. Tak např. GRAZIADEI, M. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 458, s dalšími prameny.

<sup>79</sup> KOSCHAKER, P. *Europa und das Römische Recht*. München: Biederstein, 1947, s. 79 an.; s. 136.

<sup>80</sup> *Ibidem*, s. 81.

Weber,<sup>81</sup> byla ve spojení s kanonickým myšlením o právnických osobách<sup>82</sup> podstatným faktorem při vývoji evropské státnosti pozdního středověku. Těž globální vyzářování, které vyvinul *Code civil* na zákonodárství 19. století<sup>83</sup> a které překračovalo evropský kontinent, nelze podle Koschakera<sup>84</sup> připisovat vnitřní kvalitě tohoto kodexu; *Code civil* dosáhl naopak takového rozšíření, protože to byl zákoník „francouzské říše“, která „vzdor svému krátkému trvání působila v myšlenkách okolního světa ještě dlouhá staletí“, a to „zejména v důsledku osobnosti svého velkého císaře“. Avšak i zde, obdobně jako při recepci římského práva, je třeba uvažovat o tom, že politická a kulturní prestiž Francie a ideová kvalita základních právních principů, na kterých je vystavěn *Code civil*, jdou ruku v ruce.<sup>85</sup> Mnohé receptce *Code civil* jsou nepochybně vysvětlitelné touto okolností, že vyjádřil právní ideály nahromaděné během osvětenství tím nejprominentnějším způsobem. Právě v tomto smyslu označil Jean Carbonier *Code civil* za „la véritable constitution de la France“ (skutečnou ústavu Francie).<sup>86</sup>

Ke konci 19. století a až do první poloviny století dvacátého se rozvíjela německá pandektistika a na ní budující BGB vyvíjely pomocí své vědecké prestiže nikoliv nepodstatné vyzářování, které našlo výraz například v občanském zákoníku Řecka (23. 2. 1946), jenž je nepochybně výrazně poznamenán BGB.<sup>87</sup>

Podobné dalekosáhlé intelektuální vůdcovství (*intellectual leadership*) jako tomu bylo v případě francouzského soukromého práva v 19. století, vyvíjí již několik století americké soukromé a hospodářské právo.<sup>88</sup> Wolfgang Wiegand<sup>89</sup> mluví o „*global process of Americanization*“ (globální proces amerikanizace). Přitažlivost amerického práva vychází nikoliv v poslední řadě z jeho univerzalizmu, který je srovnatelný se středověkým *ius commune*. Toto vůdcovství (*leadership*) spočívá v tomto případě méně na vnitřní kvalitě amerického práva, která je oprávněně z určité části zpochybňována,<sup>90</sup> jako v prvé

<sup>81</sup> Srov. WEBER, M. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen, 1922; citace podle GEPHART, W. – HERMES, S. (eds). *Max Weber-Gesamtausgabe*, díl: *Wirtschaft und Gesellschaft*, sv. 3. 2010, s. 493 an., 581 an.

<sup>82</sup> Ke kanonickému právu jako prvnímu modernímu západnímu systému BERMAN, H. J. *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991, s. 327 an.; s. 337 an., a to i ve vztahu kanonického práva k římskému právu.

<sup>83</sup> Prameny např. u RANIERI, F. L'influence du code civil sur les codifications du 19e siècle: essor et déclin d'un modèle européen. In: ANDENAS, M. (ed.). *Liber amicorum Guido Alpa: Private Law Beyond the National Systems*. London: British Institute of International and Private Law, 2007, s. 832 an., a dále s. 837 an. též k úpadku a izolaci francouzského soukromého práva od 2. poloviny 19. století.

<sup>84</sup> KOSCHAKER, P. *Europa und das Römische Recht*, s. 136.

<sup>85</sup> Stejně i ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 98.

<sup>86</sup> Citováno podle LEQUETTE, L. Vers un code civil européen? *Pouvoir*. 2003, Vol. 4, No. 107, marg. č. 107.

<sup>87</sup> K historickým důvodům této kodifikace viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 154 an. K ovlivnění řecké kodifikace německým BGB viz GEORGIADES, A. Der Einfluß des deutschen BGB auf die Entwicklung des skandinavischen Privatrechts. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2000, 200, s. 439 an. Značnou pozitivní odezvu měla a má německá soukromoprávní dogmatika nejen v sousedních státech Rakousku a Švýcarsku, k tomu v pozn. č. 98, nýbrž i v Řecku, v pozn. č. 107.

<sup>88</sup> K tomu zejména velmi cenný příspěvek MUIR WATT, H. Propos liminaires sur le prestige du modèle américain. *Archives de philosophie du droit*. 2001, 45, s. 29 an.; podrobně pak k americké právní hegemonii STÜRNER, R. Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der anglo-amerikanischen Rechtskultur? *Archiv für die civilistische Praxis*. 2010, 210, s. 109 an.

<sup>89</sup> WIEGAND, W. The Reception of American Law in Europe. *The American Journal of Comparative Law*. 1991, Vol. 39, No. 235.

<sup>90</sup> Zvlášť kriticky k tomu HONSELL, H. In: FORSTMOSER, P. – CRONE, H. C. – WEBER, R. H. – ZOBL, D. *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, Festschrift für Roger Zäch zum 60. Geburtstag*. Schulthess Juristische Medien, 1999, s. 39 an.

řadě v hegemoniálním politickém a hospodářském postavení USA. Lze tak spolu s Bernhardem Grossfeldem<sup>91</sup> mluvit téměř o určitém „politickohospodářském sacím účinku“. Na hospodářské podněty, které stojí v pozadí angloamerikanizace mezinárodní smluvní praxe v oblasti *mergesei acquisition*, jsme již poukázali.<sup>92</sup>

Obdobně to platí pro americké právo obchodních společností, bankovní právo a právo kapitálového trhu, dominující ve světovém měřítku.<sup>93</sup> O tom, zda tato dominance bude podporována specifickými výhodami amerického *common law*, které vycházejí vstříc potřebám trhu a praxi *doing business* (ve srovnání s kontinentálním právem, s jeho abstraktní deduktivně systematickou dogmatikou) a které je charakteristické svým induktivním a pragmaticky vstřícným postojem, jak to tvrdí reprezentanti tzv. hnutí *legal origins* založeného americkými ekonomy,<sup>94</sup> nebudeme na tomto místě diskutovat.

Dodatečný faktor, který přispívá k atraktivitě amerického práva, je v širokém slova smyslu kulturního charakteru. Americký způsob života ovlivňuje jak známo životní styl, a to ve světovém měřítku. Potud lze bez dalšího mluvit o určitém kulturním vůdcovství (*cultural leadership*). To se projevuje v právu plně ve smyslu udávání směru (*agenda settings*), a to i ve smyslu etablování globálních právně-politických reformních procesů.<sup>95</sup> Zde je možné uvést pouze určitá hesla, jimiž se anglická terminologie prosadila na celém světě: *consumer protection* (ochrana spotřebitele) a s tím související nové právní instituty deliktního a procesního práva, jakými jsou například *product liability* (odpovědnost za škodu způsobenou výrobkem), odpovědnost z *medical malpractice* (odpovědnost za škodu ve zdravotnictví), zejména v případech *wrongful conception* (vadné početí) a *wrongfull birth* (odpovědnost za vadný porod), *class action* (hromadná žaloba) atd. K fenoménu „spontánní recepce“, tedy k rysu současného myšlení se ještě vrátíme.<sup>96</sup>

6) Je zřejmé, že jsou recepce, zejména částečné recepce, ze sousedních, obdobných a obsahově známých právních řádů častější než ty, jež pocházejí ze vzdálených a obtížně

<sup>91</sup> K tomu viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1984, s. 95.

<sup>92</sup> Viz od pozn. č. 75.

<sup>93</sup> Recepce tzv. „*business judgement rule*“ ve formě § 93 odst. 1 německého akciového zákona (AktG) je pro Drueye (DRUEY, J.-N. *Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag*. Leinen: C. H. Beck, 2010, s. 71 an.) příklad jednotné jednosměrné transplantace amerického práva do Evropy, kterou nazývá ironicky „*Transplatlantik*“. Tento postup je nezdídko doprovázen tlakem, který je jednostranně vyvíjen nebo jednoduše existuje fakticky. Viz americký Sarbanes-Oxley-Act mohli globalizovat v oblasti práva kapitálového trhu, nebo existují proto, aby transplantovali právní normy upravující účetní závěrky (ibidem, s. 72). K právním transplantátům v německém akciovém právu viz též FLEISCHER, H. Legal Transplants im deutschen Aktienrecht. In: DORALT, P. – KALSS, Z. (eds). *Franz Klein – Vorreiter des modernen Aktien- und GmbH-Rechts*. Wien: Manz, 2004, s. 115 an.; v monografii VON HEIN, J. *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. K osmóze anglosaského konceptu ve švýcarském obchodním právu viz BÖCKLI, P. In: VOGT, N. P. (ed.). *The International Practice of Law. Liber Amicorum for Thomas Bär und Robert Karrer*. Boston: Kluwer Law International, 1997, s. 9 an.

<sup>94</sup> K tomu s celou řadou dalších pramenů viz MICHAELS, R. Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*. 2009, Vol. 57, s. 765 an.; BAKARDJIEVA ENGELBREKT, A. *Economic and Legal Discourses on Legal Transplants: Lost in Translation?*, s. 117 an.; KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 144 an. Právní původ tohoto hnutí spočívá v souvislosti s koncepcemi (jež směřují k právní recepci) „soutěže právních řádů“, kdy evropské státy se snaží propagovat svůj právní řád jako zboží. Ohledně francouzské „nadace pro kontinentální právo“ a „svazku pro německé právo“ viz VOGENAUER, S. *Regulatory Competition through Choice of Contract Law*. *European Review of Private Law*. 2013, Vol. 21, No. 1, s. 30 an.

<sup>95</sup> K tomu podrobně WIEGAND, W. *The Reception of American Law in Europe*, s. 240 an.

<sup>96</sup> Viz níže kapitola 3.3.

přístupných právních okruhů.<sup>97</sup> Příklad častých recepcí z německého soukromého práva do rakouského a švýcarského právního systému je toho jasným důkazem.<sup>98</sup> Zde navíc hraje velkou roli rovněž faktor jazyka, o němž bude vzápětí hovořeno.

7) Vedle těchto ústředních faktorů, které recepci podmiňují nebo ji alespoň zvýhodňují, existují méně významná hlediska, jež podmiňují způsobnost receptce z určitého právního řádu. Podstatná je přitom především řečená jazyková přístupnost cizího právního řádu, z něhož by potenciálně mohla být receptce prováděna. Bez vývoje latiny jako *lingua franca* právního stavu by nebyla myslitelná receptce římského práva. Obdobně je tomu dnes s etablováním angličtiny jako jazyka mezinárodního právního diskursu.<sup>99</sup> Právní řády s malými jazyky, jako jsou estonština, maďarština, slovinština nebo též nizozemština, jsou ve skutečnosti, pokud z těchto právních okruhů neexistují anglické překlady, mezinárodně bezvýznamné. Občas hraje při výběru recipovaného práva roli náhoda. Příkladem je rozhodnutí o recepci švýcarského soukromého práva v Turecku, které bylo údajně odůvodněno okolností, že tehdejší turecký ministr spravedlnosti absolvoval ve Švýcarsku svoje právnícké studium a nabyt tak přesvědčení, že švýcarské zákony jsou ty nejmodernější a nejlepší na světě.<sup>100</sup> Studoval-li by v Německu, byl by pravděpodobně prosazoval převzetí německého BGB.

### 3. TYPY PRÁVNÍCH RECEPCÍ

#### 3.1 Receptce typu zákonodárství versus zákonodárství

Klasický typ receptce,<sup>101</sup> který je v mnoha dílech popisován jako jediný příklad tohoto fenoménu, je receptce zákonodárství jedné jurisdikce zákonodárcem jiného právního řádu.<sup>102</sup> Vydjeme-li z této premisy, pak lze rozlišovat jednotlivé podtypy receptce: v případě

<sup>97</sup> Za všechny pak BERKOWITZ, D. – PISTOR, K. – RICHARD, J.-F. *The Transplant Effect*, s. 180: „Státy, které mají společnou historii, budou znát transplantované právní koncepce a budou proto mít málo důvodů k tomu, aby si vybraly systém, který méně znají.“

<sup>98</sup> Srov. prameny u Kramera, KRAMER, E. A. Der Einfluss des BGB auf das schweizerische und österreichische Privatrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*. 2000, 200, s. 365 an. Nikoliv nepodstatný faktor u této rozvinuté tendence k recepci teorií z Německa je poukaz německých znalců soukromého práva na rakouské a švýcarské katedry. Ohledně „*circo lazio di professori*“ ve vztahu Německo, Rakousko a Švýcarsko viz blíže ibidem, s. 390 an.

<sup>99</sup> Příklady pro transponovanou anglickou terminologii v mezinárodním smluvním styku viz níže pozn. č. 134.

<sup>100</sup> Viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 176, s odvoláním na HIRSCH, H. J. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*. 1954, 116, s. 206.

<sup>101</sup> Následující typologie vychází z receptce zúčastněných subjektů. Lze si však zajisté představit jinou typologii (srov. typologie u COHN, M. *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Unreasonableness and Proportionality Review of the Administration in the United Kingdom*. *The American Journal of Comparative Law*. 2010, Vol. 58, s. 590 an.), například takovou, která se odlišuje podle svého obsahu. Podle toho lze rozlišovat mezi receptcemi obsahově právních zadání a receptcí metodologických pravidel, respektive institutů. K recepci institutu, který byl vyvinut v německé nauce a který se týká teleologické redukce ve Švýcarsku, viz např. KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*. 4. vydání. München: C. H. Beck, 2013, s. 227 an.; k metodologickým procesům asimilace ve vztahu k *Common Law* a kontinentálního práva viz KRAMER, E. A. *Konvergenz und Internationalisierung der juristischen Methode*. In: ASSMANN, H. D. – BRÜGGEMEIER, G. – SETHE, R. (eds). *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*. Baden-Baden, 2001, s. 34 an.

<sup>102</sup> Jestliže se úvaha omezí na typ receptce, bylo by možné souhlasit s názorem Amstutze a Karavase (AMSTUTZ, M. – KARAVAS, V. *Rechtsgeschichte. Zu Genese und Evolution des Rechts im transnationalen Raum*. 8. svazek. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2006, s. 14 o tom, že právní transplantace vychází

částečných recepcí, které stojí v popředí, jsou přebírány jednotlivé díly cizího právního řádu, jak tomu je v případě převzetí jednotlivých ustanovení francouzského deliktčního práva (například generální klauzule čl. 1382 *Code Civil*) do švýcarského obligačního práva (čl. 41 odst. 1 OR).<sup>103</sup> O totální neboli celkové recepci se hovoří tehdy, jestliže je plošně převzato celé zákonodárství *en bloc*,<sup>104</sup> jako tomu je v případě švýcarského ZGB a OR v Turecku<sup>105</sup> či německého HGB v Rakousku,<sup>106</sup> kde šlo o totální recepci, jež byla již uvedena jako vnucená recepcce.<sup>107</sup> O eklektické neboli syntetické recepci lze mluvit tehdy, jestliže kodifikace přijímá rozmanité modely a skládá je do nového *mixtum compositum*.<sup>108</sup>

Oprávněně mnozí při recepci zahraničních zákonů varují před jakýmsi naivním recepčním diletantismem.<sup>109</sup> Samozřejmě nelze brát v úvahu pouhý text zákona (*black-letter arguments*), aniž se reflektuje právní kontext a především konkrétní praktické zkušenosti s takovýmito recepcemi. Stojíme totiž, jak popisuje Grossfeld<sup>110</sup> neudržitelnost receptce pouhých textů, stále před nebezpečím převzetí zahraničního tzv. mrtvého práva a jeho

---

z určité představy národních států, která již není aktuální. Srov. proti tomu naznačené rozšíření pozornosti na smluvní praxi (dále viz kapitola 3.2), na *soft law* (níže kapitola 3.2) a mezinárodní sjednocení, respektive harmonizaci práva (níže kapitola 3.3).

<sup>103</sup> K tomu BUCHER, A. In: CARONI, P. (ed.). *Das Obligationenrecht 1883–1983. Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts*. Berne – Stuttgart, 1984, s. 162 an. Kromě tohoto příkladu lze uvést bezpočet dalších. K částečné recepci skutkové podstaty zneužití práva podle čl. 2 odst. 2 a 7 švýcarského ZGB v novém českém občanském zákoníku, který vstoupil v účinnost 1. 1. 2014, viz TICHÝ, L. *Das neue ZGB für die Tschechische Republik – Eine kritische Skizze. Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2014, s. 489.

<sup>104</sup> K pojmu celkové receptce viz již ZAJTAY, I. *Der Begriff der Gesamtrezeption fremder Rechte. Archiv für die civilistische Praxis*. 1970, 170, s. 251 an.

<sup>105</sup> Viz již výše pozn. č. 70.

<sup>106</sup> Viz výše pozn. č. 65.

<sup>107</sup> Celková receptce německého soukromého práva na Dálném východě (Japonsko, Korea, Čína, Taiwan), v kterémžto případě model však nebylo možné jednoduše kopírovat, viz WENDEHORST, Ch. In: JEHL, J.-M. – LIPP, V. – YAMANAKA, K. (eds). *Rezeption und Reform in japanischen und deutschen Recht*. Göttingen, 2008, s. 19 an.; k problematice Koreje a Taiwanu podrobně též KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, § 9, marg. č. 153 an., pozn. č. 158 an. K recepci ve východní Asii též SCHERMAIER, M. J. – GEPHART, W. (eds). *Rezeption und Kulturwandel. Europäische Rechts Traditionen in Ostasien und Russland*. Vittorio Kolstremann, 2016.

<sup>108</sup> Ohledně eklekticky koncipovaného občanského zákoníku Etiopie z pera René Davida jakožto příkladu tzv. „syntetické receptce“ viz SAND, P. H. *Die Reform des äthiopischen Erbrechts: Problematik einer synthetischen Rezeption. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 1969, Vol. 33, s. 413 an.; k obecnému zákoníku o majetku Knížectví Černé Hory z roku 1888, jehož redaktor vzal jako základ schematickou synopsi tehdy existujících zákoníků (mezi jiným též švýcarských kantonálních kodexů), viz STOLLEIS, M. *Transfer normativer Ordnungen – Baumaterial für junge Nationalstaaten* s. 78 an. Zvláštní struktura receptce existuje tehdy, jestliže v tzv. „hybridních právních řádech“ (*Mixed Legal System*) jsou značné části právního řádu převzaty z jednoho právního řádu a jiné důležité prvky z právního řádu jiného státu, respektive z jiné právní tradice. Mezi velmi často analyzovanými případy to jsou Jižní Afrika, Skotsko a Izrael, též Mauritius a Seychely. K tomu BOGDAN, M. *The Law of Mauritius and Seychelles. A Study of Two Small Mixed Legal Systems*. Juristförlaget, 1989. Ohledně půjčování a transplantátů jakožto základu smíšených právních řádů viz DU PLESSIS, J. In: REIMANN, M. – ZIMMERMANN, R. (eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, s. 487 an.

<sup>109</sup> Seznam typických pastí při recepcích zákonů viz MÜLLER-CHEN, M. – MÜLLER, CH. – WIDMER LÜCHINGER, C. *Comparative Private Law*, marg. č. 281.

<sup>110</sup> Viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, s. 89. K novému českému obecnému zákoníku srov. kritiku Tichého, TICHÝ, L. *Das neue ZGB für die Tschechische Republik – Eine kritische Skizze*, s. 480: „Protože český zákonodárce reflektoval pouze text zákona a ignoroval jeho výklad soudní praxí a právní teorií, zavedl též obskurtní právní instituty. Uvádí obstarožní věcné právní úpravy, které byly převzaty z rakouského ABGB, avšak v Rakousku již nejsou používány.“

následného považování za právo živoucí. Uwe Kischel<sup>111</sup> uvádí příklad původního znění § 253 BGB (tj. platného ještě před modernizací obligačního práva), podle kterého bylo navzdory protikladné judikatuře vyloučeno poskytnutí náhrady nemajetkové škody. Jestliže by tedy jiný stát převzal právní normu obsaženou v § 253 BGB, převzal by sice německý text zákona, nikoliv však jeho skutečný význam. Proto například Estonsko, které se chtělo orientovat na německé civilní právo, doplnilo § 253 BGB do § 1046 estonského zákona o obligacích o obsah, který mu vtiskla judikatura;<sup>112</sup> a to s tím výsledkem, že estonský zákon reflektoval německou situaci lépe než tehdejší BGB. Z hlediska metodologického to znamená, že rozhodující zahraniční právní normy je třeba nalézat nikoliv na povrchu v jejich terminologii, nýbrž pouze na základě funkční komparace, která vychází z reálných problémů úpravy a jejich účelu,<sup>113</sup> jež právě nemohou být dovozeny pouze z textu zákona. Z toho mimo jiné vyplývá, že zejména u recepce zákonů z právních řádů, které jsou vytvářeny jinými rámcovými podmínkami, je třeba si počínat velmi opatrně.<sup>114</sup> Jestliže se například právní institut amerického deliktního práva stane potenciálním objektem recepce, je třeba zvažovat, že hospodářské a sociální prostředí deliktní odpovědnosti v USA se zřetelně odlišuje od našeho chápání tohoto institutu, konkrétně, že sociální systémy jsou rozdílného charakteru a že deliktní odpovědnost je mnohdy jediný instrument sociální regulace.<sup>115</sup>

### 3.2 Recepce jiným způsobem

Recepce ve formě zákonodárství versus zákonodárství není jedinou možností převzetí práva. Zřejmě není zapotřebí zvláštních důvodů pro úvahu, že zákonodárství není jediný činitel dalšího vývoje právního řádu, přičemž je třeba brát v úvahu skutečně rozhodující faktory, a otázkou zůstává, zda a jak zařadit produkty adekvátních aktérů vytvářejících právo do oficiálního interního katalogu právních pramenů. Vedle zákonodárství existují samozřejmě též soudní rozhodnutí, zejména nejvyšších soudů, tedy tzv. „*legal formants*“ právního řádu, abychom použili výraz vytvořený Rodolfem Sacco.<sup>116</sup> Totéž platí pro právní nauku a soukromou smluvní praxi. Mezi všemi těmito aktéry existují velmi bohaté recepční procesy: soudcovské právo určitého státu, jako například právě uvedený příklad recepce německého soudcovského práva u náhrady imateriální škody v Estonsku, je recipován zákonodárcem jiného státu;<sup>117</sup> judikatura nejvyšších soudů jednoho státu

<sup>111</sup> Viz pozn. č. 21, s. 64 an.

<sup>112</sup> Viz KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 65.

<sup>113</sup> BYDLINSKI, F. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. vydání. Wien – New York: Springer, 1991, s. 386.

<sup>114</sup> Viz výslovně OLG Celle NJW 2005, 2160 (2161).

<sup>115</sup> Viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, s. 111.

<sup>116</sup> *The American Journal of Comparative Law*. 1991, Vol. 39, s. 1 an.; s. 343 an.; k tomu podrobně KISCHEL, U. *Rechtsvergleichung*, s. 113 an.

<sup>117</sup> HÄBERLE, P. Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells. *JuristenZeitung*. 1992, s. 1036 an., který mluví o překřížené recepci, jestliže právě autor recepce se neidentifikuje s pramenem, jehož právní kreaci převzal, jestliže například – jako již v uvedeném příkladu Estonska – zahraniční zákonodárci recipuje cizí soudcovské právo; STARCK, CH. *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zur Göttingen*, s. 383, poukazuje například na činnost Otto Mayera, který na základě praxe francouzské státní rady koncipoval svoje dílo *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (1886) a nechal se tím inspirovat k svému „německému správnímu právu“ (*Deutschen Verwaltungsrechts*, 2 svazky 1895 a 1896). O toto epochální dílo se opírala judikatura německých soudů, která pak byla základem správněprávního soudnictví (1976).

je přebírána bez zásahu zákonodárce jiného státu;<sup>118</sup> teorie, respektive právní instituty vytvořené v právní nauce jednoho státu jsou recipovány judikaturou nebo zákonodárstvím státu jiného. Například Canarisem vytvořená doktrína tzv. odpovědnosti za důvěru (*Vertrauenshaftung*)<sup>119</sup> podporovaná švýcarskou naukou byla převzata švýcarským spolkovým soudem (Nejvyšší soud),<sup>120</sup> který je, jak již bylo prokázáno,<sup>121</sup> vůči soudem implementované srovnávací metodě k vyplňování mezer v zákoně velmi otevřený. Podobným způsobem převzal španělských Nejvyšší soud (*Tribunal Supremo*) za podpory španělské právní nauky německou doktrínu zániku práva.<sup>122</sup> Jheringem v roce 1861<sup>123</sup> „objevená“ (přesněji znovuobjevená)<sup>124</sup> nauka o *culpa in contrahendo* byla s ohledem na odpovědnost v souvislosti s námitkou omylu poprvé recipována (1881) švýcarským zákonodárcem<sup>125</sup> a v roce 1941 převzata do obecné formulace čl. 1337 *Codice Civile* tak, že překračuje samotné právo omylu. Jde o určité zevšeobecnění, k němuž se připojila i modernizace obligačního práva BGB v roce 2002<sup>126</sup> poté, co předtím (jako ve Švýcarsku<sup>127</sup> a Rakousku<sup>128</sup>) nauka a judikatura tento obecný předpis již propagovaly, respektive praktikovaly. To jsou jen některé příklady toho, že v evropském prostoru lze již staletí najít zejména v soukromém právu zvlášť cíle „*circolazione di modelli*“ (Sacco)<sup>129</sup>, a sice, jak bylo již několikrát zdůrazňováno, mezi relativně kreativními a právo recipujícími aktéry (zákonodárství, judikatura, nauka a též smluvní praxe), přičemž během doby, jak to plasticky formuloval Peter Häberle,<sup>130</sup> vzniká relativně hustá síť recepce.

Jedním z obzvlášť důležitých vývojových faktorů smluvního práva, jež je ovládáno autonomií vůle, je smluvní praxe. Zde je možné pozorovat světové („transnacionální“) mnohostranné recepční fenomény.<sup>131</sup> Leasing byl například vyvinut v americké smluvní praxi (USA), je však, nezávisle na tom, zda existuje jeho zákonná úprava, praktikován po celém světě.<sup>132</sup> Americká smluvní kultura hraje dnes, jak již zmíněno,<sup>133</sup> například

<sup>118</sup> SACCO, R. *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, s. 395, hovoří o „*přímém napodobování soudců soudci*“.

<sup>119</sup> CANARIS, C.-W. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C. H. Beck, 1971.

<sup>120</sup> Významná rozhodnutí jsou BGE 120 III s. 334 an. a BGE 121 III s. 350 an.

<sup>121</sup> Viz celou řadu rozhodnutí uváděných Kramerem, pozn. č. 101.

<sup>122</sup> K tomu viz VAQUER, A. *Importing foreign doctrines. Yet another approach to the Unification of European Private Law*. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2000, s. 301 an.

<sup>123</sup> JheringsJb 4.1861, s. 1 an.

<sup>124</sup> K historii objevů podrobně viz MEDICUS, D. In: BENÖHR, H. P. et al. *Iuris Professio, Festgabe Max Kaser zum 80. Geburtstag*. Wien: H. Böhlau, 1986, s. 169 an.; viz též Zimmermann, pozn. č. 49, s. 613 an.

<sup>125</sup> Čl. 23 starého zákona o obligacích (OR) z roku 1881, který odpovídá dnešnímu čl. 26 odst. 2 OR.

<sup>126</sup> Viz § 311 odst. 2 BGB.

<sup>127</sup> Pro Švýcarsko viz komentář Schwenzerové, SCHWENZER, I. *Schweizerisches Obligationenrecht*. 6. vydání. Bern: Stämpfli Verlag, 2012, marg. č. 47.01 an.

<sup>128</sup> Podstatné viz u WELSER, R. *Das Verschulden beim Vertragschluss im österreichischen bürgerlichen Recht*. *Österreichische Juristen-Zeitung*, 1973, s. 281 an.

<sup>129</sup> SACCO, R. In: CAPPELLETTI, M. (ed.). *New Perspectives for a Common Law of Europe*. Florence: EUI, 1978, s. 97 an.

<sup>130</sup> HÄBERLE, P. *Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells*, s. 1042. Vztahuje se na evropské ústavní právo.

<sup>131</sup> K právním transplantátům na základě soukromých smluv na příkladu „Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains“ viz LIN, L. W. *Legal Transplants through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example*. *The American Journal of Comparative Law*. 2009, Vol. 57, s. 711 an.

<sup>132</sup> Pro mezinárodní smlouvu o leasingu existuje kodifikace ve formě UNIDROIT *Convention on International Financial Leasing*, Ottawa 1. 5. 1995. Pokus o ratifikaci této konvence však je bezvýznamný. Z členských států Evropské unie ji ratifikovaly pouze Francie a Velká Británie.



v případě fúzí společnosti („*Mergels & Aquisitions*“) rozhodující roli. Světově rozšířené a používané výrazy jako například *share deal*, *asset deal*, *representations and warranties*, *set off*, *due diligence*, *closing*, *heads of agreement* dokládají amerikanizaci<sup>134</sup> smluvního práva.

Relativně novým jevem smluvního práva jsou kodifikace ve formě *soft law*, tzv. *Restatements* smluvního práva, a mezi nimi zejména *Principles of International Commercial Contracts* (PICC) a *Principles of European Contract Law* (PECL). Do těchto kodifikací bylo mnoho recipováno a na druhé straně jsou rovněž tyto kodifikace recipovány, a sice nejen do mezinárodních obchodních smluv a arbitrážních doložek, nýbrž též do národní legislativy, zejména jak to ukazuje analyzovaný příklad Litvy,<sup>135</sup> a dále do zákonodárství bývalých socialistických států Evropy, které se při přijímání svých civilněprávních kodifikací nechaly inspirovat modelem těchto tzv. *Restatements*.<sup>136</sup>

Následující graf, zajisté nikoliv vyčerpávající, je schématickým přehledem struktury možných recepčních modelů:

G → G	R → L → R → G	G = zákonodárce
R → G	G → R	L = nauka
L → G	G → L	R = judikatura
L → R → G	R → VP	SL = soft law
L → L	VP → VP	VP = smluvní praxe
L → L → R → G	VP → G	
R → R	R → R	
	SL → G	

### 3.3 „Spontánní“ recepce

Od záměrné a cílené recepce různými subjekty, které se zúčastňují legislativní práce, je třeba odlišovat „právní adaptace spontánní formy“,<sup>137</sup> při nichž nejde o převzetí kon-

<sup>133</sup> Viz pozn. č. 75.

<sup>134</sup> MERKT, H. *Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht*, s. 502 an., který mluví s ohledem na anglickou terminologii, jež je užívána v mezinárodních hospodářských smlouvách, jako o *lingua franca*. Jestliže mezinárodní hospodářské smlouvy, které podléhají německému nebo jinému kontinentálně evropskému právnímu řádu anglickou terminologií, která je odvozena od angloamerického právního okruhu, avšak výklad je podřízen příslušnému právnímu řádu kontinentálnímu, pak vznikají velmi složité otázky interpretace. Pro interpretaci ve smyslu angloamerického významu viz FREUDENBERG, R. Haftung für „indirect and consequential damages“ unter deutschem Vertragsstatut. *ZfP*. 2015, H. 49, s. 2345 an. (na příkladu odpovědnosti za nepřímé a následné škody). Ohledně zavedení anglické slovní zásoby v mezinárodních obchodních věcech viz ARMBRÜSTER, CH. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2001, s. 102 an.

<sup>135</sup> Viz ZUKAS, T. *Einfluss der „Unidroit Principles of International Contract Law“ auf die Transformation des Vertragsrechts in Litauen*. Bern: Stämpfli, 2011.

<sup>136</sup> Ohledně častého použití PECL španělským nejvyšším soudem (*Tribunal Supremo*) jako určité výplně mezer obligacního práva podle *Código Civil* viz VENDRELL CERVANTES, C. The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*. 2008, 16, s. 534 an.

<sup>137</sup> Ohledně spontánní právní harmonizace viz PHILIPPS, G. *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung*. Frankfurt – Berlin: Alfred Metzner, 1965, s. 10 an.; KRAMER, E. A. *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung*. *JBl*. 1988, s. 485. Ohledně přirozené konvergence na základě vzrůstajícího povědomí o závažných globálních problémech (znečištění, životní prostředí, globální oteplování atd.) viz DE CRUZ, P. *Comparative Law in a Changing World*. 2. vydání. Routledge-Cavendish, 1999, s. 491.

krétních úprav, nýbrž o recepci globálních témat, která odpovídají časovým tendencím, a proto jsou tak říkajíc „ve vzduchu“,<sup>138</sup> v jejichž rozvoji některé státy zaujímají určitou přední úlohu, která – plně ve smyslu obecného fenoménu „kulturní difúze“ – je činí světově vedoucími představiteli,<sup>139</sup> přičemž, jak řečeno, nejde (alespoň nikoliv typickým způsobem) o recepci konkrétních právních modelů, nýbrž trochu obdobně, jako tomu je v případě čl. 288 odst. 3 SFEU v případě směrnic evropského práva – o převzetí usku- tečňovaného právněpolitického cíle. Na příklad tzv. *cultural leadership* amerického práva v oblasti práva ochrany spotřebitele jsme již poukázali.<sup>140</sup>

#### 4. DALŠÍ VÝVOJ A INTERPRETACE RECIPOVANÉHO PRÁVA

Recepce práva je dynamický sociální proces, který nekončí pouhým aktem recepce. Objekt recepce musí být interpretován recepčním právním řádem a teprve poté je transponován. Že se to ne vždy podaří a recepce tak může zůstat mrtvým textem, neboť transponované právo není kompatibilní s „kulturou“ recepčního právního řádu, se ukazuje již na zmíněném případě recepce švýcarského manželského a rodinného práva v Turecku.<sup>141</sup>

Často však nejde o vlastní odmítající efekty (odpužující efekty), nýbrž zejména o transformace provedené judikaturou. Günter Teubner analyzoval tento fenomén, kdy objekt recepce působí v novém prostředí jako právně mylný (*legal irritant*) a někdy se mu doslova odcizí, a to na příkladu principu dobré víry (*Treu und Glauben, good faith*), jenž byl recipován z evropského právního předpisu (směrnice o zneužívajících ustanoveních EU) do britského práva a jenž jinak odpovídá kontinentální evropské tradici,<sup>142</sup> a došel k závěru: „*Under present conditions it is inconceivable that British good faith will be the same as Treu und Glauben German style which has been developed in a rather special historical and cultural constellation.*“<sup>143</sup> [Za současných podmínek je nepředstavitelné, že bude britská dobrá víra totožná s německou dobrou vírou (*Treu und Glauben*), jež se vyvinula za dosti speciálních historických a kulturních podmínek.]

V případě recepce zákonodárstvím prostřednictvím zákonodárství jiného státu je převzaté právo recipováno zákonodárcem nikoliv v nepozměněné podobě, nýbrž je integrováno cílenými modifikacemi. Příkladem jsou předpisy u příležitosti totální recepce německého obchodního zákoníku (HGB) do rakouského práva, obsažené ve 4. nařízení uvozujiícím obchodní právo.<sup>144</sup> Právě příklad převzetí německého obchodního práva v Rakousku ukazuje, že vývoj se nezastaví u původně provedené adaptace, nýbrž že zákonodárce jde zcela konkrétní cestou a objekt recepce tak částečně dále znovu nostrifikuje.

<sup>138</sup> FEDTKE, J. viz heslo „*Legal transplants*“. In: SMITS, J. M. (ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*. 2006, s. 436, mluví o „transplantátech myšlenky“.

<sup>139</sup> Viz GROSSFELD, B. *Macht und Ohnmacht der Rechtsvergleichung*, s. 25, který mluví o „duchovních proudech“, které obcházejí svět, a uvádí například hesla jako „emancipace“, „dětské blaho“, „ochrana spotřebitele“ a „ochrana životního prostředí“.

<sup>140</sup> Viz výše kapitola 2, část 5); srov. ohledně globálních konvergenčních tendencí též v případě pozn. č. 46.

<sup>141</sup> Viz výše kapitola 1.2 v pozn. č. 45.

<sup>142</sup> Viz TEUBNER, G. *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, s. 11 an.

<sup>143</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>144</sup> 4. Nařízení k přijetí obchodněprávních předpisů v Zemi Rakousko z 24. 12. 1938 (RGBl I 1999 = GBlO 1939/86). Toto nařízení bylo u příležitosti vydání rakouského podnikatelského zákoníku (UGB) zrušeno.

V tomto ohledu je třeba poukázat na „vypuštění“ německého HGB prostřednictvím vydání podnikového zákoníku (UGB) v roce 2005, tedy na další vývoj, který v současné době působí na zemi původu, tj. na Německo, a vyvolává tam diskusi,<sup>145</sup> zda spotřebitelsko-právní pojem podniku obsažený v UGB (který byl ostatně v podstatě vyvinut německým teoretikem Karstenem Schmidtem)<sup>146</sup> neměl v německém HGB vystřídat již překonaný pojem obchodníka. Něco obdobného bylo možno pozorovat v posledních letech v Turecku, kde byly švýcarské kodifikace převzaty v roce 1926 v mezidobí nahrazeny novými zákoníky,<sup>147</sup> které jsou sice v podstatě velmi ovlivněny švýcarským „mateřským právem“, avšak v mnoha ohledech se od tohoto vzoru odlišují.<sup>148</sup> Těž další vývoj francouzského *Code Civil* v Belgii a v Lucembursku nabízí velmi cenný materiál.<sup>149</sup>

To nás vede k metodologické otázce o tom, zda se soudy státu převzetí při interpretaci recipovaného práva mají držet judikatury státu původu, jak to odpovídá především judikatuře nejvyšších soudů. Jde tedy o upozornění ustanovení § 3 rakouského MPS (které odpovídá i švýcarské a německé praxi),<sup>150</sup> jež z hlediska kolizněprávního takový postup výslovně zapovídá. Lichtenštejnský nejvyšší soud (OGH)<sup>151</sup> tento princip kolizněprávního státu původu rozšířil na recipované právo. Převzaté právo by mělo „v Lichtenštejnsku platit tak, jak ve skutečnosti v zemi původu platí (*law in action*)“. Ve skutečnosti je správné diferencovat: je-li účelem recepce (například z obchodněpolitických důvodů) vytvoření právní jednoty v poměru k zemi původu, pak odpovídá této teleologii, že požadovaná právní jednotka by neměla být zpochybňována samostatným, svébytným a v zemi původu se odlišujícím výkladem. V tomto smyslu interpretuje švýcarský nejvyšší soud prostřednictvím „autonomní implementace“ recipované unijní právo směrnice (bez unijněprávní povinnosti), a to pokud možno konformně se směrnici tím způsobem, jak to předvídá SDEU.<sup>152</sup> Ve všech jiných případech recepce, ve kterých je zahraniční právo recipováno pouze kvůli svému obsahu, aniž by hrála jednotka právních řádů nějakou relevantní roli, nehovoří nic proti tomu, aby byla prováděna samostatná

<sup>145</sup> K tomu SPRINGOB, A. *Der verbraucherrechtliche Unternehmensbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. Jeho transpozice do německého občanského zákoníku podle modelu podnikatelské reformy v Rakousku (2016).

<sup>146</sup> Viz např. SCHMIDT, K. Wozu noch Handelsrecht? – Vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht. *JBl.* 1995, s. 341 an., především s. 344 an.; SCHMIDT, K. Zum Stand der HGB-Reform: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Überlegungen. *JBl.* 2003, s. 137 an.

<sup>147</sup> Nový občanský zákoník (v účinnosti od 1. 1. 2002); nový zákon o obligacích (v účinnosti od 1. 7. 2012).

<sup>148</sup> A tak vychází například deliktivní právo nového tureckého zákona o obligacích velmi výrazně z návrhu celkové revize švýcarského deliktivního práva (zejména s ohledem na přijetí obecné klauzule ohledně odpovědnosti za velmi nebezpečné činnosti v čl. 71 nového tureckého zákona o obligacích), tedy celkové revize, která však ve Švýcarsku ztroskotala. Widmer tedy tvůrce švýcarského návrhu považuje nikoliv za vyloučené, že Švýcarsko jednoho krásného dne by se mohlo octnout v značně zvláštní situaci, tedy převzít zahraniční model, který se inspiroval švýcarským návrhem, a mluví tedy o formě recyklace legislativy [viz WIDMER, P. In: GUILLOD, O. – MÜLLER, CH. (eds). *Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*. Bâle: Helbing Lichtenhah Verlag, 2011, s. 242]. K novému tureckému reviznímu právu viz BURCUOĞLU, H. Aperçu général sur le nouveau Code Turc des Obligations. *ZSR.* 2013, 132, I, s. 229 an.

<sup>149</sup> K tomu viz ZWEIGERT, K. – KÖTZ, H. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, s. 99. Přitom nejde jenom o to, aby kodifikace jednotlivých zákonů žily vlastním životem, nýbrž o rozdílné vývoje judikatury v případě totožného zákonného textu.

<sup>150</sup> Pro Švýcarsko viz BGE 126 III 492 (s. 494 an.); ohledně Německa viz von HEIN, J. In: *Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 10: Internationales Privatrecht I*. 6. vydání. München, C. H. Beck, 2015, Einl. IPR, marg. č. 297.

<sup>151</sup> Knížecí nejvyšší soud z 1. 7. 2011, viz Lichtenštejnská sbírka rozhodnutí (LES) 3/11, s. 156 (157).

<sup>152</sup> Viz prameny u KRAMER, E. A. *Juristische Methodenlehre*, s. 309 an.

a zejména v příslušné souvislosti s právním kontextem zdůrazňující interpretace skrze soudy recipujícího státu. Je zřejmé, že při interpretaci recipovaného práva je třeba vzít v úvahu inspiraci praxí a teorií státu původu. To ovšem neznamená, že by existovala metodologicky nějaká povinnost přebírat tuto cizí interpretaci.

Zvláštní pozornost by měla patřit jednotnému soukromému právu<sup>153</sup> a evropskému právu.<sup>154</sup> Je zřejmé, že existují mnohé recepce národních právních řádů členských států různých konvencí a EU. To ovšem zde neznamená, že by měla interpretace těchto ustanovení následovat po výkladu mateřského právního řádu. Platí princip svébytné, autonomní interpretace z celého systému jednotného práva, respektive unijního práva. Na hranici tohoto systému by měl být zachován účinek sjednocování či sjednocení, který by neměl být ohrožen principiální inklinací k národnímu právnímu řádu. Například pravidlo předvídatelnosti v čl. 74 CISG, které, jak již řečeno,<sup>155</sup> je principiálně inspirováno modelem angloamerického pravidla kontemplace (*contemplation rule*), je interpretováno autonomně a odlišně od judikatury práva angloamerických států.<sup>156</sup> Též zde neznamená tato samostatnost, že nemůže být v případě pochybností při výkladu přinejmenším inspirativním, a tedy žádoucím či vhodným takovou judikaturu konzultovat (jako *persuasive authority*) a v případě, že neodporuje svébytné teleologické teorii sjednoceného práva, se jejím výkladem i řídit.<sup>157</sup> To platí obdobně i v případě unijně autonomní interpretace evropského práva.<sup>158</sup>

<sup>153</sup> K CISG za všechny FERRARI, F. In: SCHLECHTRIEM, P. – SCHWENZER, I. (eds). *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*. 6. vydání. München: C. H. Beck, 2013, čl. 7, marg. č. 9 an.

<sup>154</sup> Viz k tomu RIESENHUBER, K. In: RIESENHUBER, K. (ed.). *Europäische Methodenlehre*. 3. vydání. Berlin: De Gruyter, 2015, § 10, marg. č. 4 an.

<sup>155</sup> Viz výše pozn. č. 101.

<sup>156</sup> Viz SCHWENZER, I. *Schweizerisches Obligationenrecht*, čl. 74, marg. č. 46.

<sup>157</sup> Jestliže by právní úprava byla záměrně recipovaná z jiného právního řádu, pak se jeví legitimním vztahovat se na tzv. mateřský právní řád. K tomu srov. FERRARI, F. In: SCHLECHTRIEM, P. – SCHWENZER, I. (eds). *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*. 6. vydání. München: C. H. Beck, 2013, čl. 7, marg. č. 12; též již KRAMER, E. A. *Zur Theorie und Politik des Privat- und Wirtschaftsrechts*. Basel – Frankfurt: Manz, 1997, s. 413.

<sup>158</sup> K zásadní bezvýznamnosti jakéhosi modelového práva viz RIESENHUBER, K. *Europäische Methodenlehre*, § 10, marg. č. 39, který však nevylučuje, že v těchto případech mohou existovat určité důležité aspekty pro interpretaci jednotlivých ustanovení.

## Key Issues of Legal Reception

Ernst A. Kramer

*Abstract:* This study deals with a very „modern“ issue which is the reception of law. This phenomenon may cover many features starting with the reception of codexis, of the taking over of some legal instruments or institutions, ending with the transplantation of doctrinal ideas. The objective view shows that the history of law is history of reception. It goes back to the Roman law and Roman law was then transformed in *ius comune* and the works of Pandektist's of 19th century in Germany. Reception of law (legal reception) became now a very modern topic, which is dealt with by many academics over the whole world. Some of them express very negative attitude towards legal reception saying that it can never work since the background and the context of law is very different and its functioning is very much influenced by the social and political conditions. The practice and the real life contest this statement since examples of the new civil codifications in many European countries show otherwise. It is clear that reception which might be called transplantation, is much more effective than the development of national projects without any experience. The author distinguishes three types of legal receptions. First of all, as already mentioned, the whole codexis could be transplanted similarly to how the Swiss civil code and the Law of obligation was into Turkish legislation. The other type of legal reception is the transplantation of only some legal institutions and the third type transfers only legal doctrines. Example of this is the transplantation of the ideas of what Professor Canaris called liability for trust by the Swiss Supreme Court. The fifth chapter of the study deals with the further development of transplants in “foreign“ contexts. The very important question is whether the further development should follow so called mother legislation or whether it could be developed autonomously. Of course both ways are possible even if the more frequent manner is the autonomous development which is experienced in Japan, Turkey and other countries.

**Key words:** legal reception, transplantation, legal transplant, pros and cons, methods of legal reception, development of transplants in the new context