Západočeská univerzita v Plzni
Fakulta právnická

Diplomová práce

ANTROPOLOGIE PRÁVA

Irena Slavíková

Plzeň 2012

Západočeská univerzita v Plzni
Fakulta právnická

Diplomová práce

ANTROPOLOGIE PRÁVA

Irena Slavíková

Pracoviště:
Katedra teorie práva

Studijní program:
Právo a právní věda

Obor:
Právo

Vedoucí práce:
JUDr. Michal Šejvl, Ph.D

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci na téma *„Antropologie práva“* vypracovala samostatně, všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány a práce nebyla použita jiného nebo stejného titulu.

V Plzni dne …....

Poděkování:

Je mi ctí, že mým vedoucím práce byl JUDr. Michal Šejvl, Ph.D. Tímto bych mu ráda poděkovala za odbornou pomoc a připomínky při vedení této práce.

Obsah

Úvod....6
1 Antropologie práva....8
1.1 Historický vývoj antropologie práva....9
1.1.1 Evolucionistická právní antropologie....9
1.1.2 Konstituování právní antropologie....11
1.2 Trendy v současné právní antropologii....13
1.3 Cíle antropologie práva....15
1.4 Stagnace právní antropologie ve Velké Británii....16
2 Právní pluralismus....19
2.1 Vývoj právního pluralismu....22
2.1.1. Klasický právní pluralismus....22
2.1.2 Moderní právní pluralismus....23
2.2 Právní pluralismus v pojetí autorů....25
2.2.1 Právní pluralismus Leopolda Pospíšila....27
2.2.2 Právní pluralismus Johna Griffithse....30
2.2.3 Silný a slabý právní pluralismus....30
2.2.4 Pohled Briana Tamanahy na vývoj silného právního pluralismus....32
2.2.5 Právní pluralismus podle Geertze....32
3 Pojem práva v právní antropologii....34
3.1 Problém vymezení práva v právním pluralismu....34
3. 2 Teorie práva....37
3.2.1 Teorie práva Eugena Ehrlicha....38
3.2.2 Teorie práva Bronislawa Malinowského....39
3.2.3 Teorie práva Adamsona Hoebela a Karla Llewellyna....40
3.2.4 Teorie práva Maxe Gluckmana....41
3.2.5 Teorie práva Paula Bohannana....41
3.2.4 Teorie práva Leopolda Pospíšila....42
3.3 Vztah státního práva a jiných normativních řádů a právního pluralismu....43
3.3.1 Vnímání práva v horizontální a vertikální podobě....47
4 Kritika....49
4.1 Funkcionalistické pojetí práva....50
4.2 Problém vymezení pojmu právo....51
4.3 Realistická teorie a praxeologie....53
5 Vztah práva a kultury....55
5.1. Kulturní relativismus a lidská práva....57
Závěr....59
Resumé....64
Literatura....65

Úvod

Již od počátku své existence se lidé ptají odkud pocházejí, jaký byl jejich vývoj, jak je možné, že se odlišují od živočišné říše. Na tyto otázky hledá odpověď antropologie. Jedná se o obor živý, dynamický a inovativní zkoumající rod Homo a jeho známé druhy. Věnuje se studiu člověka jako jednotlivce, všímá si jeho mnohých seskupení (př. etnika) a nenechává bez povšimnutí ani výzkum celé lidské populace.

Antropologie je disciplína zabývající se variabilitou lidského druhu. Od živočišné říše se rod Homo neodlišuje pouze fyzickými vlastnostmi, ale i kulturou. Právě kultura je tím, co nás odlišuje od ostatních živočišných druhů. Ve vývoji lidstva plnila důležitou úlohu, nejen že sloužila jako adaptační systém, ale umožnila člověku se přizpůsobit na dané přírodní podmínky, a tak změnila vztah lidské populace a přírody.

Vědci studující lidský druh se rozdělují na dva tábory. Jedni se zabývají výzkumem biologické variability a jejím vývojem; tento obor se nazývá fyzická antropologie. Druzí studují člověka jako tvůrce a produkt kultury a jejich vědní disciplínou je kulturní a sociální antropologie.

Kulturní a sociální antropologie nám představuje kulturní variabilitu lidstva, dokáže popsat vývoj a fungování kulturních systémů a porozumět člověku v cizím kulturním kontextu. Díky kulturním antropologům bylo prokázáno, že naše euroamerická civilizace představuje jen jednu z mnoha rozmanitých kulturních forem lidstva. Ve svých dílech nám zprostředkovali nahlédnutí do života jiných společenství, ukázali nám, že každá společnost má své charakteristické znaky, které ji odlišují od ostatních. Právě kulturní a sociální antropologové se zabývají jednotlivými aspekty společnosti a snaží se je analyzovat. Předmět jejich zájmů zahrnuje rovněž zkoumání sociokulturních regulativů jako je právo, obyčej, tradice apod.

Právo je nerozlučně spjato se společností. Tam kde se nachází společnost, je i právo. Jeho projevy jsou různými způsoby modifikovány, ale žádná společnost, žádná kultura nemůže fungovat bez práva. Jak dochází ke změnám jednotlivých kulturních prvků, mění se funkce i struktura normativních systémů. Právo v antropologii je vnímáno jako dynamický jev – soubor neustále se vyvíjejících a měnících se pravidel. Právo je soubor pravidel chování organizující a řídící lidskou společnost. Hraje důležitou roli ve vztahu společnosti a kultury: Jednak snižuje míru chaosu, ale i

slouží k udržování a rozvoji společnosti a kultury. Právo dává kultuře svébytný ráz. Každá kultura má svůj vlastní právní systém, který má své specifické rysy.

Antropologie práva studuje právo jako jev společný všem lidem a národům. Z hlediska časové perspektivy zkoumá minulé i přítomné národy. Snaží se odkrýt prvky, který se vyskytují ve všech právních systémech různých kultur, na druhou stranu ale i popsat svébytný ráz zkoumaného právního systému. Tato vědní disciplina nám umožňuje nahlédnout do právních systému jiných společností a vidět tak právo nejen v kontextu naší kultury. Jejím hlavním cílem je seznámit nás relevantními fakty, které se týkají variability právních řádů. Snaží se tak eliminovat etnocentrický pohled západních civilizací na jiné právní systémy.

Antropologické studie zabývající se právem dodnes přesně nevymezily hranice mezi jinými normativní řády jako je např. morálka či náboženství a právem. Stále není zodpovězena otázka, co můžeme považovat za právo a co nikoli. Tento problém pramení z velké rozmanitosti a rozdílnosti normativních systémů. Směr v antropologii práva, který se věnuje studiu různých právních systémů se nazývá právní pluralismus. Jeho cílem je analyzovat normativní právní řády a vystihnout podstatu práva.

Cílem mé diplomové práce je přiblížit vědní obor antropologii práva s důrazem na právní pluralismus. Zabývám se jeho vývojem, předmětem studia, hlavními představiteli a zároveň i jeho kritikou.

1 Antropologie práva

Jednou z hraničních disciplín zabývající se právními systémy je antropologie práva. Antropologie práva je subdisciplínou sociální a kulturní antropologie. Sociální a kulturní antropologie se zabývá studiem kulturní rozmanitosti lidstva. Předmětem studia jsou autonomní, na sobě relativně nezávislé společnosti, jejich artefakty, sociokulturní regulativy a ideje. Tato věda má kořeny v dílech cestovatelů, dobrodruhů, misionářů a filosofů, kteří se svou pozornost upoutali na studium zvyků a mravů mimoevropských národů. Sociální a kulturní antropologie jako věda o kultuře nám může pomoci se zorientovat i v dnešním světě.

Sociální a kulturní antropologie má mnoho dalších subdisciplín, které se specializují na určitou společenskou nebo kulturní oblast např. lingvistická antropologie, psychologická antropologie, politická antropologie, feministická antropologie, antropologie města a práva.

Antropologie práva zkoumá vznik, vývoj a fungování právních systémů v různých kulturách světa. Předmětem výzkumů jsou instituce, normy, hodnoty a principy, které zajišťují sociální kontrolu a ovlivňují tak způsob života příslušníků dané kultury.

Antropologie práva sdílí své výzkumné pole s historií a teorií práva, politickou antropologií, filosofií a sociologií práva.

Antropologie práva přináší důležité informace o původu, podstatě a fungování mimoevropských právních systémů. V antropologii je právo vnímáno jako integrální součást kultury nikoli jako autonomní instituce. Právo v pojetí antropologa je sociální fenomén, který se neustále mění podle toho, jak členové konkrétní společnosti jednají.

1.1 Historický vývoj antropologie práva

Jako každá vědní disciplina si i antropologie práva prošla historickým vývojem. Její vývoj se odvíjel částečně od trendů v sociální a kulturní antropologii.

Počátky studia práva ve společenských vědách jsou spojeny se sociologií Emila Durkheima. Ve své práci „De la division du travail social (Division of Labor in Society)“ prohlásil právo za „viditelný symbol“ společenské solidarity.[1] Dalším významným sociologem, který se zabýval právem, byl Weber. Ve svém díle „Wirtschaft und Gesellschaft (Economy and Society)“[2]se věnoval sociologii práva. Zájem o právo byl spojen i se studiem příbuzenských vztahů.

1.1.1 Evolucionistická právní antropologie

První poznatky z antropologie práva lze nalézt již v evolucionismu. Jedním z představitelů tohoto směru, který se věnoval výzkumu právních systémů, je Henry J.S. Maine.[3] Svůj výzkum soustředil na studium vývoje právních a politických institucí a rozpracoval metodu komparativního výzkumu právních systémů. Maine studoval jako jeden z prvních antropologů právní systémy v širších historických a kulturních souvislostech. Pochopil, že komparace různých právních systémů vyžaduje víc než pouhé srovnávání právních textů. L. H. Morgan[4] se zabýval studiem rodinného práva, vývojem různých forem manželství. Frazer[5] ve svých pracích vylíčil „primitivní“ formy právního života. V Německu právní antropologie vznikla reakcí na školu historicko-právní, která právo prohlašovala za projev národního ducha. V právu hledala a zdůrazňovala prvky národní. Právní antropologie se snažila v právu nalézt prvky společné všem kulturám a společnostem. Mezi její zakladatele patří J. J. Bachofen (Das Mutterrecht, 1861), A. H. Post (Das Naturgesetz des Rechts, 1867). V Itálii se antropologií práva zabývá Mazzarella (Le unitá elementari dei sistemi

1 DURKHEIM, Emil. (1984). The Division of Labour in Society. London: Macmillan. s. 24.
2 WEBER, Max (1978). Economy and Society. Berkeley: U. of California P. kap. 8.
3 MAINE, H.S. (1861). Ancient Law. London: John Murray.
4 MORGAN, L. H. (1954). Pravěká společnost. Praha: Československá akademie věd.
5 FRAZER, J. G. (1994). Zlatá ratolest. Praha: Mladá fronta.

giuridici, 1922).[6]

Problematice vývoje právních a politických institucí se věnoval Henry James Summer Maine. Maine se pokusil ve své knize Ancient law dokázat, že teritoriální svazky charakteristické pro moderní politické organizace sahají až k organizaci preliterárních společností. Jeho koncepce vycházela z hypotézy, že rané římské, řecké i hinduistické právo obsahuje principy, na jejichž základě fungovaly primitivní indoevropské společnosti. Podle něj bylo právo založeno na principu příbuzenství a dominantního postavení muže ve společnosti. Dalším vývojovým stádiem právních institucí byl přechod k teritoriálnímu a soukromému právu. Tento pokrok je spojen se změnou sociální organizace. Maine zaznamenal posun od principů rodinných vztahů k občanství, dále od kolektivního vlastnictví k soukromému vlastnictví. Rozlišoval mezi dvěma obdobími: právem zvykovým a právem psaným. Věnoval se úloze právních fikcí, jež se podle jeho názoru snaží vzbudit dojem, že se právní poměry nemění.[7]

Jak uvádí Karel Svoboda, E. A. Freeman přirovnával starověké spolkové státy ke švýcarským kantonům, nizozemským provinciím a USA. Rozlišoval mezi dvěma druhy spolkových států: spolkem států, kde ústřední vláda jedná s vládami jednotlivých států, a složený stát, kde jedná se všemi občany.[8]

U Leista hrál důležitou roli jazyk, hledal podobnost právních prvků u indoevropských národů, příležitostně přihlížel i k neindoevropským etnikům. Věnoval se výzkumu rodové organizace starých národů, zajímal se patriarchální postavení muže ve společnosti, o manželství jako základ právního řádu, dědické právo. Ukázal přechod práva náboženského k právu občanskému. Popsal různou právní úpravu a chápání krádeže, tělesného ublížení.

---

[6] TOMSA, Bohuš (1946). Nauka o právních vědách. Základy právní metodologie. Praha: Spolek čs. Právníků Všehrd, s. 84.

[7] MAINE, Henry James Summer. Ancient law [online]. Batoche, 1999 [cit. 2012-03-19]. Dostupné z: http://www.efm.bris.ac.uk/het/maine/anclaw.htm.

[8] Vývoj bádání o antickém právu. In SVOBODA, Karel. Časopis pro právní a státní vědu. Brno : Právnická moravská jednota, 1923. s. 160.

1.1.2 Konstituování právní antropologie

Vznik antropologie práva jako samostatné vědní disciplíny je spjat se jmény E.A. Hoebela a K. L. Llewellyna.[9] Tito badatelé navázali na otce americké kulturní antropologie Franze Boase.[10] F. Boas se vyjadřoval kriticky k teoretickému bádání, které nebylo podloženo vědeckým pozorováním kulturní rozmanitosti. Svá data a své informace nashromáždil během terénních výzkumů. Boas byl příznivcem kulturního determinismu. K evolucionismu a jeho teoriím zaujímal kritický pohled. Na tradici terénních výzkumů navázali další antropologové Mead, Malinowski a mnoho dalších.

E. A. Hoebel a K. L. Llewellyn studovali právní systémy preliterárních společností, svoje poznatky pak srovnávali s právními systémy jiných kultur. Zaměření na primitivní společnosti mělo v tehdejší době své opodstatnění, jelikož většina právních teoretiků spojovala počátek existence práva se vznikem státu. Za právo považovali pravidla stanovená státními orgány11 tj. především soudy, a protože ty se v nestátních, kmenových společnostech – domněle – nevyskytují, nenachází se zde ani právo.[11] Existenci práva u tzv. primitivů uznal již B. Malinowski, ale jeho funkcionalistické pojetí se stalo terčem kritiky. Tím, kdo zásadněji ovlivnil vnímání povahy práva, byl E. Ehrlich, který nehledal právo jen v právních aktech či kodexech. Pro něj měly rozhodující význam normy, podle kterých se lidé opravdu řídili.[12]

E. A. Hoebel a K. L. Llewellyn se pokusili ve 40. letech 20. století prostřednictvím terénního výzkumu preliterárních společností vytvořit předpoklady pro objektivní komparaci právních systémů různých kultur. Jejich výzkum se především soustředil na zkoumání indiánských společností. Na základě těchto výzkumů formulovali čtyři univerzální atributy práva:

1) síla imperativu, která nutí příslušníky dané kultury chovat se určitým způsobem,
2) nadřazenost práva, která umožňuje v případě komparace s jinými hodnotami dané kultury vítězství právních norem,
3) systémová organizace prvků, která plní socioregulativní funkci,
4) oficiální publicita, která legitimuje existenci právních systémů.[13]

[9] LLEWELLYN, N. Karl; HOEBEL, E. Adamson (1961). The Cheynne Way. Norman: University of Oklahoma.
[10] BOAS, Franz (1938). General Anthropology. Lexington: Heath.
[11] LLEWELLYN, N. Karl; HOEBEL, E. Adamson (1961). The Cheynne Way. Norman: University of Oklahoma.
[12] EHRLICH, Eugen (1936). Fundamental Principles of the sociology of law. Cambridge: Harvard University.
[13] LLEWELLYN, N. Karl; HOEBEL, E. Adamson (1961). The Cheynne Way. Norman: University of Oklahoma.

Klíčová kategorie, jež syntetizuje tyto čtyři atributy, je autorita. Hoebel a Llewellyn popisují různé případy rozhodnutí autorit, které považovali za právo. Z tohoto pohledu lze usuzovat, že zákonodárné akty nejsou privilegiem jen civilizovaných společností, ale že i u preliterárních společností můžeme hovořit o existenci práva.

Podle L. Pospíšila, amerického kulturního antropologa českého původu, případy konfliktů umožňují proniknout k základní formě práva - principům obsažených v soudních rozhodnutích, která zajišťují sociální kontrolu. Pospíšil na základě svých terénních výzkumů formuloval základní atributy práva – autoritu, úmysl univerzální použitelnosti, závazek a sankce.[14]

Tento badatel se též zabýval multiplicitou právních systémů: „Tvrdím, že každá fungující skupina či podskupina společnosti má nejen svého vůdce, ale i svůj vlastní právní systém, který jí dovoluje fungovat tím, že nutí své členy podřídit se společným principům chování, protože se tyto principy v jednotlivých podskupinách liší, je ve společnosti tolik právních systémů, kolik je zde fungujících podskupin. I kriminální gangy mají svá pravidla, soudní autority a sankce, které jsou někdy i více bezprostřední a tvrdší, než sankce státní. Protože rozhodnutí autorit těchto kriminálních gangů má všechny atributy práva, jejich sociální kontrola si zasluhuje být nazývána právním systémem“[15].

[14] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT.
[15] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha:SET OUT. s. 60.

1.2 Trendy v současné právní antropologii

Dnešní antropologie práva se opírá o teorii konfliktů rozpracovanou M. Gluckmanem[16] a jeho žáky. Gluckman na základě zkoumání burotského práva již v 50.letech 20.století upozornil na význam analýzy způsobů, jimiž soupeřící strany řeší své konflikty. L. Naderová, která se svými žáky studovala způsob řešení sporů na různých místech, např. v turecké vesnici a osadě na Nové Guinei, přistoupila k právu jako k procesu řešení konfliktů. Podle Naderové hrají při řešení konfliktů rozhodující roli čas a postup. Podle jejího názoru prochází právní spor třemi fázemi:

1) prekonfliktní stadium, je dobou rozhořčení a stížností
2) konfliktní stadium – účastníci sporu se střetnou v přímém konfliktu
3) stadium veřejné konfrontace zahrnující třetí stranu [17]

Další významnou ženou, která se věnovala studiu právních systémů byla S. F. Moore. Ukázala na příkladu Chaggů pod Kilimandžárem, jak se tradiční právo mění v kontextu hlavních ekonomických a politických změn a zároveň si drží určitou kontinuitu s minulostí. Obyčejové právo není statické, ale má také inovativní charakter. Tradice dokáží přežít i v dnešním neustále se měnícím světě a umí se přizpůsobit se změnám.[18]

Trendy v současné antropologii práva shrnula S. E. Merry. Podle ní je pro antropology studující právní systémy v mezikulturní perspektivě typický:

1) posun od nacionálního k transnacionálnímu kontextu
2) větší zájem o způsob, jakým právní instituce vytváří významy, jaký vliv mají tyto významy na okolní sociální vztahy a jaký je vliv kulturního kontextu na podstatu právních procedur
3) oživený zájem o právní pluralismus a způsob, jak jsou propojeny multiplicitní právní systémy
4) rostoucí zájem o moc, včetně způsobu, jakým právo vytváří a ničí mocenské vztahy.[19]

---

[16] GLUCKMAN, Max (1955). The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia. Manchester: Manchester U. P.
GLUCKMAN, Max (1965). The Ideas in Barotse Jurisprudence. New Haven: Yale U. P.

[17] SOUKUP, Václav (2005). Dějiny antropolegie. Praha: Karolinum. s. 582.

[18] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 118.

[19] NADEROVÁ, Laura (1969). Law in Culture and Society. Chicago: Aldine in POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 119.

V současné antropologii již není právo chápáno pouze jako způsob sociální kontroly, ale jako konstitutivní systém, který vytváří koncepci sociálního řádu a podílí se na kulturní konstrukci světa. Analýza právních systémů umožňuje hlubší porozumění normativnímu řádu studované kultury. Právní předpis poskytuje různé možnosti interpretace konkrétního případu i zákonnou ochranu před zneužitím moci. Zákon představuje základ společenského života.

1.3 Cíle antropologie práva

Právní antropologie si klade za cíl zodpovědět otázky, které jsou spojeny se studiem právních systémů. Především je to snaha o určení činitelů a mechanismů, které stojí za vznikem, změnou a zánikem práva. Zkoumá vzájemné vlivy jednotlivých právních systémů. V dnešní době globalizace a multikulturalismu dochází ke střetu civilizací, jejich hodnot a norem. Právní antropologie je důležitou vědou, která může napomoci k řešení těchto problémů. Zajímá se o roli a funkci právních obyčejů ve vývoji společnosti. Pokouší se odhalit existenci univerzálně platných vzorců právního chování, které by byly všem lidským komunitám společné, bez ohledu na jakém stupni vývoje se společnost nachází. Sleduje odlišnosti a podobnosti právních institutů ve různých společnostech.

1.4 Stagnace právní antropologie ve Velké Británii

Antropologie práva prošla velkým vývojem. Postupně se začaly objevovat i kritické reakce jak ze strany právníků tak i ze strany samotných antropologů. Jedním z nich je Simon Roberts, který si všiml, že většina britských antropologů se nezajímá o antropologii práva. Podle Robertse byla sterilita právní antropologie zodpovědná za neutěšený stav okolností. Roberts navrhoval radikální řešení a tím bylo zrušení samotného podoboru právní antropologie, podle jeho názoru přílišný důraz na studium práva omezuje další vývoj samotného oboru antropologie. Antropologie se má zabývat studiem společenského řádu a sporů, nikoli vymezováním pojmu právo. Robertsova debata byla otevřena tvrzením, že definice práva a právních institucí napříč různými kulturami je zvláštní problematikou. Právní antropologie na rozdíl od politické antropologie se jeví jako oborově omezená.[20]

Většina antropologů se svým kolegou nesouhlasí. Domnívají se, že není žádný důvod, aby každá subdisciplína antropologie měla svoje univerzální vymezení. Roberts svým odsouzením antropologie práva podporuje lhostejnost k právu a právním řádům. Antropologii práva považují za zajímavý a důležitý obor, který by neměl být opomíjen. Pokud jde o antropologii práva, tak tomu vždy nebylo. Právo se u britských antropologů, kteří položili základy tohoto oboru, těšilo ústřednímu zájmu. Robertsova kritika se vztahuje především na stagnaci právní antropologie ve Velké Británii, ve Spojených státech byla věnována tomuto podoboru stále pozornost a dbalo se o její další vývoj.

Počátky antropologie práva jsou beze sporu spjaty s Mainovou srovnávací evolucionistickou prací Ancient Law.[21] Rané etnografické a antropologické srovnávací studie primitivního práva jsou velmi důležité a cenné, přestože někteří autoři, jako např. Malinowski, rozuměli právem mechanismus společenské kontroly v nejširším slova smyslu.

Od samotného Malinowského a mnoha dalších významných antropologů pochází řada detailních právních studií. Mezi nejlepší můžeme řadit Shapera,[22] Llewellyna a Hoebela,[23]

[20] ROBERTS, Simon (1979). Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology. Harmondsworth: Penguin.
[21] MAINE, H.S. (1861). Ancient Law. London: John Murray.
[22] SCHAPER, I. (1938). A Handbook of Tswana Law and Custom. London: Oxford U. P.
[23] LLEWELLYN, K.N. and E.A. HOEBEL (1961). The Cheyenne Way. Norman: U. of Oklahoma P.

Gluckmann,[24] Bohannana,[25] Gullivera,[26] Fallerse.[27] Tito antropologové ustanovili právní antropologii jako samostatnou subdisciplinu sociální a kulturní antropologie. Cílem antropologie práva bylo především analyzování tradičního procesu sporu.

Samozřejmě, že antropologie práva byla spíše okrajovou záležitostí, ale zaujímala v britské antropologii vlivnější postavení, než-li je tomu dnes. Někdy kolem roku 1970 ztratila své postavení. Částečně tomu bylo i proto, že antropologové se mezi sebou nemohli shodnou na terminologii. Nejznámější spor je mezi Gluckmanem a Bohannanem o významu západních právních kategoriích, které by mohly být aplikovány na jiné než západní právo.[28] Několik vědců mělo snahu se od této debaty oprostit a ukázat cestu vpřed, např. Moore.[29] Skomírající stav přispěl k tomu, že subdisciplíny přestaly být vnímány jako perspektivní.

Od 80.let začaly vycházet inovativnější články, monografie, ve kterých je patrný velký pokrok a posun v právní antropologii. Nově publikovaná literatura od Comareffa a Robertse[30], Moorové,[31] Merry,[32] a Starrové[33] a mnoha dalších se však v Británii netěšila příliš velké pozornosti. K právní antropologii se přistupuje jako k minoritní specializaci.

Roberts tvrdí, že jedním z důvodů, proč se antropologie práva může zdát mrtvá, je, že z jejího předmětu se vyvinul systém „právního pluralismu“.

Dvě základní a neoddiskutovatelné skutečnosti představují rozvoj studia právních systémů a forem:

a) Každý je součástí národního právního systému. Tuto tezi vyslovil Roberts ve svém díle „Order and Dispute stress“.[34]

---

[24] GLUCKMAN, Max (1955). The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia. Manchester: Manchester U. P.
GLUCKMAN, Max.(1965). The Ideas in Barotse Jurisprudence. New Haven: Yale U. P.

[25] BOHANNAN, P.J. (1957). Justice and Judgment among the Tiv. Oxford: Oxford U. P.

[26] GULLIEVER, P. (1963). Social Control in an African Society. London: Routledge and Kegan Paul.

[27] FALLERS, L. (1969). Law without Precedent. Chicago: U. of Chicago P.

[28] NADER, Laura (1969). Law in Culture and Society. Chicago: Aldine

[29] MOORE, Sally.Falk (1978) Law as Process: An Anthropological Approach. London: Routledge and Kegan Paul. s. 4, 7.

[30] COMAROFF, John L., and Simon ROBERTS (1981). Rules and Processes. Chi- cago: University of Chicago Press.

[31] MOORE, Sally Falk (1986). Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980. Cambridge: Cambridge University Press.

[32] MERRY, Sally Falk (1990). Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-class Americans. Chicago: U. of Chicago P.

[33] STARR, June (1992). Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice. Albany: State U. of New York P.

[34] ROBERTS, Simon (1979). Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology. Harmondsworth: Penguin. s.

b) Je pravdou, že u postkoloniálních národů a nejen u nich státní právo, které je často pluralistickou směsí západního práva a jiných systémů, jako je islámské právo, normálně koexistuje s nestátním právem. Vytváří tak vzájemné interakce mezi státním a nestátním právem, respektive dialektický vztah mezi státním právem a ostatními normativními řády.

206.

2 Právní pluralismus

Na počátku 20.století se začali sociální vědci zajímat o domorodé právo v Africe, Asii, Tichomoří, jejich hlavní otázka zněla: Jak je možné, že tyto národy si udrží sociální řád bez znalosti evropského práva? Zkoumali tedy zvyky, zvykové právo, společenskou kontrolu a soudnictví. Došli k překvapivému závěru, že dané společnosti evropské právo znají. Koloniální právo přetvářelo společenský život pozvolně, dostávalo do střetu s právem tamního obyvatelstva a tuto situaci antropologové začali označovat termínem právní pluralismus. Kolonialisté uznali, že vytvořili pluralitu právních systémů, ale pozapomněli na to, že domorodé právo bylo udržováno po generace a vykořenit ho z myslí lidí nebylo tak snadné. V Africe se britské a francouzské právo překrývalo s původním právním řádem, pokud to neodporovalo zásadám spravedlnosti, slušnosti a samotnému psanému právu kolonialistů. Pokud se tak stalo, kolonialisté nutili domorodce přijmout jejich právo, které podle jejich názorů bylo mnohem spravedlivější, propracovanější a vyspělejší.

Právní pluralismus se nevěnuje pouze spojení evropských a tradičních forem práva, ale též zkoumá, do jaké míry jsou společnosti právně a kulturně pluralitní. Evropané nebyli zajisté prvními, kteří zaváděli novou formu práva v kolonializovaných zemích, vnější vliv na formování domorodého práva měly dřívější migrace obyvatelstva, které probíhaly v průběhu staletí. Geertz popisuje pluralitu práva na Jávě, kde se střetává právo původních osadníků z jižní Číny a severního Vietnamu s Indií, s čínskými obchodními společnostmi, s islámskými misionáři, s holandskými a britskými kolonizátory.[35] Geertz popisuje společenský vývoj v závislosti na mobilitě společnosti, demonstruje tak tvrzení, že společnost prochází neustále nějakými změnami, které jsou dříve či později reflektovány.

Co je právní pluralismus? Na tuto otázku lze odpovědět takto: Obecně se jedná o stav, kdy dochází k prolínání, střetu či koexistenci dvou a více právních systémů ve stejné sociální oblasti. Například Leopold Pospíšil ve své práci tvrdí, že „každá funkční podskupina má svůj vlastní právní systém, který se nutně v některých ohledech liší od těch ostatních“.[36] Funkční podskupinou míní rodinu či politickou organizaci, které jsou nedílnou součástí homogenní společnosti. Antropologové ovšem právní systém definují velmi široce, zahrnují do něj např.: soudnictví, morálku a jiné

[35] GEERTZ, Clifford (1983). Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology. New York: Basic Books. s. 226.

[36] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 59.

normativní řády. Proto pak dochází k závěru, že každá ze zkoumaných skupin je právně pluralitní, tak se vystavují riziku, že vlastně všechny formy společenské kontroly budou zahrnuty do právního systému.

Griffiths rozlišuje mezi společenskovědním pohledem na právní pluralismus jako na empirický stav ve společnosti (soužití více sociálních skupin a jejich právních řádů, netvoří jednotný systém) a to co nazývá právním pohledem na právním pluralismus, jedná se o specifický problém existence dvou a více právních systémů, který vznikl působením evropského práva na právní systémy kolonializovaných zemí.[37] V právním smyslu je právní systém pluralitní, právě tehdy když se vyskytují ve společnosti různé příkazy, které jsou určeny různým podskupinám lišících se národností, etnickým původem, náboženstvím či geograficky a též když paralelní systémy jsou závislé na státním právu. Tato situace ovšem vytváří řadu problémů např. musí být rozhodnuto, v jakém případě se právo podskupiny použije, do jaké podskupiny jedinec patří.[38] Kolizní normy, které by upravovaly takové situace prakticky chybí. Ovšem pravidla podskupin je velmi obtížné určit, obzvlášť pokud nejsou dochovány v písemné podobě.

Hooker pořídil skvělý a obsažný přehled právního pluralismu, který zahrnuje různé právní systémy v Asii, Africe a na Středním Východě.[39] Právní pluralismus definuje „jako okolnosti, které vznikly či byly výsledkem přenesení celých právních systémů přes hranice kultur.“[40] Mnoho představitelů postkoloniálních společností hodnotí právní systémy jako špatné, složité a překážející pokroku.[41] Různým druhům právních problémů čelí vládci postkoloniálních zemí, kteří často považují právní systém své země za frustrující, neuspořádaný a bránící pokroku.[42] Politická elita afrických zemí v 80. letech viděla perspektivu v přijetí jednotného právního systému, který by vycházel z modelů evropského práva, tak by se měla podle nich urychlit modernizace Afriky. Postkoloniální společnosti usilují o přijetí jednotného právního systému, ačkoli se setkávají s odporem některých skupin, jejichž právo se nějakým způsobem zachovalo.[43]

---

37 GRIFFITHS, John (1986). "What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1. s. 5, 8.
38 Tamtéž. s.7.
39 HOOKER, M.B. (1975). Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo- Colonial Laws. Oxford: Clarendon Press.
40 Tamtéž. s. 1.
41 BENTSI-ENCHILL, Kwamena (1969). "The Colonial Heritage of Legal Pluralism," 1 Zambia Law Journal 1. GRIFFITHS, John (1986) "What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1. (1986) "Recent Anthropology of Law in the Netherlands and its Historical Background," in Keebet von Benda-Beckman and Fons Strijbosch (eds.), Anthropology of Law in the Netherlands: Essays in Legal Pluralism. Dordrecht and Cinnaminson: Foris.
42 GRIFFITHS, John (1986). "What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1.
43 GEERTZ (1983). Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology. New York: Basic Books. s. 228.

Postupně se diskuze o právním pluralismu posunula od objevu domorodých právních forem u vzdáleného afrického obyvatelstva k debatám týkajících se pluralistických vlastností práva ve vyspělých západních společnostech. V posledních desetiletích byl koncept právního pluralismu aplikován na studium společenského a právního zřízení v městských společnostech a na studium práva menšin či subkultur a další. Výzkumy tohoto druhu se především realizovaly ve Spojených státech, Británii a Francii.

2.1 Vývoj právního pluralismu

Právní pluralismus z historického hlediska můžeme rozdělit na klasický, moderní a postmoderní nebo kritický.

Klasický právní pluralismus se zaměřoval na studium vzájemného vlivu koloniálního práva a práva domorodého obyvatelstva. Mezi nejvýznamnější autory klasického pluralismu patří Llewellyn a Hoebel, Griffiths, Vanderlinden, Pospíšil, Moore, Ellikson, Santos a mnoho dalších. Někteří z výše vedených autorů se svými pozdějšími pracemi mohou být zařazeni do moderního či postmoderního pluralismu.

Vědci se postupně začali zabývat rozdílnými zásadami u venkovského a městského obyvatelstva, genderovou rovností, tradicí a modernizací, individualismem a komunismem. Tak se zrodil nový směr – moderní právní pluralismus.

Postmoderní právní pluralismus se označuje za kritický právní pluralismus. Postmoderna svým kritickým přístupem k moderně, ukazuje nové možné pohledy na svět kolem nás. Ani směr moderní právní pluralismus nebyl ušetřen kritiky. Postmodernismus totiž, jak říká Martin Škop, narušuje stávající pevné pojmy zvolenou metodologií, kterou si koncepty jí studované vyžadují.[44]

2.1.1. Klasický právní pluralismus

Výzkum koloniálních a postkoloniálních společností vytvořil verzi právního pluralismu, který je nazýván jako klasický. Je to analýza průřezu domorodého a evropského práva. Klasický právní pluralismus se zabýval těmito 3 hlavními oblastmi:

1) vztahy a vazbami mezi normami, které měly zásadně odlišnou strukturu a koncepci.
2) Dále byla věnována velká pozornost pojetí obyčejového práva jako historicky odvozeného.
3) Poslední oblastí je vylíčení dialektiky mezi normativními řády. Tuto dialektiku můžeme spatřit v případech, kdy dochází ke vzájemnému působení odlišných právních řádů, které

[44] ŠKOP, Martin (2008). Právo v postmoderní situaci. Brno: Masarykova Univerzita. s. 177.

jsou velmi snadno identifikovatelné.

Klasický právní pluralismus se věnoval studiu společenské kontroly, tj. zabýval se různými jejími druhy, zvyky, tradicemi, morálkou, společenskými hodnotami, hierarchií společnosti. Velká pozornost byla věnována autoritě (náčelníkovi, pohlavárovi atd.), jejím typům (formální, neformální) a jejím pravomocem. Hlavním problémem byla snaha vymezit pojetí práva. Každý z vědců na základě svých výzkumů měl snahu vytvořit definici práva, která by byla univerzálně použitelná. Tato snaha přinášela mnohá úskalí. Obecně lze říci, že docházelo k příliš širokému či naopak příliš úzkému pojetí práva.[45]

2.1.2 Moderní právní pluralismus

Počínaje koncem 70. let byl mezi sociology a kulturními antropology zájem aplikovat koncept právního pluralismu na nekolonizované společnosti, zvláště na průmyslově rozvinuté země, např. USA. Toto hnutí vytvořilo směr právního pluralismu, který je označován jako nový (moderní) právní pluralismus. Řada antropologů jako je Moore,[46] Foter,[47] Merry,[48] Engel,[49] Nader,[50] Macalaulay,[51] Henry von der Bergh,[52] Strijbosch[53] a další se tomuto novému směru začali věnovat. Jejich studie publikované v 70. a 80.letech zkoumají právní pluralismus ve Spojených státech,

[45] Více v kapitole kritika právního pluralismu.

[46] MOORE, Sally Falk (1973). "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study," 7 Law & Society Review.

[47] FORER, Norman (1979). "The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the Prairie Band Potawatomi," in Sandra B. Burman and Barbara E. Harrell-Bond (eds.), The Imposition of Law. New York: Academic Press. s. 89-114.

[48] MERRY, Sally Engle (1979) ."Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood," 13 Law & Society Review 891.

[49] ENGEL, David M. (1987). "Law, Time, and Community," 21 Law & Society Re view 605. (1984) "The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community," 18 Law & Society Review 549. (1980) "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court," 3 American Bar Foundation Research Journal.

[50] NADER, Laura (ed.)(1980). No Access to Law. New York: Academic Press.
NADER, Laura (1984). "The Recurrent Dialectic Between Legality and Its Al- ternatives," 132 University of Pennsylvania Law Review. s. 621.

[51] MACAULAY, Stewart (1986). "Private Government," Disputes Processing Research Program Working Paper 1983-86. Madison, Wis.: University of Wisconsin Law School. Reprinted in (1986) Law and the Social Sciences, ed. by Leon Lip- son and Stanton Wheeler. New York: Russell Sage FoundationNADER, Laura (ed.)(1980) No Access to Law. New York: Academic Press.

[52] VAN DEN BERGH, G.C.J.J. et al. (1980). Staphorst en zijn Gerichten (Staphorst and its Popular Tribunals). Amsterdam: Boom Meppel.

[53] STRIJBOSCH, F. (1985). "The Concept of Pela and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands," 23 Journal of Legal Pluralism.

Británii, Holandsku a v dalších zemích. Nelze říci, že by veškerá pozornost byla upnuta k právě nově vzniklému směru i nadále vznikají studie zabývající se právním pluralismem z historického hlediska publikované především těmito autory: Aurbachem,[54] Bossym [55]či Arthursem.[56]

Práce prezentované na konferenci věnované včleňování práva se velmi podrobně věnovaly novému pojetí právního pluralismu. Zahrnovaly americké Indiány, maďarské rolníky, dále se hovořilo o normativních řádech v Keni, Nové Guinei a Nigérii. Jeho koncepce začala být vztahována i na vztahy mezi vládnoucími skupinami a podřízenými subjekty, na vztahy mezi majoritními a minoritními společnostmi, na imigranty a různé formy neoficiálního řízení. Tedy význam právního pluralismu se rozšířil.[57] Prezentované výzkumy na této a mnoha dalších konferencích se snaží prokázat, že tady existují i jiné právní fenomény, které nevychází pouze ze soudních síní a legislativní činnosti. Soustřeďují se na doložení jiných forem společenské regulace., které se zaměřují na symboly práva ve větší či menší míře. Výzkumy zahrnují i situace, v nichž je dominance státního práva nejasná a společnost na tento stav reaguje určitou nevyrovnaností, která může vyústit až v konflikt (např. občanskou válku). Povaha vztahu mezi systémy se zdá být velmi rozdílná. Je nejasný rozsah vkladu či míry dominance jednoho systému nad druhým. Třebaže se dominantní koloniální právní řády pokoušely ovládnout domorodou společnost a proniknout do domorodého práva, zcela se jim to nezdařilo, protože se setkaly s odporem.[58] V průmyslových společnostech stojí právní systém v hierarchii normativních systémů nejvýše, neboť plní úlohu nejsilnějšího donucovacího prostředku moci.[59]

[54] STRIJBOSCH, F. (1985). "The Concept of Pela and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands," 23 Journal of Legal Pluralism.

[55] BOSSY, John (ed.) (1983). Disputes and Settlements: Law and Human Relations in the West. Cambridge: Cambridge University Press.

[56] ARTHURS, H.W. (1985). Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Mid 19th-Century England. Toronto; University of Toronto Press.

[57] MERRY, Sally.Engle (1988). Legal Pluralism.22 Law & Society Review. s. 872.

[58] KIDDER, Robert L. (1979). "Toward an Integrated Theory of Imposed Law," in Sandra B. Burman and Barbara E. Harrell-Bond (eds.), The Imposition of Law. New York: Academic Press, pp. 289-306. (1974) "Formal Litigation and Professional Insecurity: Legal Entrepreneurship in South India," 9 Law & Society Review. s. 11.

[59] ABEL, Richard L. (1982). The Politics of Informal Justice, 2 Vols. New York: Academic Press.
MERRY, Sally Engle (1986). "Everyday Understandings of the Law in Working-class America," 13 American Ethnologist 253.

2.2 Právní pluralismus v pojetí autorů

Sblížení jednotlivých pluralistických teorií nastalo v polovině 90. let 20. století a to na základě těchto bodů:

1) právní pluralismus je sociálním faktem. Je zavádějící hovořit o právních pluralistech jako o okrajové škole nebo sektě či zvláštní teoretické perspektivě,
2) je důležité rozlišovat mezi pluralismem zabývajícím se státním (oficiálním) právem a právním pluralismem, který se zajímá o existenci více autonomních nebo semi-autonomních právních řádů vyskytujících se ve určitém čase na určitém místě,
3) právní pluralismus proniká do všech multikulturních společností, čímž je v dnešní době míněna většina společenství,
4) právní pluralismus není ničím novým, jeho existence je patrná již po staletí,
5) právní pluralismus vyvolává tvrzení, že:
   a) státní právo není důležité,
   b) stát upadá,
6) přijetí právního pluralismu vyvolává odmítnutí myšlenky nastolení liberální demokracie a lidských práv v celém světě.

Ad 1) Toto tvrzení vychází z historie. Od nepaměti skupiny lidí, vytvářející autonomní společnosti migrovaly a přinášely do nových oblastí své kulturní prvky včetně práva. Prakticky každá společnost byla více či méně ovlivněna tímto střetem, přičemž některé byly zcela podmaněny, jiné přejaly ty prvky, které jim vyhovovaly. Tímto způsobem docházelo ke střetu právních řádů a vzniku právního pluralismu.[60]

Ad 2) Toto tvrzení pramení především z kritiky právních pluralistů proti právnímu centralismu. Teorii právního centralismu vychází z těchto bodů, že právo je:

1) vázáno pouze na stát,
2) jednotné pro všechny,
3) výlučné,
4) organizováno a spravováno pouze státními institucemi.[61]

[60] Viz předcházející kapitola vývoj právního pluralismu.
[61] GRIFFITHS, John (1986). "What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1. s. 3.

Právo je tedy chápáno jako výlučný, systematický, jednotný a hierarchicky uspořádaný řád a stát je vnímán jako základní jednotka politické organizace.[62] V pojetí právního centralismu je tedy právo vázáno pouze na stát a jeho instituce. Stát je pojímán takto:

1) Stát je jediná instituce, která zajišťuje sociální řád.
2) Státní právo je nejdůležitější formou práva. Je technicky nejvyspělejší, nejvlivnější, převládající institucionalizovanou formou normativních řádů.
3) Stát jako jediný a nejvyšší subjekt má moc použít legitimní sílu na určitém území.
4) Stát je nejlepší a jedinou možnou variantou, která může zaručit demokracii, rovnost a lidská práva.

Právní pluralismus se snaží pojetí práva jako jediného, jednotného, hierarchicky uspořádaného normativního řádu, závislého na moci státu, prolomit.[63] Je třeba podotknout, že i z antropologického hlediska je problematické pojetí práva jen jako produktu státu. Je to dáno tím, že v západním světě převažuje názor, že právem disponují pouze vyspělé společnosti. Z tohoto názoru vyplývá, že předstátní společnosti nelze považovat za vyspělé a nelze v jejich případě ani hovořit o existenci práva. Tento etnocentrický pohled se právní pluralismus snaží eliminovat. Griffiths na toto téma dodává, že ideologie právního centralismu odráží morální a politické nároky moderního národního státu, které jsou neslučitelné s pojetím právního pluralismu.[64] Dále pokračuje: „Právní pluralismus je označení pro sociální stav, který může být předurčen společenskou skupinou. Není pouhým názvem pro doktrínu či teorii nebo ideologii...“[65] Griffiths tím chce říci, že právní pluralismus je skutečností a právní centralismus je pouze mýtem, pouhou ideou a iluzí.[66]

Ovšem ani koncepce právního pluralismu nedokázala vyvrátit či omezit etnocentrický pohled na právní řády jiných společností.

Antropologové a etnografové většinou pohlíží na právní centralismus jako na teorii, která je hlavně zastávána právníky a právními teoretiky, kteří vnímají právo jako výlučně spojené se státem. Obdobným způsobem lze nahlížet i na právní pluralismus, můžeme ho považovat za ideologickou konstrukci, která je podporována právními pluralisty, kteří usilují o to, aby exkluzivnost státního práva nahradili svojí verzí „nestátního práva“.

[62] GRIFFITHS, John (1986). "What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1. s. 3.
[63] Tamtéž. s. 4-5.
[64] Tamtéž. s. 1.
[65] Tamtéž. s. 12.
[66] Tamtéž. s. 4.

Ad 3) Tato myšlenka souvisí s pojetím kulturního relativismu.[67] Jedná se o kulturně-metodologický přístup předpokládající, že jednotlivé společnosti představují jedinečné a neopakovatelné systémy, které je možno pochopit a popsat jen v kontextu jejich vlastních norem, hodnot a idejí.[68] Nevyhnutelným závěrem, plynoucím z tohoto směru právního pluralismu je, že žádná společnost nesmí vnucovat své pojetí práva a dalších sociokulturních regulativů jiným společnostem, tzn. západní země se nemají vměšovat např.: do totalitních systémů jiných zemí a nemají se snažit zavést tam svůj typ vlády (liberální demokracii) a doktrínu lidských práv, která není slučitelná s místním pojetím práva.

2.2.1 Právní pluralismus Leopolda Pospíšila

Právní teorie Leopolda Pospíšila byla prezentovaná v roce 1952 a 1956, kde po prvé uvádí svoji představu o právním pluralismu. Neužívá termínu „právní pluralismus“, ale zavedl pojem „multiplicita právních systémů“. Pospíšil nikdy neusiloval o to podat model právního pluralismu, který by se mohl aplikovat napříč kulturami. V řadě svých publikací výslovně trval na tom, že právní pluralismus odráží různé struktury společnosti a jejich podskupin a jejich různorodost a rozmanitost je obrovská, proto nemohou být modelem s univerzální aplikovatelností, jak tvrdí Moore, Griffiths, Smith, Santos a Goodale a další zastánci této myšlenky.[69]

Pospíšilova definice multiplicity práva zní: „Každá fungující skupina či podskupina společnosti má svůj právní systém, který jí dovoluje fungovat tím, že nutí své členy podřídit se společným principům chování.“[70] Pospíšil si je vědom, že právní principy společenských skupin a podskupin jsou rozdílné, a proto dodává, že ve společnosti existuje tolik právních systémů kolik se zde nachází podskupin.[71]

---

67 Blíže v kapitole kulturní relativismus a lidská práva.

68 SOUKUP, Václav (2005). Dějiny antropologie. Praha: Karolinum. s. 642.

69 MOORE, Sally Falk (1978). Law as Process. An Anthropological Approach. London: Routledge and Kegan Paul.
GRIFFITHS, John (1986). "What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1.
SMITH, M. G. (1974). Corporation ad Society. Duckworth, London.
SANTOS, Boaventura De Sousa (1995). Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in Paradigmate Transition New York: Routledge.
GOODALE, Mark Ryan (1998). „Leopold Pospisil: A Critical Reapprasial.“ 40 Journal of Legal Pluralism s. 123 – 149.

70 POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 60.

71 Tamtéž.

Pospíšil používá ve své teorii práva pojem právní rovina, který zahrnuje právo skupin, které jsou na stejné úrovni a podobného typu. Jejich právní systém je podobně hierarchicky uspořádán (př. rodina, sportovní klub, politická konfederace atd.). Každý člověk je členem několika podskupin, to znamená, že se podrobuje i různým právním systémům podle toho, v jaké skupině se momentálně vyskytuje. Může se i stát, že právní systémy skupin nebo podskupin si vzájemně odporují.[72]

Pospíšil svojí teorií právního pluralismu navázal na Gierkeho[73], Ehrlicha[74], Webera[75] a Llewellyna a Hoebela.[76] Otto von Gierke se zajímal o regulační a normativní systémy sdružení, protože u nich byly nejvíce patrné rysy práva. Eugen Ehrlich pokračoval ve stopách Gierkeho a vytvořil koncepci mrtvého a živého práva. „Živé právo“[77] má být abstrakcí skutečného chování různých skupin.[78] Pospíšil s koncepcí živého práva tak, jak ji prezentoval Ehrlich, nesouhlasí. Podle jeho názoru Ehrlich nerozlišoval mezi různým druhy právních systémů u jednotlivých sdružení a tyto nesourodé právní systémy sloučil do jedné kategorie, kterou nazval živým právem.[79] Pospíšil oceňuje Maxe Webera za jeho pojetí sociologie práva a to hlavně proto, že zdůraznil úlohu právní autority a také pluralitu právních systémů vztahujících se k modelu různých sdruženích v dané společnosti.[80] Vznik právního pluralismu a jeho uvedení do antropologie je spojen s právníkem K. Llewellynem a antropologem E. A. Hoebelem. Existenci právního pluralismu se věnují ve své knize Cheyenne Way, kde konstatují: „To co bývá označeno za obyčej, se může stát velmi významnou věcí, která má jasně vymezené obrysy, a to tehdy, že zmíněné praktiky lze vztáhnout k určitému seskupení.“[81] Hoebel později od této koncepce do jisté míry ustoupil. Podle jeho názoru na příklad pokud gangsteři použijí donucení ke splnění nějaké povinnosti, se nejedná o zákonné použití síly.

Pospíšil na základě své definice multiplicity právních systémů zastává názor, že i násilnické gangy mají své právo a jejich donucení je legální, ovšem jen pokud takový právní systém vnímáme z pohledu gangu. Z pohledu společnosti tento systém nelze považovat za právní.[82] Pospíšil vychází z definice, že každá fungující sociální podskupina bez ohledu na to, zda je velká či malá, zda je

[72] POSPÍŠIL, Leopold (1997).- Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 60.
[73] GIERKE, Otto von (1868). Das Deutsche Genossenschaftrecht. Berlin: Wiedmann.
[74] EHRLICH, Eugen(1936). Fundamental Principles of the sociology of law. Cambridge: Harvard University.
[75] WEBER, Max (1967). Law in Economy and Society. New York: Simon and Shuster.
[76] LLEWELLYN, N. Karl; HOEBEL, E. Adamson (1961). The Cheynne Way. Norman: University of Oklahoma.
[77] Živé právo má být chápáno ve smyslu běžné právo, právo pocházející z každodenního života lidí.
[78] EHRLICH, Eugen(1936). Fundamental Principles of the sociology of law. Cambridge: Harvard University. s. 37-38.
[79] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 59.
[80] WEBER, Max (1967). Law in Economy and Society. New York: Simon and Shuster s. 17-18.
[81] LLEWELLYN, N. Karl; HOEBEL, E. Adamson (1961). The Cheynne Way. Norman: University of Oklahoma. s. 53.
[82] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 59.

založena na příbuzenském či rezidenčním principu, zda se podřizuje právnímu systému státu či ne, má svou vlastní autoritu, která v ní aplikuje svůj vlastní právní systém. Na základě této definice lze říci, že i kriminální gangy mají svůj vlastní právní systém proto, že podle Pospíšila obsahují veškeré atributy práva a to pravidla, obecnou závaznost, autoritu a sankci.[83]

Myšlenka jediného právního systému ve společnosti vychází podle Pospíšila z předpokladu, že abstraktní pravidla jsou vzorem chování. Těmto pravidlům se musí celá společnost podřídit. To znamená, že ohnisko moci se nachází na úrovni společnosti, odkud přímo či nepřímo lze kontrolovat jednání jednotlivých společenských skupin (např. rodin a komunit).[84]

Každá společnost obsahuje další podskupiny, jejichž nařízení autority se může dostat do konfliktu s právním řádem celé společnosti, pokud zvítězí nařízení autority podskupiny, nastává deziluze o existenci jediného právního systému působícího v celé společnosti.

Max Weber dodává, že právo gangů je mnohem efektivnější než právo státu, protože gangy nad svými členy vykonávají účinnější sociální kontrolu, než stát nad svými občany.[85] Max Weber vycházel z toho, že gangsteři používají k vynucování sociální kontroly násilné metody, které mohou být účinější. V demokratickém právním státě mučení a jiné násilné metody k zachování řádů jsou zakázané, jak pro složky, které mají dbát na pořádek ve státě, tak i mezi lidmi. Proto je zde konflikt mezi používáním donucovacích prostředků kriminálních gangů a státu. Používáním státem zakázaných metod se dostávají do konfliktu s právním řádem státu.

Pospíšil sice tvrdí, že gangy disponují svým vlastním právním řádem, protože mají dle jeho názoru znaky práva, kterými jsou pravidla, obecná závaznost, autorita a sankce. Ovšem všechny tyto znaky se mohou dostat do střetu s právním řádem, který je většinovou společností uznáván. Souhlasím s tím, že gangy disponují pravidly, mají svojí autoritu a zavazují se k dodržování řádu gangu, jinak budou potrestání. Dle mého názoru hovořit o právu v tomto kontextu je velmi diskutabilní.

[83] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 61.
[84] Tamtéž. s. 62.
[85] WEBER, Max (1967). Law in Economy and Society. New York: Simon and Shuster. s. 18-19.

2.2.2 Právní pluralismus Johna Griffithse

Griffiths je považován za jednoho z nejvýznamnějších antropologů zabývajících se právním pluralismem. Jeho proslulý článek What is Legal Pluralism? je jednou z nejcitovanějších prací právního pluralismu. Griffiths v něm definoval základní postuláty právního pluralismu. Vymezil se proti právní centralismu, rozlišuje mezi dvěma typy právního pluralismu, jenž označil za silný a slabý, věnuje se i fenoménu práva. Griffiths má mnoho zastánců a následovníků, kteří vychází z jeho koncepce právního pluralismu, ale i mnoho odpůrců a kritiků, kteří s ním nesouhlasí. Lze říci, že tento jeho článek je nejkomplexnějším zpracováním koncepce právního pluralismu. Griffiths definuje právní pluralismus jako stav záležitostí, pro kteroukoli společenskou oblast, v níž se chování a jednání lidí řídí více než jedním právním řádem.[86]

Griffiths právní pluralitu vymezuje takto: Jedná se o stav, v němž právo a právní instituce mají své zdroje v samoregulačních aktivitách. Tyto aktivity se mohou vzájemně podporovat, doplňovat, vylučovat či existovat nezávisle na sobě. To znamená, že nelze všechny formy práva a právní instituce podřadit pod jediný systém. Zákon (právní předpis) je výsledkem nesmírně složité a obvykle v praxi nepředvídatelné souhry okolností (např. hospodářské soutěže, interakce, jednání, izolacionismus a podobně), které jeho vznik ovlivňují.

Griffiths usiluje i o to, aby se právní pluralismu stal hlavní doktrínou v právních vědách, tzn. zaujal místo dnes převládajícího právního centralismus. Domnívá se, že právní centralismus je nevhodnou koncepcí, která narušuje vnímání práva.[87]

2.2.3 Silný a slabý právní pluralismus

John Griffiths ve svém článku rozlišuje mezi dvěma druhy právního pluralismu tzv „slabým“ („weak“) a „silným“ („strong“). Svým pojetím „slabého“ právního pluralismu Griffiths

[86] GRIFFITHS, John (1986). “What is Legal Pluralism?," 24 Journal of Legal Pluralism 1.
[87] TAMANAHA, Brian (1993). „The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism“ in Journal of Law and Society. Vol. 20, n. 2. s. 197.

poukázal na Hookerovo dílo Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws. Slabý právní pluralismu je zaměřen na inkorporaci zvykového (obyčejového) práva či jiných druhů norem do státního práva. Právo je v tomto smyslu pluralistické, protože kromě státního práva se zde vyskytují jiné druhy právních norem a někdy i různé druhy institucí, jako například neformální nebo vesnické soudy.

Podle Griffithse „slabý“ právní pluralismus je další formou právního centralismu, protože odkazuje na to, že ostatní právní normy by měly být hierarchicky uspořádány a včleněny pod kategorii státní právo. Griffiths poznamenává, že „slabý“ právní pluralismus je výtvorem právníků.[88]

„Silný“ právní pluralismus je podle Griffithse produktem sociálních vědců. Vědci pluralitu právních řádů považují za skutečnost, protože se vyskytuje ve všech společnostech. Griffiths svým pojetím právního pluralismu navázal na antropologa Leopolda Pospíšila, který kladl důraz na multiplicitu právních systémů, dále na M.G.. Smithse, který popisuje právo v termínech vnitřního uspořádání společností, E. Ehrlicha a jeho teorii živého práva, které kontrastuje se státním právem, a S.F. Moore a její pojetí polo-autonomních sociální oblasti.

Mezi odborníky je shoda v tom, že silný právní pluralismus může být aplikován i na státní právo stejně tak jako na koexistenci státního a nestátního práva. Řečeno Jamesovou terminologií: ve slabém pluralismu je asimilace jiného do jednoty, zatímco v silném právním pluralismu se zachovává a udržuje nezměnitelná „otevřenost“ právních řádů.[89] Společnost ve skutečnosti inkorporuje jak slabý tak silný právní pluralismus; např.: v Austrálii se do jisté míry uznává domorodé právo – státní právní systém tak inkorporoval slabý právní pluralismus. Ale to se týká pouze určitých částí domorodého práva. Domorodé právo jako celek existuje nadále na geopolitickém území Austrálie, zachovává si svou nezaměnitelnou otevřenost. Tudíž v Austrálii se nachází stále i silný právní pluralismus, i když je upozaděn ideologickou dominancí právního monismu.[90]

[88] GRIFFITHS, John (1986). „What is Legal Pluralism?“, 24 Journal of Legal Pluralism 1. s. 14.
[89] DAVIES, Margaret (2006). „Pluralism and Legal Philosophy,“ Flinders University, Adelaide.
[90] Tamtéž.

2.2.4 Pohled Briana Tamanahy na vývoj silného právního pluralismus

Tamanaha nabízí trochu jiný pohled na vývoj silného právního pluralismu. Za otce silného právního pluralismu považuje Malinowského, který přišel s teorií, že i nestátní společnosti mají právo, a tak zasadil ránu etnocentrismu. Antropologové ovlivněni Malinowským připustili, že není nutné se zabývat státem a tedy i na právo bylo nahlíženo jinak, za právo začaly být považovány kulturní systémy společenského řádu.[91] Převládá názor, že každý kulturní systém obsahuje nějaký druh práva, koloniální státní právo do svého systému inkorporovalo většinou alespoň nějakou část práva zvykového. Právníci a právní antropologové rozlišovali mezi jednotlivými kulturními normami, které byly považovány za právní. Normy měly různý původ – morální, politický či společenský. Merry ke vztahu k silnému právnímu pluralismu poznamenává, že není náhoda to, že významní odborníci svůj výzkum silného právního pluralismu zahájili právě v post koloniálních zemích, kde právní pluralismus byl skutečností a běžnou součástí života.[92]

2.2.5 Právní pluralismus podle Geertze

Jiným aspektem právního pluralismu je studium práva jako systému názorů, který umožňuje výklad světa. Geertz vymezil pojem práva jako systém symbolů a názorů. Toto pojetí právního pluralismu nechává stranou otázku mocenských vztahů nebo politické ekonomie. Věnuje se především studiu historie a souvislostí.

Geertz považuje právo za systém kulturního vnímání.[93] Barkun již před Geertzem definoval právo „jako systém symbolů reprezentující a modelující sociální situace.“[94] Právní uvážení nejen, že zobrazuje vnímaní světa společností, ale podílí se i na jeho vytváření.[95] Právo je kulturně podmíněný systém vnímání a chápání vztahu mezi skutečností a normami, právy a povinnostmi, pravdou a spravedlností. Stěžejním bodem Geertzovy eseje je jeho komparace tří indonéských

[91] TAMANAHA, Brian (1993). The Folly of The Social Scientific Concern of Legal Pluralism in Journal of Law and Society , Vol. 20, n. 2. s. 204.
[92] MERRY, Sally Engle (1988). Legal Pluralism. 22 Law & Society Review. s. 874.
[93] GEERTZ, Clifford (1983). Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology. New York: Basic Books.
[94] BARKUN, M. (1968). Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community. New Haven: Yale U. P. s. 92.
[95] GEERTZ, Clifford (1983). Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology. New York: Basic Books. s. 184.

systémů práva – islámského, indického a malajského. Právo nejsou pouze kodifikované normy. Nelze ho považovat ani za pouhý systém regulující společenský život. Právo je druhem společenské imaginace.[96]

Geertz se domnívá, že je důležité zabývat se strukturou názorů, zvláště pak symboly a systémy symbolů, jejichž činností se poté struktury formují, komunikují a zkoumají se ve srovnávací analýze práva stejně tak, jak se činí ve srovnávací analýze rituálů, ideologií, umění nebo klasifikaci systémů.[97] Geertz tvrdí: „právo je částí odlišného způsobu představy skutečnosti.[98] V jeho pojetí je právo chápáno jako druh společenské imaginace. Geertz srovnává tři různé kultury používaje slov k zorientování v právních významech. Jedná se o hermeneutický projekt; slova jsou klíčem k porozumění společenským institucím a kulturním formulacím, které je obklopují a dávají jim význam.[99] Na příklad v islámském světě slovo hagg má mnoho významů, znamená např. realitu, pravdu nebo platnost, v různých permutacích a kombinacích př. Boha, čin, skutečnost, právo, povinnost, závazek., požadavek, poctivost, zdraví, spravedlnost nebo slušnost.[100] Podle konkrétní situace se určuje přesný význam slova.

[96] GEERTZ, Clifford (1983). Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology. New York: Basic Books. s. 232.
[97] Tamtéž. s. 182.
[98] Tamtéž. s. 184.
[99] Tamtéž. s. 187.
[100] Tamtéž. s. 188.

3 Pojem práva v právní antropologii

3.1 Problém vymezení práva v právním pluralismu

Vymezení hranic mezi nestátním právem a dalšími podobnými neprávními společenskými fenomény je neustálým problémem pro právní pluralisty. Benda-Backmann poukazuje na to, že neustálá debata a snaha o vymezení práva v antropologii připomíná bitevní pole.[101] Navíc neexistuje konsensus, který by oddělil neprávní formu od právní formy normativních řádů, a není ani shoda v tom, zda je potřebné a užitečné vymezení těchto forem normativních řádů.

Z pozitivistického hlediska se jeví existence centralizovaného organizovaného státu jako samozřejmost a přítomnost pravidel, soudů a sankcí jako základ státu.[102] Právní pluralisté přesto tvrdí, že nestátní právní systémy existují, tím se ovšem prohlubuje problém, jak odlišit právo od jiných normativních řádů. Otázkou pak je, zda všechny formy sociální kontroly jsou právem, nebo zda lze nalézt kritéria, která odlišují právo od ostatních forem normativních řádů. Většina antropologů našla kriterium v podobě uložení sankce (např. Hoebel tvrdí, že společenská norma je právní, pokud opomenutí či porušení této normy je spojeno s hrozbou násilí či s jeho skutečným použitím ze strany jednotlivce či ze strany autority).

Tyto definice jsou kritizovány především z důvodu, že ačkoli právní instituce mají k dispozici téměř monopol pro užití fyzické síly, nelze říci, že jej mají na všechny druhy forem účinného donucení či účinného podnětu k dodržování norem.[103] Někteří sociální vědci se pokusili s těmito výtkami vypořádat. Na příklad Frame a Benton navrhli následující definici: „společenskou normu lze označit za právní, pokud její nedodržení či překročení je sankcionováno hrozbou použitím fyzické síly či jejím skutečným použitím nebo společenským znevýhodněním jedince či skupiny.[104]

---

[101] von BENDA-BECKMANN, Franz (1986). Anthropology and comparative law, in Keebet von Benda-Beckmann and Fons Strijbosch (eds), Anthropology of Law in the Netherlands: Essays on legal pluralism. s. 92.

[102] ROBERTS, Simon. (1979). Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology. Harmondsworth: Penguin. s. 23.

[103] MOORE, Sally Falk (1973). "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study," 7 Law & Society Review. s. 92.

[104] BENTON, Richard (2004). Lexicography, law and the transformation of New Zealand jurisprudence, Paper presented at the Symposium on Concepts in Polynesian Customary Law, Auckland, 2004, s. 1–2.

O definice práva není nouze, ale žádná, jak poukazuje Merry, nedokázala jasně vymezit hranice mezi normativními řády, které mohou být nazývány právem a mezi řády jiného druhu.[105]

Neúspěch právních pluralistů spočívající v neschopnosti vytvoření definice práva vedl ke dvěma reakcím. První obhajuje Tamanaha, který zahájil v roce 1993 ostrý útok na doktrínu právního pluralismu. Argumentoval tím, že ačkoli je právní pluralismus významnou oblastí právní antropologie, stojí na velmi nestabilních analytických základech, které v konečném důsledku způsobí jeho zánik. Tvrdí, že pojem práva by měl být vyhrazen pouze pro státní právo, protože existuje empirický rozdíl mezi státním právem a jinými formami společenského uspořádání. Woodman, který se jako jeden z mála se snaží vypořádat se s argumenty Tamanahy, jej kritizuje za to, že rozdíl mezi státním právem jako doktrínou a nestátním právem jako formou společenského uspořádání není nic víc než rozdíl v kladení důrazu na zdroj informací.[106]

Druhý přístup hovoří o tom, že není důležité vymezit pojem práva v právním pluralismu. Woodman na otázku, jak definovat právo odpovídá tak, že všechny formy sociální kontroly jsou součástí právního pluralismu a že právo (zákon) se vyskytuje v nejjasnější a nejčistší podobě v pojetí právního centralismu, tzn. je vázáno na stát, až po neurčitou formu neformální sociální kontroly. Právo je jakýmsi kontinuem, které prochází všemi formami společenské kontroly.[107] Merry argumentuje obdobně, tedy že vymezení podstaty práva nebo zvyků je méně hodnotné, než zařazení těchto pojmů do souborů vztahů mezi jednotlivými normativními řády v konkrétních historických souvislostech.[108] Humphreys komentuje, že „nemůžeme přesněji vytyčit hranice kolem práva, ale měli bychom se zabývat komplexem ideí a institucí, ve kterých se dělící čáry mění v čase a mezi jednou a druhou skupinou... a tím, že právní normy a právní názory jsou formulovány, schvalovány a citovány v konkrétních historických podmínkách.“[109]

Franz von Benda-Beckman konstatuje, že je třeba si uvědomit pluralitu samotných definic práva. Jednotlivé definice vznikají podle toho, kdo vznáší otázku a proč se ptá, co je právo.[110] Dále poukazuje na to, že je nutné se tázat, co vlastně chceme srovnávat a proč to chceme srovnávat, před

[105] MERRY, Sally.Engle (1988). Legal Pluralism., 22 Law & Society Review. s. 879.
[106] WOODMAN, Gordon (1998). „Ideological combat and social observation: recent debate about legal pluralism“, Journal of Legal Pluralism, vol. 42. s. 43.
[107] Tamtéž. s. 45.
[108] MERRY, Sally.Engle (1988). Legal Pluralism., 22 Law & Society Review. s. 889.
[109] HUMPHREY, Sally (1985). „Law as discourse“, in Sally Humphreys (ed), The Discourse of Law: History and anthropology. s. 251.
[110] von BENDA-BECKMANN, Franz (1986). Anthropology and comparative law, in Keebet von Benda-Beckmann and Fons Strijbosch (eds), Anthropology of Law in the Netherlands: Essays on legal pluralism. s 92 – 93.

tím než začneme řešit terminologické problémy.[111] Twinning navazuje na tento přístup a dodává, že se mají vytvořit kritéria pro rozlišení legálních a jiných normativních řádů podle kontextu a účelu výzkumu.[112] Tamanaha se domnívá, že není vůbec nutné vytvářet společenskovědní pojetí práva. Za právo bychom měli považovat to, co považují za právo lidé v různých skupinách (zákon, normu).

Na základě výzkumů a snaze formulovat definice práva lze hovořit i o právní teorii v rámci antropologie práva.

[111] von BENDA-BECKMANN, Franz (2002). „Who's afraid of legal pluralism?". Jornal of Legal Pluralism,nr. 47. s. 278.

[112] TWINING, William (2003). „A post-Westphalian conception of law", Law and Society Review, vol. 37. s. 250.

3. 2 Teorie práva

Teorie práva vymezené právními antropology lze shrnout zhruba do 6 kategorií. První z nich obsahuje ty definice, které tvrdí, že právo se vyskytuje pouze ve stratifikovaných či vyspělých společnostech. Jedná se tedy o společnosti, jež prošly složitým procesem kulturní revoluce. Lovecko-sběračské společnosti podle této teorie byly společnostmi bez práva. Sociální kontrola a konformita byla zajišťována zvykem, který byl všeobecně znám a nepotřeboval být dále vynucován autoritou kmene. Tato teorie se objevovala hlavně na začátku vývoje právní antropologie a představitelé této teorie byli Rivers,[113] Hobhouse[114] a další.

Druhá teorie se snaží vytvořit nějaká rozlišovací kritéria, která by stanovovala, co je považováno za právo a co nikoli. Tito vědci mnohá rozlišovací kritéria převzali ze západního pojetí práva, to ovšem eliminovalo to, co za právo považují některé společnosti. Redcliffe-Brown definoval právo jako „sociální kontrolu cestou systematické aplikace síly v politicky organizované společnosti.“[115] Byl jedním z prvních antropologů, kteří se věnovali systematickému studiu práva preliterárních společností. Snažil se odhalit základní zákony lidské společnosti. F. James Davis za právo považuje „formální nástroj sociální kontroly, který spočíval v používání pravidel interpretovaných a podporovaných soudními orgány politické komunity.“[116] Davisova definice je příliš úzká, kmenové společnosti by na jejím základě nedisponovaly právem.

Třetí kategorie právních teorií vznikla jako reakce na zmíněnou předchozí teorii. Vědci odsuzují používání západních právních pojmů a kriterií pro stanovení toho, co má být považováno za právo. Snaží se eliminovat západní etnocentrický pohled. Jejich až přehnané lpění na nativní právní konceptualizaci vyústilo v neschopnost vytvořit mezikulturně srovnatelnou právní doktrínu. Použitelnost jejich dat byla omezena pouze na výklad dílčích právních řádů.[117]

Čtvrtá kategorie je tvořena vědci, kteří odmítli veškeré definice práva s argumentem, že právo není pojem, ale fenomén, který lze nějakým způsobem objektivně a absolutně definovat.[118]

[113] RIVERS, W.H.R. (1924). Social Organization. New York: Knopf.
[114] HOBHOUSE, L. T. (1906). Morals in Evolution. London: Champan and Hall.
[115] REDCLIFFE-BROWN, A.R. (1952). Structure and Function in Primitive Society: Essays and Addresses. London: Cohen and West. Glencoe: Free Pres.
Jeho heslo „Law, Primitive“ v Encyklopedia of the Social Science, IX (1933). s. 202-206.
[116] DAVIS, F. James; FOSTER, H. Henry; JEFFERY, C. Ray and DAVIS, E. Eugene (1962). Society qand Law: New Meanings for Old Profession. New York: Free Pres.
[117] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 16.
[118] BARKUN, Michael (1968). Law without Sanction. New Haven, Conn.: Yale University Pres.

Barkun definuje právo jako „systém manipulovatelných symbolů, který funguje jako zástupce, jako model sociální struktury.“[119] Tato definice je příliš široká, protože pod pojem právo můžeme zahnout sociální a politickou stratifikaci, příbuzenské chování. Každý symbol tak či onak je manipulovatelný, proto tato definice se stává nefunkční a více či méně nadbytečnou. Redcliffe-Brownova definice je založena na kriteriu fyzické síly jako sankce, tento druh sankce ale neaplikuje pouze právo ale i další socioregulativní systémy, z tohoto důvodu je jeho definice též příliš široká. Bronislaw Malinowski zase jako charakteristický znak práva použil závazek. Podle jeho názoru lze pomocí závazku dosáhnout požadovaného společenského chování, protože je s ním spojena očekávána reciproční výhoda. Tedy díky závazku se dosahuje společenské konformity.[120]

Poslední kategorie se snaží vymezit pojem práva pomocí určitých charakteristických prvků. Tito autoři jsou si vědomi, že právo nelze definovat pouze na základě jediného kritéria. Jejich definice jsou postaveny na souhrnu určitých znaků, které jsou obsaženy ve společnosti. Do této kategorie patří konceptualizace práva Karlem Llewellynem a E. Ademsonem Hoebelem a na jejich teorii navazujícím Leopoldem Pospíšilem.

3.2.1 Teorie práva Eugena Ehrlicha

Eugen Ehrlich[121] přišel s myšlenkou „živého“ práva. Tato jeho myšlenka byla v přímém rozporu s ideou státního centralizovaného práva, protože právo dle jeho názoru je nezávislé na státu. Ehrlich. „živé právo“ považoval za skutečné chování subjektů. Svůj výzkum realizoval v uherské Haliči, kde oficiálním právem bylo rakouské právo. Při svém výzkumu zjistil, že lidé své chování kontrolují a regulují podle jiných principů než těch, které jsou oficiálně uznávané. Zákony označil za právní propozice, zatímco principy skutečného chování subjektů za „živé právo“. „Živé právo“ nebylo obsaženo v dokumentu, který soudy uznávají jako závazný při rozhodování soudních sporů, ale je to jen část, kterou mohou strany pozorovat v životě. Tedy „živé právo“ je odvozeno ze skutečného chování lidí a nikoli z rigidních pravidel obsažených v kodexech. Ehrlich se shoduje s Malinowským, že právo je základem pro zachování sociálního řádu, který lze nalézt kdekoli. Jinými slovy právo může být považováno za synonymum normativity.

[119] BARKUN, Michael (1968). Law without Sanction. New Haven, Conn.: Yale University Pres. s. 92.
[120] MALINOWSKI, Bronislaw (1959). Crime and Custom in Savege Society. Paterson, N.J.: Littlrfield, Adams.
[121] EHRLICH, Eugen (1936). Fundamental Principles of the sociology of law. Cambridge: Harvard University.

Ehrlichovo pojetí práva není zcela správné. Za prvé, pokud bychom přijali tezi, že právo je odvozováno ze skutečného chování lidí, pak by mohlo dojít k zaměňování sociálních norem s právem. Za druhé, společnost je hierarchicky uspořádaná, chování sociálně výše postavených jedinců má ve společnosti vyšší váhu než obyčejných členů. Je otázkou, co je určujícím faktorem pro skutečné právo skupiny, když se ve společnosti vyskytují rozdíly v chování významných jedinců a prostých lidí. Za třetí, každý regulativ obsahuje prvek ideálu – toho, co je považováno za nejlepší. Pokud by právo bylo odvozováno ze skutečného chování, tento důležitý prvek by postrádalo.[122]

3.2.2 Teorie práva Bronislawa Malinowského

Malinowski ve své práci Crime and Custom in Savage Society popisuje život trobriandských ostrovanů, pro které má zásadní význam reciprocita, jejich společenský řád je na ní založen. Jejich společenská kontrola je udržována přesto, že nemají žádné ústřední orgány, soudy či policii. Uskutečňuje se např. ostrakizmem, který se uplatňuje vůči dlužníku. Malinowski definuje právní normy jako závazek jedné strany a právo druhé.[123] Nebo-li podstata práva vychází z určitého zvyku nebo praxe; funkce je důležitější než forma. Na příklad rybolov byl považován za zvláštní druh práce, každý, kdo se účastnil, měl nárok na podíl z úlovku, na druhou stranu, kdy se rybář dlouhodobě vyhýbal účastnit se rybářské výpravy, byl by za to sankcionován v podobě ztráty podílu na úlovku. Rybáři ryby většinou směňovali za sladké brambory (yams), ty byly druhou hlavní potravinou na ostrově. Pokud by člen společnosti neplnil své závazky, ostatní by mu přestali dodávat své produkty. Pokud by se tento jedinec po nějaké době nepřizpůsobil, byl by vyhnán. Malinowski považuje reciprocitu, systematickou členitost a ctižádost za rozhodující faktory, které ovlivňují vývoj práva u preliterárních společností.[124]

Malinowski poukazuje na to, že právo by mělo být definováno na základě funkčnosti a nikoli podle formy. Vychází z těchto tezí:

1. sociální řád je založen na funkčnosti práva,

[122] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 28 -29.
[123] MALINOWSKI, Bronislaw (1956). Crime and Custom in a Savage Society. Paterson, N.J.: Littlefield, Adams. s. 55.
[124] Tamtéž. s. 68.

2. sociální řád vychází z regulovaných zvyků aktuálního chování,
3. komplex společenských závazků se skládá z mechanismů sociálního řádu,
4. právní normy jsou vyabstrahovanými normami vycházejících ze společenského chování a právo je shodné se společenskou kontrolou.[125]

Na Malinowského dále navazují i někteří dnešní antropologové.

3.2.3 Teorie práva Adamsona Hoebela a Karla Llewellyna

Jejich kniha Cheyenne Way je významná ze tří důvodů. Za prvé poskytuje přehledný popis případové studie, která analyzuje kmenové právo. Za druhé věnuje se velmi podrobně způsobům a formám řešení sporů. Z třetí se snaží odlišit právo od jiných forem společenské kontroly. A. Hoebel s K. Llewellynem vymezili právo na základě čtyř, respektive pěti prvků, které musí být ve společenském jednání obsaženy, abychom mohli hovořit o právu:

1) síla imperativu, která nutí příslušníky dané kultury chovat se určitým způsobem,
2) nadřazenost práva, která umožňuje v případě komparace s jinými hodnotami dané kultury vítězství právních norem,
3) systémová organizace prvků, která plní socioregulativní funkci,
4) oficiální publicita, která legitimuje existenci právních systémů.[126]

Sjednocujícím a nepostradatelným prvkem je autorita.

Právo dle jejich názorů právo má nepostradatelnou společenskou úlohu, snaží se totiž zabránit a předcházet konfliktům. Též se snaží o zachování sociálního pořádku. Vše, co plní tyto role, by mělo být nazýváno právem. Podle jejich názoru řešení konfliktů je tak zásadní role práva, že by se tato problematika měla stát ústředním tématem antropologie práva jako takové. Donovan trochu ironicky poukazuje na fakt, že dotyční sami nebyli schopni si získat aktuální případy, veškeré informace měli až z druhé ruky – od informátora.[127]

[125] TAMANAHA, Brian. (1994). Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory Of Law. Oxford: Clarendon Press. s. 104.
[126] LLEWELLYN, N. Karl; HOEBEL, E. Adamson (1961). The Cheynne Way. Norman: University of Oklahoma.
[127] DONOVAN, James (2008). Legal Anthropology: An Introduction. Lanham, Md: AltaMira Press. s. 91.

3.2.4 Teorie práva Maxe Gluckmana

Max Gluckman při svém studiu kmenů v Zambii odhalil řadu zajímavých poznatků. Mezi ně patří podobné právní pojmosloví kmene s tradičním právním pojmoslovím západní společnosti. Hlavní funkce soudů spočívala v regulaci již stávajících vztahů, ale i nově vzniklých. Soudy dbaly o dodržování povinností, rozeznávaly mezi právem, které je produktem záměrného rozhodnutí autority (společnost nedisponovala zákony v našem slova smyslu) a zvykem, mezi odpovědností a nedbalostí, dále zkoumaly, jaké intenzity dosáhlo porušení povinnosti, zda se jednalo pouze o přestupek či závažnější porušení právní normy.

Jeho objev podobnosti vzbudil velkou vlnu kritiky. Argumentace oponentů se opírala o tvrzení, že zvykové právo se již dříve dostalo do styku s evropským právním systémem, a proto se zde nachází jistá podobnost.

3.2.5 Teorie práva Paula Bohannana

Paul Bohannan se zabýval studiem Tivů v Nigérii a jejich právním systémem. Vytvořil ideu „dvojité institucionalizace“, kterou se právo odlišuje od běžných společenských norem a zvyků. Podle jeho názoru zákony jsou vlastně zvyky, které byly extrahovány z běžného prostředí a postupně se přeměnily. Tento proces nazývá „reinstitualizace“. Spočívá v přechodu sociální normy v normu právní. Specifické zvyky jsou vybrány právními institucemi. Tyto zvyky mohou vyřešit spory, které ohrožují fungování celého společenského systému. Jinými slovy, „dvojitá institucionalizace“ vybírá určité normy, které se stanou právními. Tyto normy totiž dokáží řídit veškeré instituce a společenský život, zvyky takovou moc nemají.

3.2.4 Teorie práva Leopolda Pospíšila

Leopold Pospíšil formuloval čtyři atributy práva, které jsou nezbytné pro identifikaci práva. Těmito prvky jsou:

1. autorita
2. univerzální použitelnost
3. závazek
4. sankce.

Pokud zmíněné atributy objevíme ve společnosti, lze o ní říci, že disponuje právním systémem. Pospíšil tvrdí, že není žádný kvalitativní rozdíl mezi právem přírodních národů a právem civilizované společnosti.

Zda se jedná o právo či zvyk nezávisí na zdroji, ale na tom, v jaké míře se nacházejí výše zmíněné atributy ve společnosti. Z toho vyplývá, že pravidlo, které se nachází ve společnosti nemusí být nutně právem, a na druhou stranu pravidlo, jenž se vykytuje v nezápadní společnosti, nemusí být pouze zvykem. Pospíšilovy atributy práva nejsou závislé na zdroji práva, tzn. právo může existovat nezávisle na státu. Hovoří o tom, že právem disponují i kriminální gangy, pokud se v systému pravidel objevují všechny atributy.

3.3 Vztah státního práva a jiných normativních řádů a právního pluralismu

Dalším zásadním tématem právního pluralismu je vztah státu, státního práva a dalších normativních řádů. Fitzpatrick podotýká, že vztah právního pluralismu a státu a právního pluralismu a státního práva je velmi rozporuplný. Někteří nepřisuzují státu nějaké výsadní postavení, jiní se zase snaží omezit pluralitu na stát nebo státní právo. Sack poznamenává, že tento problém pramení ze skutečnosti, že právní pluralismus má smysl pouze tehdy, když se předpokládá, že žádná z forem práva není nadřazená[128], tzn. existuje rovné postavení forem práva

Ti, kteří neuznávají vztah práva ke státu, tak činí obvykle s výtkou, že stát není univerzálním společenským faktem, ale je vymezen časově a geograficky. Hence Woodman se ke vztahu státu a práva vyjadřuje takto: „(Nestátní) právo může být pojímáno nezávisle na státu a v teorii se nevyskytuje žádné právo uznané či stanovené státem.“[129] Normy nestátního práva mají stejný obsah jako zákony uznané či stanovené státem, ale jejich kritéria existence jsou odlišná. Jestliže zákony přestanou být užívány společností, neznamená to, že přestanou být zákonem. Avšak u nestátního práva, jestliže normy nejsou aplikovány společností, přestávají být součástí nestátního práva.[130]

Pojetí právního pluralismu nám předkládá domněnku, že normy státního práva a jeho instituce jsou součástí společenského normativního řádu. Ehrlich poznamenává, že právní instituce a normy státního práva slouží k ospravedlnění právních rozhodnutí. Právníci podle jeho názoru manipulují se zákony tak, jak se jim to zrovna hodí v daném případě, a soudci zase tak, aby ospravedlnili svá rozhodnutí.

Důležitou roli ve vztahu státního práva a nestátních forem právních řádů hrají symboly. Například Santova studie o brazilském právu „favate“ popisuje, jak si ilegální obyvatelé squatterských osad vytvořili vlastní zákony, čerpali inspiraci ze symbolů a forem státního práva. Právní pluralismus se vyskytuje ve vztazích mezi vládnoucí třídou a utlačovanou městskou třídou tj. v třídní hierarchii brazilské společnosti.[131] Jiné studie zase ukazují, jak státní právo použilo již zažité

[128] SACK, Peter and MINCHIN, Elizabeth (1986). Legal Pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop VII. s. 3.
[129] WOODMAN, Gordon (1991). Dictionnaire Encyclopédie de Theorie et Sociologie du Droit – Supplement reprinted in Newsletter XX, Commision on Folk Law and Legal Pluralism. s. 34.
[130] Tamtéž.
[131] SANTOS, Boaventura De Sousa (1982). "Law and Community: The Changing Nature of State Power. s. 896.

symboly jiných normativních řádů. Snažilo se tak poukázat na hodnoty tradičního práva. Této cesty využívají zpravidla různá reformátorská hnutí, která se dostanou k moci – tuto praxi dokládá např. filipínské sousedské právo (katarungang pambarangay) nebo indiánské vesnické soudnictví (nyaya panchayats).[132] Je nutno podotknout, že spory vzniklé ve filipínském sousedském právu jsou řešeny státní mocí a nikoli alternativními způsoby, neboť v roli soudců figurují státní úředníci, tzv. „sousedští kapitáni". Westermark zase dokumentuje praktiky nových vesnických soudů v papuanské Nové Guinei, vytvořených v roce 1973 jako neformální smírčí alternativy ke státním soudům.[133] Tyto soudy překvapivě kopírovaly státní soudy, co se týče architektury, vybavení místností a dokonce i úpravy cesty vedoucí k soudní budově. Existovaly zde povinné uniformy a pouta.

Francis Snyder se kriticky vyjádřil na konferenci v Bellagio k jakémukoli druhu duálního rozdělení. Argumentoval, že každé dualistické rozlišení, jako je právo státní a nestátní, je zavádějící, protože plurální normativy jsou částí každého systému v jakémkoli společenském kontextu a jsou obvykle propojeny v témže společenském mikroprocesu.[134] Tímto chtěl poukázat na nové pojetí právního pluralismu, které ustupuje od otázek účinku práva na společnost nebo dokonce společnosti na právo směrem ke konceptualizaci komplexnějšího a interaktivního vztahu mezi oficiální a neoficiální formou řízení. Oproti zkoumání pouze vzájemných vlivů dvou oddělených entit, tato perspektiva vidí více forem řízení, které se vzájemně ovlivňují na témže společenském poli.

S. F. Moore přišla s myšlenkou polo-autonomních společenských oblastí, z kterých se skládá společenská struktura. Společenské oblasti prezentuje jako základní jedinečné formy společenské kontroly, které jsou spojeny s normami chování. Každý jedinec může současně spadat do více společenských oblastí, které tvoří komplexní spektrum sociálního života.[135] Sociální oblasti jsou

LEGAL PLURALISM Late Capitalism," in Richard Abel. (ed.), The Politics of Informal Justice, Vol. I. New York: Academic Press.

[132] MESCHIEVITZ, C.S., and Marc GALANTER (1982). "In Search of Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution," in R. Abel (ed.), The Politics of Informal Justice: Comparative Studies. New York: Arademic Press.
SILLIMAN, G. Sidney (1985). "A Political Analysis of the Philippines' Katarungang Pambarangay System of Informal Justice through Media- tion," 19 Law & Society Review 279.
HAYDEN, Robert M. (1984). "A Note on Caste Panchayats and Government Courts in India: Different Kinds of Stages for Different Kinds of Performances," 22 Journal of Legal Pluralism 43.

[133] WESTERMARK, George D. (1986). "Court is an Arrow: Legal Pluralism in Papua New Guinea," 25 Ethnology 131.

[134] GRIFFITHS, John (1985). "Introduction," A. Allott and G. Woodman (eds.), People's Law and State Law: The Bellagio Papers. Dordrecht: Foris. s. 17-18.

[135] Polo-autonomní oblasti mohou vytvářet své vlastní pravidla a své vlastní normy, ale ty mohou být ohroženy pravidly, rozhodnutími a jinými silami ze světa, který je obklopuje a který je silnější a rozsáhlejší. Polo-autonomní oblasti mají prostředky k donucení a vynucení dodržování svých pravidel, ale ty jsou nastaveny tak, aby byly v souladu s okolním světem, ten totiž může napadnout tyto oblasti z vlastního podnětu či z podnětu člena této oblasti. MOORE, S.F. 'Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study",

nezávislé, což může do určité míry bránit proniknutí externích norem, schopnost odolnosti se projevuje jak ve vztahu členů mezi sebou tak tváří v tvář normám působícím v ostatních oblastech. Moore nepoužívá pojem právo pro popsání pravidel a norem, které se vyskytují v polo-autonomních sociálních oblastech.[136]

Jacques Vanderlinden reagoval na pojetí práva v Evropě. Především nesouhlasí s pojetím soukromého práva, vymezil se proti právním teoretikům, kteří vnímají právo velmi úzce. On je zastáncem širšího pojetí a to práva jako úvahy o normativních postupech. Právo podle jeho mínění je regulativním systémem stejně tak jako morálka, etika atd., ale s tím rozdílem, že se snaží zaujmout vedoucí úlohu a stát se hlavním regulativním systém, který bude nadřazen těm dalším. Oproti Griffithsovi se nesnaží vymezit státní právo a jiné právo ani se nesnaží zařadit státní právo do společenské kontroly. Společnost je pluralistická, proto nelze ani normativní řády hodnotit podle monistické teorie. Vanderlinden, který rozpoznal určitou specifičnost práva, prohlašuje, že jedinci jsou vystaveni působení mnoha právním řádům proto, že patří k mnoha společenským sítím.[137]

Vanderlinden a další vědci přišli s tím, že pokud bude existovat určitá mezera mezi zněním zákona a jeho praktickým užitím, pak lze hovořit o pluralitě práva.

Massaji Chiba, který se věnuje právnímu pluralismu a dívá se na něj z perspektivy japonské kultury, identifikuje více úrovní práva:

1. oficiální právo (právní systém, který je schválený legitimní autoritou dané země)
2. neoficiální právo (právní systém, který není uznán oficiální autoritou, ale je v souladu se všeobecným míněním společnosti mající rozhodující vliv na efektivitu oficiálního práva)
3. právní postuláty (systém hodnot a idejí, které mají na tvoření a nalézání oficiální, ale i neoficiálního práva).

Výše zmíněné úrovně nejsou nikterak rigidně fixovány. Liší se společnost od společnosti. Východní kultura dává přednost neoficiálnímu právu, Západ klade důraz na oficiální právo. V souvislosti s těmito třemi úrovněmi práva se Chiba zamýšlí nad vztahem práva oficiálního a

Law & Society Review, Vol. 7. s. 720.

[136] Koncepce polycentrality práva byla také objevena vědci ze severní Evropy. Tato koncepce odkazuje na pojetí právního pluralismu, který je popsán jako zdroj pramenů práva v různých odvětvích státní správy. Základní hypotéza zní, že orgány používají různé prameny práva nebo používají stejné, ale se liší hierarchií norem. Tato koncepce se zaměřuje na doplnění pojetí polo-autonomních oblastí Moore uvnitř samotného státu. WOODMAN, G**.** "Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate About Legal Pluralism", Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, No 42.

[137] VANDERLINDEN, J. (1993). Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique, 2 Revue de recherche juridique, Vol. XVIII, No. 53. s. 575-583.

neoficiálního, nad právními principy a právními postuláty, nad právem národním a právem začleněným. Existuje celá řada možností jak právo dané společnosti v souvislosti s různými úrovněmi zkoumat a analyzovat.

Boaventura de Sousa Santos zakládá koncepci práva v postmoderním myšlení na tezi, že právní pluralismus a interlegalita zahrnují jak sociální konstrukci normativních řádů, tak i lidskou zkušenost. Podle něj je právní pluralismus klíčem k pochopení práva v postmoderní době. Právní pluralismus nemá být chápán jako systém normativních řádů, které existují u různých společností v jednotném politickém systému a vzájemně se ovlivňují, ale jako koncepce různých legálních prostorů, které se překrývají, prolínají a mísí v našich myslích stejně tak jako při soudních řízeních či právních úkonech.[138]

Santos poukazuje na to, že lidský život se skládá z průsečíků jednotlivých právních řádů, což nazývá interlegalitou.[139] Lidé by potřebovali nové pojetí práva, které by bylo jednodušší a srozumitelnější tak, aby jim usnadnilo každodenní užívání právních předpisů. Santos popisuje, jak polycentrické vnímání práva představuje a transformuje realitu. Vysvětluje, jak jsou konstruovány a prosazovány právní předpisy na státní úrovni i mimo ni. Je si vědom, že jeho definice implikuje pluralitu právních řádů. Nic méně, zaměřuje se na to, co sám nazývá „šest strukturálních skupin společenských vztahů v kapitalistické společnosti“[140]:

a) právo v domácnosti (pravidla, normy a řešení sporů vyplývající ze sociálních vztahů v domácnosti)
b) výrobní právo (vyplývající z pracovněprávních vztahů)
c) směnné právo (vyplývající z obchodněprávních vztahů)
d) právo společnosti (vyplývající ze vztahů ve skupině)
e) státní právo
f) systémové právo (právní forma světa)

Tyto široce vymezené skupiny se vzájemně mohou překrývat.

Günther Teubner navrhl svoji vlastní teorii právního pluralismu. Jeho teorie práva je založena na třech předpokladech. Právo považuje za autopoietický systém (systém samoudržitelný a uzavřený do sebe):

[138] SANTOS, Boaventura De Sousa (1989). “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, Journal of Law and Society. s. 279-302, s. 297-298.
[139] Tamtéž. s. 297-298.
[140] SANTOS, Boaventura De Sousa (1995). Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition, New York, Routledge. s. 429.

1. právo jako samostatný epistemologický předmět,
2. právo jako komunikační proces
3. vytváří lidské aktéry jako sémantické aktéry.

Teubner kritizuje neschopnost definovat právo klasických právních pluralistů. A to především proto, že nejsou schopni definovat rozdíl mezi právem a jinými druhy normativních systémů. Definuje právní pluralismus jako soubor různých komunikačních procesů, které si všímají sociálních aktivit a rozlišují je na legální a ilegální. Binární kód legální/ilegální je konstituován jako diskriminační faktor v tom smyslu, že umožňuje ryze ekonomické kalkulace, tak i použití moci, která stanovuje konvenční normy, morální hodnoty a organizační pravidla. Tento binární kód nesouvisí s existencí státního práva. Má mnoho funkcí, slouží jako sociální kontrola, reguluje konflikty a koordinuje lidské chování.[141]

3.3.1 Vnímání práva v horizontální a vertikální podobě

Právo lze vnímat v horizontální a vertikální rovině. Tento pohled na právo je charakteristický pro společenskoprávní kritiky. Tyto kritiky napadají moderní, právně pozitivistické vnímaní práva jako systému příkazů vycházejícího z hierarchického uspořádání.

Pro právní teorii, která si klade za cíl rekonstruovat a transformovat pojetí práva, má zásadní význam uznání práva v horizontální rovině. To však narušuje pojetí práva jako hierarchicky uspořádaného systému zákonů. V dnešní době je tento koncept práva některými právními teoretiky či kritiky považován za zastaralý (např. Brown[142], Murphy[143], MacCormick[144]). Podle jejich názoru právní síla nepramení z jednoho hierarchicky nadřazeného centra, ale vyskytuje se na více místech (např. v interpretaci, v alternativních řešení sporů, v nařízeních). Vertikální pojetí práva je důvěrně známé právním vědám až do té míry, že se zdá, že představuje univerzální pravdu o povaze práva v západní společnosti. Lze říci, že vertikální povaha práva je jednou ze základních forem práva.

[141] TEUBNER, Günther (1993). "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", London: Blackwell. s. 15.
[142] BROWN, Wendy (1995). States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity, New Jersey: Princeton University Press. s. 174.
[143] MURPHY, Thérèse (1999). „Cosmopolitan Feminism: Towards a Critical Reappraisal of the Late Modern British State" in S Millns and N Whitty (eds) Feminist Perspectives on Public Law, London: Cavendish.
[144] MACCORMICK, Neil (1993). „Beyond the Sovereign State" Modern Law Review 56. s. 1-18.

Horizontální povaha práva nahrazuje hodnoty nadřazenosti a určitosti hodnotami nahodilosti, proměnlivost vztahů závisí na interakci jedinců a společnosti.

Vertikální právo je charakterizováno jako jednotný, výlučný, souvislý, monocentrický, hierarchický, svrchovaný, územně omezený normativní systém. Typickými znaky horizontální roviny práva jsou pluralita, souhrnnost, nesouvislost, polycentrismus, princip účasti a distribuce, situovanost a rozdílnost a územní neohraničenost.

Vertikální právní řád vychází z teorie Hanse Kelsena. V jeho pojetí je právo hierarchicky či pyramidovitě uspořádanou soustavou norem. Platnost zákona je dána vyšší normou. Kelsen v tomto uspořádání nachází pluralitu. Říká, že jednota plurality existuje i ve vertikálním uspořádání práva.[145]

Margaret Davies zavedla pojem „všední právo“ (flat law). Termínem všední právo označuje státní právo, které je výtvorem kultury a společnosti, nelze jej oddělit od sociální sféry, protože je její nedílnou součástí.[146]

Margaret Davies má za to, že pojem vertikální a horizontální právo nelze považovat za synonyma pro termíny právních pluralistů, jako je oficiální a neoficiální právo nebo pro formální a „živé právo“. Tyto zmíněné pojmy jsou více empirické.[147]

Institucionální a myšlenkové zdroje práva stanoví právní normy (právní předpisy, případy a nařízení) a také to, co považujeme za platnou formu právního myšlení.[148] Právní normy určují, na koho se právo vztahuje, na jakém území působí. Pod abstraktním obsahem právních norem se nacházejí zákonně vymezené postupy a procesy jako např. získaní řidičského průkazu, převod majetku či vznik korporace.

[145] KELSEN, Hans (1992). Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford: Clarendon Press.
[146] DAVIES, Margaret (2006). Feminsm and The Flat Law Theory. Draft. s. 8-16. Tato studie byla napsáná pro AHRC Centre for Law, Gender and Sexuality conference ‘Up Against the Nation States of Feminist Legal Theory’ na University of Kent.
[147] Tamtéž.
[148] GOODRICH, Peter (1986). Reading the Law, Oxford: Basil Blackwell. s. 4.

4 Kritika

Koncept právního pluralismu Merry a Moore jako semi-autonomního sociálního pole zůstává nejtrvalejším, nejzobecnitelnějším a nejčastěji používaným pojetím plurality právního řádu. To vypovídá o tom, že právní pluralismus nebyl dostatečně podroben kritice ze strany sociologie a antropologie práva. V právní teorii byl podroben kritice hlavně ze strany pozitivistů.

Griffiths ideologii právního centralismu označuje za úhlavního nepřítele, kterého je nutné pokořit. Oproti právnímu centralismu, v jehož pojetí stát je jediným zákonodárcem, právní pluralismus upozorňuje na existenci mnoha částečně autonomních samoregulačních sociálních oblastí, které rovněž vytváří právní normy.

Brian Tamanaha poukazuje na to, že podle právních pluralistů všechny formy sociální kontroly jsou považovány za právo. Na základě tohoto závěru nelze provést analýzu práva, která by byla použitelná a vypovídala o tom, co je právo. Dupret se domnívá, že tento problém vznikl pravděpodobně záměnou popisného a nepopisného pojetí práva. Právo podle něj patří do druhé kategorie proto, že nikdy nesloužilo sociologům k popisování sociální reality. Právní pluralisté používají pojem práva jako synonymum k pojmu sociální norma. Právní pluralisté přispěli k nejednoznačnosti pojetí práva v tom smyslu, že použili slovo právo, které je již vymezeno. Navíc ho použili v takovém smyslu, který je částečně či zcela v rozporu s původním vymezením. Tamanaha dále uvádí, že „běžné“ („lived“) normy jsou zcela odlišné od norem uznaných či stanovených právními institucemi. Normy se stávají právními, když jsou uznané jako právní právními subjekty.[149] Dupret poznamenává, že kritika právního pluralismu, tak jak ji prezentuje Tamanaha, je prospěšná, ale podle jeho názoru dělicí čára není mezi běžnými normami a právními normami, ale leží tam, kde je právo uznáno lidmi, a na druhé straně tam, kde jsou morálka a jiné normativní systémy uznány lidmi.[150]

[149] TAMANAHA, Brian (1993). „The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism“ in Journal of Law and Society. Vol. 20, n. 2. s. 208.

[150] DUPRET, Baudouin (1999). “Legal Pluralism, Normative Plurality, and the Arab World”, in DUPRET, B.; BERGER, M; AL-ZWAINI, L. (1999). Legal Pluralism in the Arab World. Kluwer Law International: The Hague, Netherlands.

4.1 Funkcionalistické pojetí práva

Právo je považováno za pojem, který vyjadřuje funkce sociálního uspořádání, které se uskutečňují za pomoci společenských institucí. Tamanaha, Malinowski, Parsons, Luhmann jsou hlavními představiteli funkcionalistické právní teorie. Tito autoři se přiklánějí k názoru, že:

1) právo má úlohu (role) a povahu (nature);
2) tato úloha a povaha je v prvé řadě určena společenskou funkcí;
3) společenská funkce souží k zachování společenského pořádku.

Funkcionalistické pojetí práva vychází z obecných funkcionalistických předpokladů a to: Každý prvek sociálního systému resp. každá instituce slouží k zachování celku. Každý prvek plní nějakou pozitivní funkci pro celek. Poslední předpoklad vychází z toho, že každá významná životní funkce je nepostradatelnou, neoddělitelnou a nezastupitelnou součástí sociálního systému.

V souladu s funkcionalistickou teorií lze říci, že hlavní úlohou práva je regulovat společenské vztahy, tedy má socioregulativní funkci, která slouží ke stabilizaci společnosti a uchování řádu. Teubner a další se domnívají, že právo může mít více funkcí př. sociální kontrola, řešení sporů, regulace chování a společenských vztahů. Předpokládají, že právní instituce byly vytvořeny proto, aby vytvářely a zajišťovaly jednu či druhou funkci, přestože právo považují za multifunkční, což způsobuje problém.

Otázka spojená s funkcí práva zní: má právo vykonávat samostatně sociální funkce? Odpověď na tuto otázku zní: právo by za jisté nemělo samostatně vykonávat sociální funkce, od toho jsou tu i jiné sociokulturní regulativy. V západní společnosti je právo chápáno jako nejvyšší společenský regulativ. Zákony byly vytvořeny proto, aby zastávaly určité sociální funkce (ačkoli nikdy nebyly zcela úspěšné a účinné).

4.2 Problém vymezení pojmu právo

Právní pluralismus byl spojen s různým označením práva př. lidové právo, původní právo, domorodé právo, dovezené právo, státní právo, oficiální právo, neoficiální právo, primitivní právo, zvykové či obyčejové právo. Existují jak problémy s definováním práva, tak i problém s předpokladem, že se vyskytuje něco jako „skutečné"(„true") právo, které je odrazem autentické společnosti, jejíž znaky se promítají do pravidel chování. Pro tento druh nativní interpretace neexistují dostatečně přesvědčivé důkazy. Jedná se pouze o velmi naivní představu práva. Dupret konstatuje, že nelze hovořit o původním či domorodém právu, protože nikdy vlastně ani neexistovalo, jen v názorech vědců, přestože se míra akulturace hodnotí podle vyspělosti práva.

Mnohem zajímavější je Geertzova interpretační teorie práva. Geertz si představuje právo jako kulturní kód významů interpretující svět: Právo je částí, která charakteristickým způsobem zobrazuje skutečnost. V tomto pojetí „slova jsou klíčem k pochopení sociálních institucí a kulturních forem a mají jim dát i smysl".[151] Geertz svoje pojetí právního pluralismus ukazuje na příkladu arabského slova „haqq". Slovo haqq představuje určité morálku a propojené s právním cítěním. Toto slovo nese veškeré podstatné náležitosti islámského práva. V situacích, kde na sebe působí mnoho kulturních systémů, které jsou popisovány jako interaktivní, právo vytváří mnohoznačnost projevu (polyglot diskursu).[152] V tomto smyslu by pluralismus znamenal určité vzájemné srovnání kultur a práva.

Další nebezpečí tkví v tom, že pokud hovoříme o právu, nelze směšovat všechny druhy norem s právem, lidé rozlišují mezi právem a tím ostatním. Dalším problémem je, že právo může být považováno za politický nástroj, především státní právo. Poslední problematickým předpokladem je, že obecné společenské jevy jako např. sociální kontrola jsou funkčně vymezeny, přičemž jiné jevy, které nejsou cíleně vytvářeny, nemají žádnou společenskou funkci.

Tamanaha obhajuje názor, podle něhož byl projekt, který měl vypracovat vědecké pojetí práva, založen na mylném předpokladu, že právo obsahuje základní kategorii. Právem je to, co

[151] MERRY, Sally.Engle (1988). Legal Pluralism., 22 Law & Society Review. s. 886.
[152] GEERTZ, Clifford (1983). Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropolog, New York, Basic Books. s. 184.

zpravidla označujeme za zákon. Termínem právo máme tendenci pojmenovávat celou řadu aspektů, tzn. jedná se o multifunkční fenomén.[153] Jinými slovy právo je produktem lidí, vychází ze společenských norem a společných zvyků, nikoli z teoretických sociologických výzkumů.[154] Právní pluralismus by měl tedy existovat vždy, když více jak jeden druh práva bude uznán společností.[155]

Tamanaha se domnívá, že jeho přístup přináší mnoho výhod:

1. překonává tak neschopnost rozlišování mezi právem a jinými společenskými normami;
2. poskytuje tak možnost rozlišovat mezi systémem právních norem a normativním pluralismem
3. zdůrazňuje, že všechny tyto formy práva, které se vztahují k určité společenské oblasti, musí být zkoumány v kontextu jejich specifických projevů a dále ve vztahu k dalším druhům práva v dané společenské oblasti a musí být porovnány a srovnány s obecnými kategoriemi druhů práva či projevů práva v ostatních společenských oblastech;[156]
4. toto pojetí ani nevylučuje formy práva, které jsou jen volně spojeny se státem či s ním nejsou spojeny vůbec.

Dupret na toto pojetí Tamanahy reaguje velmi kriticky. Podle jeho názoru jediným přínosem této teorie je, že je právo zcela osvobozeno od jakýkoliv předpokladů. Za negativní považuje, že právo vlastně v tomto pojetí nemá žádnou podstatu.

I když se Tamanahovi daří uniknout hlavní definiční námitce, která se vztahovala k pojetí právního pluralismu, neznamená to, že jeho pojetí práva tj. právo je to, co lidé považují za právo, nelze podrobit kritice. Např. na jedné straně figuruje to, co lidé považují za právo, na straně druhé lidé často označují právem jevy, které nemají s právem nic společného. Stejné slovo může odkazovat na jiný fenomén v jiném kontextu.

Otázka právního pluralismu nepramení zvenčí z pohledů teoretiků a vědců, ale vyvěrá z praxe lidí ze situací, kde dochází k spolupůsobení, sjednocení nebo ke střetu různých právních norem.

---

[153] TAMANAHA, Brian (1994). Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory Of Law. Oxford: Clarendon Press. s. 128.
[154] TAMANAHA, Brian (2000). "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism". Journal of Law and Society, Vol. 27, No. 2.
[155] Tamtéž. s. 315.
[156] Tamtéž. s. 318.

4.3 Realistická teorie a praxeologie

První otázka zní, zda se lidé ztotožňují s tím, že některé jejich postupy jsou označovány jako právo. Realistická teorie na tuto otázku odpovídá tak, že žádná taková skupina není. Praxeologie[157] reaguje tak, že žádná taková otázka není, dokud lidé nezpochybní autoritu, která určuje, co je právem. To znamená, že daná otázka se vynoří jen za určité okolnosti. Před tím se jedná jen o filosofickou či politickou otázku, nikoli o sociologickou či praktickou otázku. Na otázku kolik je třeba lidí, aby se jev mohl nazývat právem, zní odpověď takto: minimální hranice je stanovena tak, že musí existovat dostatečný počet lidí, kteří jsou přesvědčeni, že takový jev lze označit za právo a jednají tak na základě svého přesvědčení a ovlivňují tak společenské oblasti.[158]

Tato odpověď nicméně trpí velkými nedostatky. Dává za úkol vnější autoritě, aby stanovila počet lidí, přesvědčení a míru vlivu tak, aby byly tyto okolnosti považovány za dostatečné, přičemž by se mohlo říci, že z logiky lidského jednání žádná odpověď nemůže být dána a priori, poněvadž až z lidského jednání vyplyne to, co lze označit za právo a to co nikoli.

Třetí otázka se týká rizik spojených s množením různých druhů práva. Tamanahova odpověď je prostá, ve společnosti se málokdy vyskytuje pluralita právních norem. Na tuto otázku lze odpovědět i tak, že není na sociolozích posuzovat to, zda se vyskytuje příliš mnoho či naopak málo druhů právních norem, protože se jedná o empirický jev, který musí být podroben pečlivému zkoumání. Kromě toho právní činnosti jsou charakterizovány jako lidské činnosti obecně, jejichž úkolem je koordinace a vnesení pořádku a řádu do společenských oblastí, proto by bylo poněkud překvapivé zjištění, že se právo šíří anarchisticky bez patrného smyslu.

Poslední otázka se zaměřuje na autoritu, která ve vztahu ke společenským subjektům a novým druhům práva preferuje konvenčnost. Právo jako sociální instituce je vytvářeno společenskými subjekty. Kromě toho sociologům a antropologům nepřísluší určovat, zda jsou společenské subjekty oprávněny zavádět nové právní normy. Společenským vědám přísluší pouze

[157] Praxeologie neboli logika lidského jednání, praxeologie vychází z axiomu, že lidé jednají za účelem dosažení zvolených cílů. Definice z ROTHBARD, Murray N. Praxeologie: Metoda rakouské ekonomie. In: Praxeologie: Metoda rakouské ekonomie [online]. [cit. 2012-03-19]. Dostupné z: www.libinst.cz/etexty/rothbard_praxeologie.pdf

[158] TAMANAHA, Brian (2000). "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism". Journal of Law and Society, Vol. 27, No. 2. s. 319.

sledovat a popisovat, jak se lidé skutečně podílejí na vzniku fenoménu, který nazývají právem.

5 Vztah práva a kultury

Jeden teoretický pohled říká, že právo je izolováno od běžného společenského systému. Není kulturní zvláštností, může být adaptováno na kteroukoli společenskou úroveň vývoje. Právní systém má své zvyky a hodnoty, které jsou nadčasové. Pluralita právních systému značí různorodé způsoby, jimiž společnosti pohlíží na svět. Právo je analogické jazyku. Jazyk přetrval mnohá staletí, dokáže se přizpůsobovat, mění se, vyvíjí se. Jinou řečí mluvili lidé ve středověku a jinak hovoří dnes, ale základ zůstává stejný. Podobné je to i s právem. Právo, v tomto pohledu, je tvrdý, vytrvalý, relativně samostatný sociální subsystém. Přizpůsobuje se sociálním změnám, ale jeho základní struktura je pevná a odolná.

Jiný pohled zastává názor, že právní systém je vázán na kulturu. Právo tedy není soběstačné, ale je kulturně podmíněné. Jestliže společnost chce provést nějaké výrazné politické nebo jiné změny, musí tyto změny zachytit i v právu. Pokud se chce modernizovat rychle, právní systém musí být radikálně změněn. Někteří odborníci tento názor kritizují. Znamenalo by to, že například africké země se musí odklonit od svých tradičních právních systémů, jenž jsou v nesouladu s moderním právem, aby mohly rychleji modernizovat zemědělství, obchod a mnohá jiná odvětví. Zastánci tohoto názoru tvrdí, že koloniální právo dosáhlo změny alespoň u nejvyšších vrstev. Nové národy byly nadšeny při hledání nových modelů, které jim zajistí ekonomický růst, domnívaly se, že těmi správnými budou modely vyspělých zemí, včetně socialistických.

Existuje mnoho dalších způsobů, jak se dívat na právní systémy a jejich vztah ke společnosti. Většina z nich se opírá o pozorování. Různé teorie mají jiné pojetí právního systému. Nelze pochybovat o tom, že právní systémy v historickém a evolučním smyslu jsou do jisté míry odolné a trvalé, a mohou se přizpůsobit různým společenským úrovním. Je zřejmé, že pokud se mění základní společenské hodnoty, dochází i ke změně práva. Jestliže společnost přechází z kmenového zřízení na státní, pak se tomuto zřízení přizpůsobuje i právní systém. Právní systém bude muset implementovat a podporovat novou politickou, sociální a ekonomickou realitu.

Právní systémy mají sloužit společnosti, nejsou od toho, aby byly vystavovány či zakonzervovány. Na druhou stranu nelze opomíjet skutečnost, že některé části práva jsou velmi hluboce zakořeněny ve společnosti a jsou její nedílnou součástí, nahradit je by znamenalo vykořenit a narušit mentální základ společnosti.

5.1. Kulturní relativismus a lidská práva

Lidská práva jsou nezadatelná, nezcizitelná, nepromlčitelná a nezrušitelná, jsou zaručena všem bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického či jiného smýšlení, národního nebo sociálního původu, příslušnosti k národnostní nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení.[159] Koncepce lidských práv pojímá člověka jako svobodného a nezávislého jedince. V některých kulturách je kladen důraz na kolektiv. Koncepce lidských práv v pojetí západního světa se dostává se do střetu s vnímáním jedince v jiných společnostech, například v Indii, kde je společnost hierarchicky uspořádána ve formě kast. Jiné kultury poukazují, že lidská práva jsou konstrukt západního světa, že by měla být více otevřena vlivům všech světových kultur. Mnohé realizované výzkumy ukázaly na relativitu posuzování právních systémů, respektive na vazbu mezi typem právních vztahů a společností, která jich užívá. Na základě rozmanitosti kultur nelze určovat, co je všem lidem společné. Z hlediska kulturního relativismu říci, že lidská práva jsou univerzálně platná, je nepřijatelné.

Kulturní relativismus je doktrínou, která byla formulována na počátku 20. století jako reakce na etnocentrické zaměření evolucionistické antropologie. Prvním, kdo vyjádřil postuláty kulturního relativismu byl F. Boas. Na Boasovu koncepci navázali jeho žáci. Na poli sociální a kulturní antropologie je v dnešní době kulturní relativismus velmi hojně diskutován.

Kulturní relativismus pojímá kulturu jako jedinečný a neopakovatelný sociokulturní systém, který je možné popsat a pochopit jen v kontextu jeho vlastních hodnot, norem a idejí.[160] To, co členové jedné kultury vnímají jako něco bizarního, například polygamii, tetování, různé stravovací návyky, je v jiném kulturním prostředí žádáno. Antropologové by měli sbírat a analyzovat data, nikoli hodnotit jiné kultury. Mezi antropology není jednotný postoj ke kulturnímu relativismu. Jedni se s tímto názorem ztotožňují, jiní ho odmítají.

Antropologové mají jedinečnou možnost uplatnit své znalosti a zkušenosti v mezinárodních debatách o lidských právech. Vyjadřují se k nepřístojným praktikám, jako je genocida. Stavěli se proti vládním ustanovením, která se týkala náboženských tradic nebo posvátné půdy domorodých obyvatel Ameriky. Na druhou stranu o některých tématech, která byla diskutována, např. domácí

[159] Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod. čl. 1 a čl. 2 odst. 3.
[160] SOUKUP, Václav (2005). Dějiny antropologie. Praha: Karolinum. s. 642.

násilí, obřízka žen, rituální vraždy, mlčeli.

Kulturní relativismus může být doveden až do extrému. Někteří zastávají názor, že každá kultura je svébytným systémem, proto nemůže vynášet soud o tom, co je správné či špatné při vzájemném srovnávání dvou odlišných společností. Některé společnosti (Středomořská oblast, Střední Východ) mají zakotven institut čestné vraždy ženy. Ten povoluje, nebo dokonce vynucuje zabití ženy, pokud se provinila sexuálním chováním proti všeobecně uznávanému pravidlu – zákazu cizoložství. Toto je extrémně relativistické stanovisko, se kterým většina antropologů nesouhlasí.

Relativismus je cestou uznávání odlišných kultur a formou jejich vzájemného soužití. Relativista vidí všechny lidské bytosti jako morální činitele se stejnými možnostmi vyjadřovat etické soudy.

Jednou z oblastí, kde dochází ke konfliktu mezi kulturním relativismem a lidskými právy, je střet západní kultury a islámské kultury. Západ versus Islám je velmi zpolitizované téma, které může připomínat jiný druh studené války. Subjektivní vnímání morálky a nemorálky, toho, co je správné a co nesprávné, může mít takový vliv, že objektivní diskuze a kulturní vyjednávání se mohou jevit jako velmi komplikované.

Závěr

Kořeny snahy popsat a pochopit cizí kultury lze objevit ve zprávách evropských misionářů a cestovatelů, kteří věnovali pozornost zvykům a obyčejům vzdálených cizokrajných kultur, etnik a národů.

Vznik moderní komparativní vědy o kultuře je spjat až s druhou polovinou 19. století. V této době dominovala nejen v přírodních vědách, ale i v humanitních vědách evolucionistická teorie. Ve 20. století nastal boom ve vývoji antropologie jako vědy zabývající se zkoumáním společnosti a kultury. Hlavním předmětem zájmu sociální a kulturní antropologie se stalo studium preliterárních společností, založené na sběru dat prostřednictvím terénních výzkumů. Zpočátku dominoval etnocentrický přístup ke studiu cizích společností, ten byl nahrazen kulturním relativismem, jenž vyžaduje studovat jednotlivé kultury jako jedinečné sociokulturní systémy, které lze pochopit a popsat jen v kontextu jejich vlastních hodnot, norem a idejí.

Sociální a kulturní antropologie nám umožnila nahlédnout do života jiných společností. Přinesla nejvíce dokladů o tom, že lidé v různých kulturách odlišně chápou a interpretují svět. Každá kultura má své zvyklosti, systémy hodnot a víry. Tyto aspekty pak hrají důležitou roli v procesu vnímání a následně i výkladu světa. Lidé v odlišném kontextu přikládají světu různý význam. Samotný přístup k sociální a přírodní realitě není ve všech kulturách totožný. Význam sociální a kulturní antropologie spočívá i v tom, že nám umožňuje vstoupit do světa jiných kultur a ukázat nám, že i naše pojetí světa je pouhou kulturní konstrukcí.

Postupně se začala vyvíjet věda, která se zabývala studiem sociokulturních regulativů. Výzkumy se soustředily na zmapování institucí, norem a principů, které zajišťovaly sociální kontrolu a ovlivňovaly tak způsob života příslušníků dané kultury.

Začala vznikat subdisciplina kulturní a sociální antropologie – antropologie práva. Již v evolucionistické právní historii v druhé polovině 19. století se objevila první díla zabývající se právem jiných kultur a jejich srovnáním s právem západní společnosti př. Henry S. Maine a jeho dílo „Ancient law“. Za zakladatele právní antropologie jsou považováni Karl L. Llewellyn a Adamson E. Hoebel.

Dnes už není právo vnímáno pouze jako regulativní mechanismus, jsou mu přisuzovány další důležité úlohy, podílí se na vytváření společenského řádu a obrazu světa. Antropologie práva se snaží odhalit, zda existují nějaké prvky práva, které by byly všem společnostem společné. Jak vznikají právní normy, čím se liší od jiných společenských regulativů. Dále zkoumá vzájemné vlivy právních systémů i jejich konflikty. V rámci právní antropologie se vyvinul směr označovaný jako právní pluralismus.

Právní pluralismus je v dnešní době velmi diskutované téma. Jednak v rámci prolínání nadnárodních právních systémů, jako např. právo EU, tak i z hlediska plurality více právních řádů jako důsledek kolonizace obyvatelstva apod. Téma právního pluralismu je velmi široké a obsáhlé, můžeme se setkat s názory, které tvrdí, že právní pluralismus existuje tam, kde každá funkční podskupina má svůj vlastní právní systém, který se nutně v některých ohledech liší od těch ostatních.[161] Velmi obecně a zjednodušeně lze právní pluralismus vymezit jako určitý stav, ve kterém dochází k prolínání, ovlivňování, střetu a koexistenci dvou a více právních řádů v určité sociální oblasti. Pluralismus je objektivně přičítán geopolitickém prostředí, v němž se právo nachází. Právní pluralismus vynáší diverzitu lidských organizací, a tak zdůrazňuje nesystematickou, neuspořádanou povahu našich normativních vztahů. Nabízí vizi právních fenoménů v protikladu k statickému trvání na systému, institucích a koherenci.

Právní pluralisté kladou důraz na to, že normy vznikají v určitých sociálních kontextech. Nevytvořily se ve vzduchoprázdnu. Obsah norem vyplývá z reflexe minulosti ve vztahu k současným sociálním interakcím. Někteří pluralisté zdůrazňují funkcionalistické pojetí prvního pluralismu, tzn. kladou důraz na to, že normy mají určitou funkci v každodenních procesech a postupech. Jiní zase vidí zdroj právního pluralismu v idejích vycházejících z kultury, z tradic a jiných společenských hodnot. Naše normy mají základ v obojím, vznikají v rámci našich kulturních tradic. Je zřejmé, že každá kultura má tedy své právní normy, které reflektují historii společnosti, její tradice a mechanismy, které napomáhají řešit spory či se podílí na vytváření nových norem.

Některé normy průběhem doby byly shledány již nepotřebnými a nebyly již společností používány. Jiné se zase velmi dobře přizpůsobily společenskému kontextu, ve kterém se zrodily. Pro mnoho právních pluralistů tato skutečnost znamená, že dávají přednost těmto druhům norem, které jsou většinou označovány jako „běžné právo“ („lived law“), před tzv. formálním právem, respektive

[161] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 59.

státním právem. Neformální normy jsou považovány obecně za přirozenější a více spjaté s každodenním životem lidí. Státní právo je naopak bráno za uměle vytvořené a vnucené lidem. Normy, které byly vytvořené v průběhu času a s ohledem na konkrétní oblast, budou lépe vnímány lidmi a zohledňovat jejich společenské aspekty, nežli normy vzniklé ve zcela oddělených oblastech a s odlišnými postupy. Tato preference je velmi často nepřímo sdělena v popisu neformálních norem.

Normativní tradice jsou úložištěm znalostí a rozhodnutí, která reflektují problémy společenského života v historicky podmíněných sociálních prostředích. Tyto tradice jsou velmi významné pro členy společnosti, jelikož zachycují morální odpovědnost. Úcta k právu vycházející z kontextu dané společnosti by neměla být zcela automatická ani absolutní. Okolnosti, ve kterých právní normy vznikají, nejsou všude stejné. Některé normy budou mít význam pro členy společnosti, jiné pak nikoli. Váha, která bude pak přikládána důvodům pro respektování práva vztahujícího se ke kontextu, bude záviset na tom, do jaké míry norma představuje komplexní v podstatě autonomní tradice normativního řádu. Tyto tradice sloužily k formování morálního chápání členů.

Normy nejsou jen mechanickou projekcí postupů. Jsou vždy produktem lidské interpretace, sporů a řešením konfliktů. Pokud jsou tyto mechanismy problematické, pak je jen pramálo důvodů k projevení úcty těmto mechanismům. I když jsou silné důvody k respektování rozdílných tradic v určitém kontextu, zůstává potenciál pro komunikaci v rámci hranic jednotlivých tradic. Členové vycházejí z historie vzájemného ovlivňování tradic nebo ze vztahu s ostatními proto, aby našli vhodné analogie anebo aby pochopili vztah rozlišující zkušenosti a normativní debatu.

Dalším tématem je vztah právního pluralismu a decentralizace. Právní pluralisté se snaží vytěsnit předpoklad, že stát je jediným nebo dokonce výsadním zdrojem práva. Zdůrazňují existenci několika řádů, z nichž každý má svůj vlastní zdroj legitimity. Stát je považován za jeden z mnoha typů normativních řádů, z nichž každému je přisouzeno stejné postavení. Někdy je tato rovnost koncipována z empirických hledisek, např. podle některých výzkumů je stát ve skutečnosti méně homogenní, než se předpokládalo. Stát je najednou odsunut ze středu pozornosti. Tuto situaci John Griffiths označuje jako přechod od slabého právního pluralismu k silnému právnímu pluralismu. Tedy toto téma relativizuje postavení státu, staví ho na stejnou úroveň s jinými normativními řády.

Je důležité rozlišovat rozdílné nároky na autonomii normativních řádů. Domorodé národy prokazují značnou úctu samostatným a nezávislým normativním autoritám (orgánům). Udržují bohaté tradice norem, které podporují jedinečné formy sociální regulace. Kritika právního centralismu nám ukazuje slepá místa pojetí státu jako jediného zdroje práva.

Kritika právního pluralismu pramení z přesvědčení, že koexistence více právních řádů je univerzální skutečností moderního světa. Koncepce neukazuje na nic nového, pouze nám připomíná, že z právní perspektivy neexistuje isolovaná a homogenní společnost.[162] Hlavní problémem právního pluralismu je fakt, že pluralisté nedokázali vymezit pojem práva. Právní pluralismus se snažil popsat, co je právo a pak se zaměřit na studium pluralit takových „práv" ve zvláštní geografické a společenské oblasti. Vystihnout podstatu práva bylo ovšem pro pluralisty velmi obtížné. Pojem „právo" bývá používán pro různé fenomény, např. pro rozvíjející se instituce a systémy, které jsou v některých případech spojené s konkrétními vzory chování a jindy s použitím síly. Formuje se velké množství různorodých teorií práva. Jedna z teorií má za to, že lovecko-sběračské společnosti nedisponovaly právem. Druhá teorie se snažila nalézt nějaká kritéria pro vymezení toho, co je vnímáno jako právo. Třetí teorie používala výhradně nativních termínů a její hlavní úlohou byla eliminace etnocentrického přístupu vědců ke zkoumané společnosti. Čtvrtá kategorie poukazuje na to, že právo není pojem, ale fenomén, který lze jen těžko objektivně a absolutně definovat. Poslední teorie se pokouší definovat právo podle určitých kritérií.

Dalším problém je terminologie. Právní pluralisté nerespektují již zavedené označení pro určité jevy, popř. si vytváří nové pojmy a používají je pro jevy, které mají své stálé označení. Vzniká tak chaos a dochází k nesprávným interpretacím, chybným závěrům a nepochopení významu.

Nedostatky právního pluralismu, zmíněné výše, náleží mezi ty, jež jsou kritiky tohoto pojetí nejčastěji vytýkány a je na ně poukazováno.

Právo je včleněno do společenského systému, není pouhou reflexí a krystalizací vybraných

[162] POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT. s. 59.

společenských forem, ale je plně společenské, tzn. žije ve společenském prostředí. O vztahu práva a kultury lze říci, že právo vychází z kulturních tradic, na druhou stranu vytváří určitý rámec pro fungování společnosti, vytváří mantinely, v kterých se členové společnosti smí a mohou pohybovat. Nejedná se o jednostranný vztah, ale oba systémy se ovlivňují. Jsou na sobě závislé, společnost nemůže existovat práva a právo bez společnosti.

Resumé

Die soziale und kulturelle Anthropologie öfnette uns die Augen und ermöglicht in das Leben der anderen Gesellschaften einzusehen. Sie brachte uns am meisten Beweise darüber, dass die Leute in verschiedenen Kulturen begreifen und interpretieren die Welt. Jede Kultur hat ihre Sitten, Systeme der Werte und des Glaubens. Die Aspekte spielen dann wichtige Rolle im Prozess der Begreifung der Welt und nachfolglich auch ihrer Erörterung. Die Leute im ferschieden Kontext beimessen der Welt verchiede Bedeutung. Selbst der Zutrit zur sozialen Realität und Naturrealität ist nicht in allen Kultur identisch. Die Bedeutung der Sozial-und Kulturathropologie liegt darin, dass sie unst ermöglicht in die Welt der anderen Kultur eintreten und zeigen, dass auch unsere Auffassung der Welt nur eine kulturelle Konstruktion ist.

Ich gab die Gesichte und die Entwicklung die Anthrpologie dar. Die Quellen der Rechtsanthropologie kann man schon inder evoluzionistischen Rechtsgeschichte der zweten Hälften des 19. Jahrhuderts finden, besonders in Werke des britischen Historikers Henry S. Meine, der sich mit dem frühmittelalterlichen irischen und schottischen Rechte beschäftigt hat. Die Gründer der Rechtsanthropologie waren Sidney E. Hartland, B. Malinowski, K. N. Llewellyn, A. E. Hoebel. Zu den wieterren bedeutenden Rechtsanthropologen gehört weiter P.J. Bohannan, N. Rouland und U. Wesel.

Eine bedeutende Entdeckung der Rechtsanthropologie war des Feststellung, dass auch in diesen Gesselschcaften ein gewisses Recht existiert, auch wenn sie nicht in der Form der Staaten organisiert waren und keine zentrale Regierung haten. Doch galten hier gewisse Rechtprinzipien und Normen und auch Rechtinstitutionen und Entscheidungsverfahren für nicht gewaltsame Lesöngen, abschliesschung und Prevenzion der Konflikte.

Diese Rechtsatribute vorkommen in allen Gesselchaften, so dass also gibt Cicerons „wo die Gesellschaft ist, dost ist auch das Recht.“. Diese Theorie ist von Bedeutung für die soziale wissenschaftliche Analyse deshalb, dan sie die Existenz des Rechts in allen Gese fungierten sozialen Gruppen bestägtigt hat.

Das Recht ist ein integraler Bestandteil der Kultur.

Literatura

ABEL, Richard L. (1982). The Politics of Informal Justice, 2 Vols. New York: Academic Press.

ARTHURS, H.W. (1985). Without the Law: Administrative Justice and Legal Pluralism in Mid 19th-Century England. Toronto; University of Toronto Press.

BARKUN, M. (1968). Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community. New Haven: Yale U. P.

BARTHES, Roland (1978). „The Death of the Author“ in Image, music, text. Hill and Wang.

BENTON, Richard (2004). Lexicography, law and the transformation of New Zealand jurisprudence, Paper presented at the Symposium on Concepts in Polynesian Customary Law, Auckland.

BOAS, Franz (1938). General Anthropology. Lexington: Heath.

BOHANNAN, P.J. (1957). Justice and Judgment among the Tiv. Oxford: Oxford U. P.

BOSSY, John (ed.) (1983). Disputes and Settlements: Law and Human Rela- tions in the West. Cambridge: Cambridge University Press.

BROWN, Wendy (1995). States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity, New Jersey: Princeton University Press.

COMAROFF, Jean, and. COMAROF, John L (1986). „Christianity and Colonialism in South Africa,“ 13 American Ethnologist 1.

COMAROFF, John L., and Simon ROBERTS (1981). Rules and Processes. Chicago: University of Chicago Press.

DAVIS, F. James; FOSTER, H. Henry; JEFFERY, C. Ray and DAVIS, E. Eugene (1962). Society qand Law: New Meanings for Old Profession. New York: Free Pres.

DAVIES, Margaret (2006). „Pluralism and Legal Philosophy,“ Flinders University, Adelaide.

DAVIES, Margaret (2006). Feminsm and The Flat Law Theory. Draft. s. 8-16. Tato studie byla napsáná pro AHRC Centre for Law, Gender and Sexuality conference ‘Up Against the Nation States of Feminist Legal Theory’ na University of Kent.

DERRIDA, Jacques (1990). Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. II Cardozo L.Rev.

DUPRET, Baudouin (1999). „Legal Pluralism, Normative Plurality, and the Arab World”, in

DUPRET, B.; BERGER, M; AL-ZWAINI, L.(1999). Legal Pluralism in the Arab World. Kluwer Law International: The Hague, Netherlands.

EHRLICH, Eugen (1936). Fundamental Principles of the sociology of law. Cambridge: Harvard University.

ENGEL, David M. (1987). „Law, Time, and Community,” 21 Law & Society Re view 605. (1984) "The Oven Bird's Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community," 18 Law & Society Review 549. (1980) "Legal Pluralism in an American Community: Perspectives on a Civil Trial Court," 3 American Bar Foundation Research Journal.

FALLERS, L. (1969). Law without Precedent. Chicago: U. of Chicago P.

FORER, Norman (1979). „The Imposed Wardship of American Indian Tribes: A Case Study of the Prairie Band Potawatomi,“ in Sandra B. Burman and Barbara E. Harrell-Bond (eds.), The Imposition of Law. New York: Academic Press.

GEERTZ, Clifford (1983). Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology. New York: Basic Books.

GIERKE, von Otto (1868). Das Deutsche Genossenschaftrecht. Berlin: Wiedmann.

GLUCKMAN, Max (1955). The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia. Manchester: Manchester U. P.

GLUCKMAN, Max (1965). The Ideas in Barotse Jurisprudence. New Haven: Yale U. P.

GOODALE, Mark Ryan (1998). „Leopold Pospisil: A Critical Reapprasial.“ 40 Journal of Legal Pluralism.

GOODRICH, Peter (1986). Reading the Law, Oxford: Basil Blackwell.

GRIFFITHS, Anne (2004). Customary law in a transnational world: legal pluralism revisited, Paper presented at the Customary Law in Polynesia Conference, Auckland.

GRIFFITHS, John (1986). „What is Legal Pluralism?”, 24 Journal of Legal Pluralism 1.

GRIFFITHS, John (1985). „Introduction,” A. Allott and G. Woodman (eds.), People's Law and State Law: The Bellagio Papers. Dordrecht: Foris.

GULLIEVER, P. (1963). Social Control in an African Society. London: Routledge and Kegan Paul.

HARRINGTON, Christine (1985). Shadow Justice: The Ideology and Institu- tionalization of Alternatives to Court. Westport, Conn: Greenwood Press.

HAYDEN, Robert M. (1984). „A Note on Caste Panchayats and Government Courts in India: Different Kinds of Stages for Different Kinds of Performances,” 22 Journal of Legal Pluralism.

HOBHOUSE, L. T. (1906). Morals in Evolution. London: Champan and Hall.

HOEBEL, E. Adamson (1954). The Law of Primitive Man.

HUMPHREY, Sally (1985). „Law as discourse“, in Sally Humphreys (ed), The Discourse of Law: History and anthropology.

KIDDER, Robert L. (1979). „Toward an Integrated Theory of Imposed Law,“ in Sandra B. Burman and Barbara E. Harrell-Bond (eds.), The Imposition of Law. New York: Academic Press, pp. 289-306. (1974) "Formal Litigation and Professional Insecurity: Legal Entrepre- neurship in South India," 9 Law & Society Review.

KELSEN, Hans (1992). Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford: Clarendon Press.

LACEY, Nicola (1998). „Normative Reconstruction in Socio-Legal Theory,“ in Lacey (ed.), Unspeakable Subjects: Feminist Essays in Legal and Social Theory . Oxford: Hart Publishing.

LLEWELLYN, N. Karl; HOEBEL, E. Adamson (1961). The Cheynne Way. Norman: University of Oklahoma.

MACAULAY, Stewart (1986). „Private Government,” Disputes Processing Research Program Working Paper 1983-86. Madison, Wis.: University of Wisconsin Law School. Reprinted in (1986) Law and the Social Sciences, ed. by Leon Lip- son and Stanton Wheeler. New York: Russell Sage FoundationNADER, Laura (ed.)(1980) No Access to Law. New York: Academic Press.

MACCORMICK, Neil (1993). „Beyond the Sovereign State“. Modern Law Review.

MANDERRSON, Desmond (1996). „Beyond the Provincial: Space, Aesthetics, and Modernist Legal Theory“. 20 Melb. U. L. Rev.

MALINOWSKI, Bronislaw (1959). Crime and Custom in Savege Society. Paterson, N.J.: Littlrfield, Adams.

MERRY, Sally Engle (1979). „Going to Court: Strategies of Dispute Management in an American Urban Neighborhood,“ 13 Law & Society Review.

MERRY, Sally Engle (1986). „Everyday Understandings of the Law in Working-class America,“ 13 American Ethnologist.

MERRY, Sally.Engle (1988). Legal Pluralism., 22 Law & Society Review.

MESCHIEVITZ, C.S., and Marc GALANTER (1982). „In Search of Nyaya Panchayats: The Politics of a Moribund Institution,“ in R. Abel (ed.), The Politics of Informal Justice: Comparative Studies. New York: Arademic Press.

MERRY, Sally Falk (1990). Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness among Working-class Americans. Chicago: U. of Chicago P.

MOORE, Sally Falk (1973). „Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study," 7 Law & Society Review.

MOORE, Sally.Falk (1978). Law as Process: An Anthropological Approach. London: Routledge and Kegan Paul.

MOORE, Sally Falk (1986). Social Facts and Fabrications: Customary Law on Kilimanjaro, 1880-1980. Cambridge: Cambridge University Press.

MOORE, Sally Falk (1989). „History and redefination cusom on Kilimanjaro.“ s. 277 – 301 in June Starr and Jane Collier (eds.) History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology. Ithaca London: Cornell University Press.

MURPHY, Thérèse (1999). „Cosmopolitan Feminism: Towards a Critical Reappraisal of the Late Modern British State“ in S Millns and N Whitty (eds) Feminist Perspectives on Public Law, London: Cavendish.

NADER, Laura (1969). Law in Culture and Society. Chicago: Aldine in POSPÍŠIL, Leopold (1997) Etnologie práva. Praha: SET OUT.

NADER, Laura (1969). Law in Culture and Society. Chicago: Aldine.

NADER, Laura (1980). No Access to Law. New York: Academic Press.

NADER, Laura (1984). „The Recurrent Dialectic Between Legality and Its Al- ternatives," 132 University of Pennsylvania Law Review.

NADER, Laura (1989). The crown, the colonist, and the course of Zapotec village Law. s. 320 – 344 in June Starr and Jane Collier (eds.) History and Power in the Study of Law: New Directions in Legal Anthropology. Ithaca London: Cornell University Press.

POSPÍŠIL, Leopold (1958). Kapauku Papuans and Their Law. Yale University Publication in Anthropology no. 54. New Haven: Yale University Press.

POSPÍŠIL, Leopold (1997). Etnologie práva. Praha: SET OUT.

REDCLIFFE-BROWN, A.R. (1952). Structure and Function in Primitive Society: Essays and Addresses. London: Cohen and West. Glencoe.: Free Pres.

RIVERS, W.H.R. (1924). Social Organization. New York: Knopf.

ROBERTS, Simon (1979). Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology. Harmondsworth: Penguin.

ROBERTS, Simon (2005). „After government? On representing law without the State“, The Modern Law Review, vol. 68, no. 1.

ROULAND, Norbert (1994). Legal Anthropology.

Vývoj bádání o antickém právu. Dostupné v SVOBODA, Karel. Časopis pro právní a státní vědu. Brno : Právnická moravská jednota, 1923.

SACK, Peter and MINCHIN, Elizabeth (1986). Legal Pluralism: Proceedings of the Canberra Law Workshop VII.

SANTOS, Boaventura De Sousa (1982). „Law and Community: The Changing Nature of State Power in 896 LEGAL PLURALISM Late Capitalism," in Richard Abel. (ed.), The Politics of Informal Justice, Vol. I. New York: Academic Press.

SANTOS, Boaventura De Sousa (1989). „Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern

Conception of Law", Journal of Law and Society.

SANTOS, Boaventura De Sousa (1995). Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in Paradigmate Transition New York: Routledge.

SCHAPER, I. (1938). A Handbook of Tswana Law and Custom. London: Oxford U. P.

SILLIMAN, G. Sidney (1985). „A Political Analysis of the Philippines Katarungang Pambarangay System of Informal Justice through Mediation," 19 Law & Society Review.

SMITH, M. G. (1974). Corporation ad Society. Duckworth, London.

SOUKUP, Václav (2005). Dějiny antropologie. Praha: Karolinum.

STARR, June (1992). Law as Metaphor: From Islamic Courts to the Palace of Justice. Albany: State U. of New York P.

STRIJBOSCH, F. (1985). „The Concept of Pela and its Social Significance in the Community of Moluccan Immigrants in the Netherlands," 23 Journal of Legal Pluralism.

ŠKOP, Martin (2008). Právo v postmoderní situaci. Brno: Masarykova Univerzita.

TAMANAHA, Brian (1993). „The Folly of the Social Scientific Concept of Legal Pluralism" in Journal of Law and Society. Vol. 20, n. 2.

TAMANAHA, Brian (1994). Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory Of Law. Oxford: Clarendon Press.

TAMANAHA, Brian (2000). A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism. Journal of Law and Society, Vol. 27, No. 2.

TAMANAHA, Brian (2001). A General Jurisprudence of Law and Society. London: Oxford University Press.

TEUBNER,Günther (1992). „Pour une épistémologie constructiviste du droit", Annales ESC 47, No. 6.

TEUBNER, Günther (1993). „The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism". London: Blackwell.

TWINING, William (2003). „A post-Westphalian conception of law", Law and Society Review, vol. 37.

VAN DEN BERGH, G.C.J.J. et al. (1980). Staphorst en zijn Gerichten (Staphorst and its Popular Tribunals). Amsterdam: Boom Meppel.

VANDERLINDEN, J. (1993). "Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique", Revue de la Recherche Juridique – Droit Prospectif, Vol. XVIII, No. 53.

von BENDA-BECKMANN, Franz (1988). „Comment on Merry", 22 Law & Society Review.

von BENDA-BECKMANN, Franz (1986). Anthropology and comparative law, in Keebet von Benda-Beckmann and Fons Strijbosch (eds), Anthropology of Law in the Netherlands: Essays on legal pluralism.

von BENDA-BECKMANN, Franz (2002). „Who's afraid of legal pluralism?". Jornal of Legal Pluralism, nr. 47.

WEBER, Max (1967). Law in Economy and Society. New York: Simon and Shuster.

WESTERMARK, George D. (1986). „Court is an Arrow: Legal Pluralism in Papua New Guinea," 25 Ethnology.

WOODMAN, Gordon. (1991). Dictionnaire Encyclopédie de Theorie et Sociologie du Droit – Supplement reprinted in Newsletter XX, Commision on Folk Law and Legal Pluralism.

WOODMAN, Gordon (1996). „Legal pluralism and the search for justice", Journal of African Law, vol. 40.

WOODMAN, Gordon (1998). „Ideological combat and social observation: recent debate about legal pluralism“, Journal of Legal Pluralism, vol. 42.

WOODMAN, Gordon (2007). „The possibilities of co-existence of religious laws with other laws“, in Erik Sand et al. (eds), Religion and Law in Multicultural Societies.

Internet:

Http://www.jstor.org/stable/2783478. Http://www.jstor.org/stable/2783478 [online]. [cit. 2012-02-14]. Dostupné z: http://www.jstor.org/stable/2783478.

MAINE, Henry James Summer. Ancient law [online]. Batoche, 1999 [cit. 2012-03-19]. Dostupné z: http://www.efm.bris.ac.uk/het/maine/anclaw.htm.

ROTHBARD, Murray N. Praxeologie: Metoda rakouské ekonomie. In: Praxeologie: Metoda rakouské ekonomie [online]. [cit. 2012-03-19]. Dostupné z: www.libinst.cz/etexty/rothbard_praxeologie.pdf.

Právní předpisy:

Ústavní zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod.