

**Univerzita Karlova v Praze  
Právnická fakulta**

**diplomová práce**

**Pojem práva  
z antropologické perspektivy**

**vypracoval:** Bc. Peter Brezina

**vedoucí práce:** JUDr. Zdeněk Kühn, PhD., LL.M.

Praha 2006

Prohlašuji, že jsem práci vypracoval samostatně s použitím uvedené literatury a souhlasím s jejím eventuálním zveřejněním v tištěné nebo elektronické podobě.

V Praze dne 13.10.2006

.....  
podpis

Túto prácu venujem všetkým, ktorí mi umožnili stretnúť sa s myšlienkami, ktoré v nej rozvíjam – svojej rodine, kamarátom a známym, svojim učiteľom, ako aj osobne mi neznámym mysliteľom z diel ktorých čerpám.

P. B.

## Obsah

<b>(1) Úvod .....</b>	<b>5</b>
<b>(2) Hartův Pojem práva.....</b>	<b>12</b>
<b>(2.1) Shrnutí Hartovy argumentace .....</b>	<b>14</b>
(2.1.1) Model pravidel.....	14
(2.1.2) Systém primárních a sekundárních pravidel .....	15
(2.1.3) Teze existence právního systému.....	16
(2.1.4) Právo a morálka .....	18
(2.1.5) Minimální obsah přirozeného práva.....	21
<b>(2.2) Kritické čtení Pojmu práva .....</b>	<b>22</b>
(2.2.1) Minimální obsah přirozeného práva?.....	22
(2.2.2) Model pravidel jako epistemologický přístup k právu .....	29
(2.2.3) Systém a funkce pravidel .....	31
(2.2.4) Sankce v právu.....	34
(2.2.5) Právo a morálka – exkurs do filosofické antropologie .....	36
<b>(3) Dworkinova Říše práva.....</b>	<b>40</b>
<b>(3.1) Shrnutí Dworkinovy argumentace.....</b>	<b>42</b>
(3.1.1) Ostatní standardy.....	42
(3.1.2) Těžké případy .....	43
(3.1.3) Konstruktivní interpretace .....	44
(3.1.4) Účel práva a cesty k jeho naplnění.....	45
<b>(3.2) Kritické čtení Dworkinova díla .....</b>	<b>48</b>
(3.2.1) Systém pravidel nebo interpretovaný celek?.....	48
(3.2.2) Mezery v právu .....	50
(3.2.3) Předinterpretace identifikace „právních věcí“ .....	50
(3.2.4) Účel práva .....	51
(3.2.5) Asociační závazky.....	52
<b>(4) Shrnutí a diskuse .....</b>	<b>55</b>
<b>(4.1) Hart.....</b>	<b>55</b>
<b>(4.2) Dworkin .....</b>	<b>57</b>
<b>(5) Závěr .....</b>	<b>61</b>
<b>Technická poznámka .....</b>	<b>62</b>
<b>Seznam použité literatury .....</b>	<b>63</b>

## (1) Úvod

Moderní dobu charakterizuje pluralismus a komunikace, otevřenost cizímu a snaha o spolupráci. Teritoriální hranice, které po několik předchozích století rozdrobovali svět i Evropu, mizí přímo před očima. Snad méně zjevně, ale o to intenzivněji ovšem mizí také hranice kulturní. Tento proces je jistě nejvíce patrný v Evropě, nepomíjí ovšem ani země mimoevropské, se zcela jinou kulturní a myšlenkovou tradicí. A je příznačnou vlastností moderního globalizovaného světa, že i tyto vzdálené procesy nelze ignorovat, ba dokonce se takříkajíc samy hlásí o slovo.

V právní rovině se tyto procesy rovněž projevují různými formami. V Evropě pokračují intenzivní práce na harmonizaci občanského práva, na mezinárodní úrovni přibývá mnohostranných smluv, které poskytují pevnou půdu v jinak původně zcela heterogenním prostoru, především se ovšem ale mění rozsah a intenzita „běžného provozu“ na mezinárodním poli – a to na všech úrovních mezilidských vztahů.

Kromě praktických otázek harmonizace a komunikace ovšem tento proces přináší na světlo také mnohem hlubší teoretické otázky. „Západní“ právo, až dosud v zásadě omezující svou komparatistiku na dichotomii *common law* – *civil law*, si v posledních letech začíná uvědomovat svou hlubší jednotící identitu, a to právě tváří v tvář právním zkušenostem zcela odlišným, dosud zcela neznámým. Tématem úvah a předmětem zpochybnění se stává samotný *pojmem práva*.

Tématem této práce je právě kritické posouzení základních „sebereflexivních“ prací západní jurisprudence druhé poloviny dvacátého století, tedy doby začátku tohoto velkého otevření světa, optikou komparativní právní antropologie, tedy vědy, která se „cizím“ zabývá zcela programově. Lze západní pojem práva aplikovat na autonomní mimoevropskou skutečnost?

Odpověď na tuto otázku jistě nelze podat beze zbytku vyčerpávajícím způsobem, a nelze ji ani zredukovat na prosté konstatování „ano-ne“. Jde o složitý sociální a kulturní problém, jehož hloubku můžeme toliko nahlédnout, ne již zcela pochopit, osvětlit, ne tak docela vysvětlit. Nicméně z již uvedených důvodů je tento pokus nezbytný, nechceme-li kolem sebe postavit jakousi čínskou zeď.

Naléhavost tohoto typu zamyšlení lze snad dobře ilustrovat příkladem. Když před pěti lety teroristé z Al-Kájdý otráslí sebedůvěrou a klidem moderního světa v základech, jejich špičky se ukryli v afghánských horách jako hosté vládnoucího hnutí Taliban. Jako hosté požívali zvláštní ochrany a afghánská vláda raději dopustila invazi do země a vlastní pád, než by porušila povinnost, kterou ctíla. Jistě, motivace všech zúčastněných stran mohla být zcela jiná – přesto z celého příběhu číší konflikt práva v jeho podstatném, základním chápání. I proto je důležité toto podstatné chápání předvést a vystavit kritickému pohledu.

Za tímto účelem se na následujících stránkách zamyslíme nad díly, které utvářeli moderní právní myšlení Západu v jeho soudobé vrcholné podobě, nad díly oxfordských profesorů právní teorie – *Pojmem práva* H. L. A. Harta a (především) *Říší práva* R. Dworkina. Obě mají ambici nejen se zamýšlet nad ideálními modely, ale zejména popisovat realitu právní praxe a z ní při formulování právní teorie vycházet. Proto lze tyto díla považovat za z pohledu západní právní vědy a praxe „sebereflexivní“, i proto je lze mít za exemplární případy západního přístupu k právu.

Do pozice „šampiónů“ tohoto druhu je ostatně staví i „sebekritická“ část západní jurisprudence, jako například P. Fitzpatrick ve své *Mytologii moderního práva* (1992: 3), který má ostatně blízko i k vlastnímu tématu této práce. Ne snad tím, že právu přisuzuje status moderní mytologie ve společnosti, která se mýtu explicitně vzdala – to je mnohem méně paradoxní tvrzení, než se na první pohled může zdát, ovšem téma na obsáhlejší zamyšlení. Fitzpatrickův přístup je inspirativní svou distancí, kterou se snaží udržet od předmětu svého zkoumání, a

otevřeností, kterou k němu přistupuje. Pokusíme se i v této práci zachovat přístup podobný.

Důležitým předstupněm samotné analýzy je ovšem vymezení „referenčního rámce“, „optiky“, kterou budeme Hartovo a Dworkinovo dílo číst. Tímto rámcem nám bude antropologie jakožto věda o člověku, především pak právní antropologie ve své klasické podobě, tedy jak ji vymezili E. A. Hoebel a český rodák L. Pospíšil v poválečných desetiletích – tedy zhruba v době, kdy vznikl Hartův *Pojem práva* a kdy se začaly formovat Dworkinovy kritické myšlenky, které později vyústili do jeho vlastní teorie. Ke škodě věci je ovšem historicky daným faktem, že tyto antropologické koncepce zůstávají mimo zájmu „klasické“ právní teorie, že ovšem také „klasická“ tehdejší právní teorie zůstává do značné míry mimo zájem právních antropologů. Jistý podíl na tom nepochybně má jejich přimknutí se (v osobě Hoebela zcela explicitní) k meziválečnému právnímu realismu a jeho charismatické a mimořádně vlivné postavě K. Llewellyna. To poslední sice do značné míry vůbec umožnilo antropologickou teorii práva formulovat, nicméně odsoudilo právní antropologii na okraj zájmu právního myšlení (srv. pouhé 4 stránky, které jí věnuje ve své učebnici J. W. Harris. z nichž navíc většina pojednává o tom, lze-li vůbec primitivní právo za právo považovat (1997: 141-144)) a ochudilo jej tak o inspirativní impulsy z oblasti, která mu je vzdálená i blízká zároveň<sup>1</sup>.

Tato práce je tedy vykročením po této zanedbané stezce a její motivací je nejen osobní zájem a zaměření jejího autora, v němž se právní teorie a antropologie setkávají takříkajíc „osobně“, ale také snaha odkrýt alespoň v náznaku pohled do oblastí, které zůstávají modernímu právnímu mysliteli většinou skryty.

Základem pro toto vykročení je vytyčení směru, což bude v našem případě mít podobu vymezení antropologické definice práva jako předmětu zkoumání. Přejímáme v tomto bodě definici Pospíšilovu, která je výsledkem intenzivního terénního i pramenného výzkumu a je dosud v podstatě obecně přijímána<sup>2</sup>. Pospíšil právo definuje pomocí pěti kritérií – jednoho formálního a čtyř

<sup>1</sup> Tematizací antropologické teorie práva je v oboru „klasické“ právní teorie jak šáfránu. Jedním z mála příkladů budiž kritický článek Cs. Vargy (1985). V české právněteoretické literatuře se antropologie práva opakovaně, ač nikterak do hloubky, dotýká M. Večeřa (1999, 2004).

<sup>2</sup> Otázkou nicméně zůstává, zda je definování práva v moderní jurisprudenci vůbec zajímavé – i Dworkin od toho programově upouští, neboť definice práva vidí jako čirý (a zbytečný) zdroj nedorozumění – jak uvidíme, právo je potřebné *interpretovat*, nikoli *definovat* (Dworkin 1986: 45-6, Davies a Holdcroft 1991: 374-5).

materiálních – které lze shrnout následovně: právo tvoří principy<sup>3</sup> vyabstrahované z rozhodnutí nesoucích čtyři atributy, a to vynesení autoritou, úmysl univerzální použitelnosti, skutečnost, že se jedná o oboustranný vztah neboli závazek (tedy že jsou vymezeny práva jedné strany a povinnosti strany druhé, u Pospíšila obě z rozhodnutí plynoucí, nikoli mu předcházející), a hrozba sankcí – a to nikoli nutně fyzickou. U jednotlivých momentů této definice se přistavme.

Pospíšil tvrdí, že pro zkoumání povahy a podoby práva jsou nejvhodnějším zdrojem a předmětem analýzy *rozhodnutí*. Uvádí pro to několik důvodů: právě rozhodnutí jsou základem obecné sociální kontroly, na rozdíl od abstraktních pravidel neobsahují „mrtvá“ ustanovení, umožňují, ba iniciují změnu, prostřednictvím ideje „precedentu“ jsou rovněž nositeli ideální roviny právní regulace. Ostatně, na evropské úrovni se k podobné metodologii kloní i právníci „klasického“ ražení<sup>4</sup>.

*Autoritou*, která má zkoumané rozhodnutí vynést, Pospíšil rozumí „[osobu nebo skupinu osob], která iniciuje akce v sociální skupině anebo jejíž rozhodnutí jsou následována většinou členů skupiny“ (Pospíšil 1997:42-3), vymezení je tedy funkční, nikoli formální, a omezuje se na rozhodování, ne už nutně i na výkon příslušného rozhodnutí - toto oddělení ovšem platí píše v moderních právních rádech (soudce – vězeňská služba) než v archaických společnostech. Právě přítomnost (společné) autority je základním znakem existence právního řádu na příslušné úrovni. Autorita přitom může být ustavena přísně formálně i zcela neformálně (naplést přitom s intenzitou jejich moci! – i neformální pohlavár může být despota (srv. Pospíšil 1997: 48)), může v autoritativní pozici vystupovat pořád, nebo jen v jistých situacích (nicméně i tehdy bývá počet možných autorit velmi omezen) – to vše budou později ilustrovat etnografické příklady. Atribut autority odděluje oblast práva od oblasti zvyku.

*Úmysl univerzální aplikace* je druhým klíčovým rysem právních rozhodnutí, který je odlišuje od rozhodnutí politických. Je to základní ideální prvek práva, který odkazuje na jeho regulativní funkci a stálou povahu. Vyjadřuje konečně i „legislativní“ povahu (soudního) rozhodování – byť nemusí vždy jít o

<sup>3</sup> Ovšem nikoli v úzkém smyslu, které tento pojem obvykle má v právním diskurzu – jde spíše o „standardsy obecné“.

<sup>4</sup> Srv. např. učebnici *Správního práva*: „Právní znalci se kloní k názoru, že nejméně tři čtvrtiny standardních poznatků o evropském právu musí být čerpány z rozhodnutých případů.“ (Hendrych 2003:724).

*vytvoření* nového práva, rozhodnutí s úmyslem univerzální aplikace je nutným *potvrzením* jeho existence.

První základní složkou *obsahu* právního rozhodnutí je určení *práv a povinností obou stran*, neboť „vymezit práva jedné strany a přitom neuložit povinnosti straně druhé nesplňuje základní požadavky práva“ (Pospíšil 1997:51). Podobně říká Malinowski ve svém *Crime and Custom in Savage Society*: „právní pravidla se od ostatních vymezují tím, že se na ně hledí, a jsou tak i pocítovány, jako na povinnosti jedné osoby a oprávněné nároky druhé“ (s. 55, cit. dle Harris 1997: 243). Na první pohled ne příliš zřetelným důsledkem tohoto vymezení je vyloučení z právní oblasti skutků, které se odehrávají ve vztahu mezi člověkem a nadpřirozenem, ať již jde o božstva nebo zemřelé předky, a které nesou důsledky toliko pro jednotlivou osobu. Náboženská tabu nejsou součástí práva. Naproti tomu ovšem mají-li tyto skutky dopad na celou komunitu (a ta je tedy sankcionuje), jde o případ náboženského *práva*. Pospíšil uvádí, že jím studovaní Kapaukové si tento rozdíl velmi dobře uvědomují – nejde tedy o arbitrérní rozlišení či projekci (1997: 53).

Posledním rysem a druhou složkou *obsahu* rozhodnutí je určení sankcí. Ty podle Pospíšila (a zde se liší např. i od Hoebela) nemusí být nutně fyzické: podobně jako v případě autority je jejich vymezení spíše funkční – důležitější než jejich vlastní forma je jejich *účinnost* při prosazování daného rozhodnutí. K tomu se ovšem ještě dostaneme při rozboru Hatrovy koncepce, zde jenom zmiňme, že sankce mohou mít jak podobu „pozitivní“ („opatření k zavedení nějaké bolestivé zkušenosti, fyzické nebo psychologické“), tak „negativní“ („odejmutí odměn či poct, které by byly uděleny, kdyby nedošlo k porušení práva“)<sup>5</sup>. Hoebel používá na jednom místě pojmu sankce v ještě širším smyslu: zahrnuje pod něj i pozitivní činy typu poplácání po zádech či potlesku (1954: 15)<sup>6</sup>. Jde tedy o zajištění konformity, a zde je metoda „cukru a biče“ stále a všude platná. Z toho zřejmě plyne, že z antropologického hlediska je sankce bytostně *funkčním* konceptem.

Tato obecná antropologická teorie práva ovšem samozřejmě pro konfrontaci a analýzu zkoumaných teorií „klasických“ nestačí. Již proto ne, že sama v kontextu

<sup>5</sup> V tomto bode Pospíšilova argumentace koresponduje s psychologickou teorií učení u B.F. Skinnera, který rozlišuje posilování a trest.

<sup>6</sup> Ve své vlastní teorii práva ovšem považuje za nutnost sankce fyzické.

západních právních teorií vznikla (připomeňme, že její autor získal právní vzdělání na naší *alma mater*) a tedy se od nich nutně a vědomě liší. Náš pohled se proto od ní bude toliko odvíjet, a do značné míry se bude opírat spíše o antropologická *data*, z nichž konečně i ona sama vychází.

Již zde je ovšem nutno připomenout: snahou nebude *vysvětlit a prokázat*, ale spíše *osvětlit* jisté souvislosti a okolnosti, které lze v právních vztazích pozorovat. I toto pozorování má v případě primitivních či archaických společností zvláštní charakter. Z jedné strany je dosti svízelné, neboť se snaží uchopit předmět, který mu doslova mizí před očima, a to pouze ve výjimečném případě přímo, nezprostředkovaně. V této práci tomu tak jistě nebude, a tak se budeme muset spolehnout na data zprostředkovaná, již zpracovaná, přičemž i jejich množství je velmi omezeno a zdaleka není „reprezentativní“ v kvantitativním statistickém smyslu.

Z druhé strany má ovšem zkoumání primitivních či archaických společností i jednu nezanedbatelnou výhodu, kterou v našem *kvalitativním* přístupu lze využít: obecně i v právu platí, že v archaických společnostech všechno se vším souvisí<sup>7</sup>, právní skutečnosti proto lze pozorovat v podobě nepřekryté závojem institucí a teoretických konstrukcí, které my sami pro snazší orientaci ve složitém právu moderní společnosti hojně užíváme.

Ze zaměření práce i dostupných dat plynou také základní obrysy postupu, který při čtení a rozboru zkoumaných děl zvolíme. Zejména při vlastním kritickém čtení se tak soustředíme na ty body či východiska argumentace, která mají souvislost s antropologickou tematikou a která tudíž s antropologickými daty vůbec lze konfrontovat. Je jisté, že nepůjde vždy o nosné pilíře Hartovy nebo Dworkinovy teorie, je také jisté, že mnoho z těchto pilířů zcela pomíneme. V závěrečném shrnutí se nicméně pokusíme o komplexní a syntetické zhodnocení celku obou teorií z antropologického hlediska, při kterém zohledníme i tyto jejich stránky.

Z uvedeného ale rovněž plyne, že i ono *osvětlení* nebude nijak zářné. A nebude to ani naší ambicí: nejen, že se k tomu autor této práce zdaleka necítí být kvalifikován, zejména se také domnívá, že v oboru věd o člověku a společnosti může příliš „světla“ svádět ke krátkozraké absolutizaci i podcenění jiných „smyslů“

---

<sup>7</sup> Srv. Davy 1922: 14.

– ostatně i touto metaforou lze do jisté míry popsat východiska Dworkinovy kritiky, které se v základní míře tato práce rovněž věnuje. Zůstaneme-li u metaforického jazyka, pak osvětlení, které tato práce přinese, bude se spíše než zářící soustředěného reflektoru podobat lampiónům rozvěšeným podél stezky, kterou se vydáme. Budiž této práci takto rozuměno.

## (2) Hartův *Pojem práva*

Hartův *Pojem práva* je knihou, která se řadí mezi nepřednější spisy v právní teorii 20. století, ne-li vůbec. Je pokusem o položení právního pozitivismu na nové základy, a to na půdě rozmělněné hrůzností forem, které (positivní) právo a jeho aplikace mohou nabýt, jak ji ukázal poražený nacistický režim v Německu<sup>8</sup>. Ovšem nejen to - a ostatně, jak ještě zmíníme, i při práci s morálkou či jinými „normativními korektivy“ zachází Hart stále veskrze pozitivisticky. Hartovo snažení je o novém postavení pozitivního přístupu k právu vůbec, postavení, které by sice vycházelo z tradice i recentní nauky (jmenovitě J. Austina, resp. H. Kelsena), které by nicméně překonalo nedostatky jejich teorií. Kritikou té Austinovy Hart celé dílo začíná. My ji ovšem zmíníme jenom tam, kde to bude vhodné pro konfrontaci s naším antropologickým pohledem. I ten ovšem soustředíme spíše na Hartovu teorii samotnou.

*Pojem práva* vyšel původně v roce 1961, a zásadně proměnil soudobé právní myšlení. Především se pak stal základní součástí jakékoli rozumné právněteoretické polemiky<sup>9</sup>, což v zásadě přetrvává dodnes. V reakci na tu nejznámější, kterou vedl s R. Dworkinem (a kterou odráží i zaměření této práce), sepsal na sklonku života *Dodatek*, který byl připojen k posmrtně vydanému

<sup>8</sup> Srv. k tomu doslov J. Příbáňe k českému vydání *Pojmu práva* (2004: 309an.).

<sup>9</sup> Srv, například poklonu Dworkina uvedenou těsně před tím, než Hartovo dílo podrobí zásadní kritice (2001: 37).

druhému vydání *Pojmu práva* (1994, prosté odkazy na stránky odkazují v této kapitole právě na toto vydání).

Snad i právě na základě systematické kritiky Austinova pojetí Hart rezignuje na *definování* práva (jak to sám v závěru uvádí (211)), pokouší se naproti tomu o *objasnění* jeho *pojmu* či *konceptu*<sup>10</sup>, tedy o nalezení jeho význačných vlastností, vnitřních struktur. Teoretickým východiskem mu je analytická filosofie a teorie – a to jak v oblasti právní (J. Austin), tak v oblasti mimoprávní, obecné (L. Wittgenstein a jeho analýza jazyka<sup>11</sup>). Jeho práce přitom vychází v prvním kroku právě z analýzy jazyka, který k popisu právních i mimoprávních skutečností používáme (i proto je překlad jeho díla veskrze svízelným podnikem, ovšem již jeho možnost poukazuje na hlubokou propojenost, univerzalitu – alespoň v našem kulturním kontextu – základů právního myšlení), a ostatní právní praxe. Jde tedy do značné míry o popis a analýzu toho, jak my sami právu rozumíme, což je pro účely naší studie vsutku ideální pozice – jistě za předpokladu, že Hartova analýza odpovídá nejen jeho vlastnímu rozumění, ale i v dostatečné míře reprezentativní (byť jistě zdaleka ne v plné šíři) pro poválečné právní myšlení naší civilizace. Vzhledem k úspěchu a významu jeho knihy lze snad tuto podmínku považovat za splněnou.

Nejprve v krátkosti shrňme Hartovu argumentaci, jak ji sám autor rozvíjí. Pomocným vodítkem nám bude učebnicová analýza z pera J. W. Harrise (1997: 117-128).

---

<sup>10</sup> Zde se významně projevuje omezenost možnosti překladu Hartovy práce: i v tak kvalitním překladu, jakým český překlad P. Fantyše dle mého soudu je, se nutně ztrácí rozlišení, kterým se Hart snaží svou snahu vysvětlit – proto doplňuji snad výstižnější, každopádně širší pojem *koncept* jakožto jistý mezistupeň mezi *pojmem* a *konceptí* (která by zde zřejmě byla příliš širokým termínem) v českém pojetí.

<sup>11</sup> Pro stručnou informaci o tomto mysliteli srov. Petříček 1997: 132-147.

## (2.1) *Shrnutí Hartovy argumentace*

### (2.1.1) *Model pravidel*

Hart nechce, jak jsme již naznačili, hledat definici pojmu práva, ani jej z definic, axiomaticky promýšlet. Vychází ze sociální skutečnosti, praxe, a zejména jazyka. Právě jazyk v jistých situacích používáním zvláštního „normativního“ slovníku (musíš, nesmíš, máš právo, jsi povinen a pod.) poukazuje na existenci jistých struktur chování, které obvykle nazýváme pravidly. A to nejen z vnějšku, tedy jako pozorovatelných pravidelností, ale také zevnitř. Jazyk a myšlení vyjadřují, že tyto struktury nejsou jenom nahodilé, ale že jsou reflektovány a vyžadovány. Pravidla tedy mají jak vnější, tak vnitřní aspekt, a jenom studiem obou se lze dobrat jejich skutečné povahy.

Pravidel ovšem ve výše uvedeném smyslu existuje mnoho druhů. Mezi nimi zvláště vynikají pravidla, kterými se ukládají povinnosti či závazky<sup>12</sup> - hle další příklady normativního slovníku. Právě tato pravidla závazku jsou pro Harta prvním prvkem „práva“, jak se jej snaží popsat. Tato pravidla mají několik charakteristik, které je v úhrnu vymezují od jiných pravidel a které jsou pro jejich právní uchopení a pochopení zásadní. Tyto charakteristiky přitom nevycházejí z ontologických či logických daností, nýbrž ze sociální praxe.

První charakteristikou je, že existuje „naléhavý požadavek, aby se pravidla plnila, a na ty, kdo se od nich odchylují či odchýlit hodlají, je vyvíjen značný společenský tlak“ (95). Tato vlastnost především odlišuje skutečná společenská pravidla od pouhých pravidelností (typu „v neděli se chodí do kina“), které se ve společenském životě rovněž vyskytují v hojné míře, chybí jim ovšem toto vyjádření onoho „vnitřního aspektu“, jak je výše popsán. Za druhé „se má za to, že jsou nutná k udržení společenského života nebo nějakého jeho vysoce ceněného aspektu.“ (96). Konečně „jednání vyžadované těmito pravidly [...] může být v rozporu s tím, co si povinovaná osoba sama přeje.“ (96). Pravidla závazku tedy ve zkratce

---

<sup>12</sup> Zde ve smyslu v právu obvyklém, tedy nikoli v plnějším a původnějším smyslu oboustranného vztahu, pouta, jak se tohoto pojmu používá v antropologii. Ostatně také L. Pospíšil pro vyjádření tohoto širšího významu i v angličtině raději používá latinského pojmu *obligatio*.

charakterizuje je vynucující společenský tlak, jistá významnost a konečně překérnost.

Z toho Hart vychází i při pohledu na právo samotné. To je v jeho očích systémem pravidel, který staví do kontrastu s představou „příkazů, zvyků a poslušnosti, která je pro analýzu práva zcela nedostatečná“ (87), čímž se právě vymezuje od Austinovy imperativní teorie práva jako příkazu suveréna, a přibližuje ke Kelsenovu (a tedy více kontinentálnímu) normativnímu pojetí pozitivismu. Pravidla rozlišuje dvojího druhu. S prvním druhem, který nazývá primární pravidla, jsme se již setkali. Jsou to právě pravidla závazku, která ukládají povinnosti, tedy pravila, podle kterých lidé žijí a konají. Nikoli ovšem všechny. Připomeneme-li si na první jejich charakteristiku (společenský tlak vyvíjen na toho, kdo je poruší), pak se o pravidla právní jedná jenom tehdy, je-li společenský tlak opravdu vážný, tedy hrozí-li i fyzické sankce<sup>13</sup>. Druhá, sekundární jsou pravidla, která regulují proces změn těch prvních, primárních, jejich vznik a zánik, nebo „udělují pravomoci – veřejné či soukromé“ (91)<sup>14</sup>. Právě v kombinaci těchto dvou typů pravidel shledává Hart *klíč k právní teorii*, tedy to, co se Austin domníval nalézt v představě donucovacích nařízení. „Hart nenabízí žádnou definici právního systému, ale říká nám, že ‚jednota primárních a sekundárních pravidel‘ je v jeho srdci.“ (Harris 1997: 121).

### (2.1.2) Systém primárních a sekundárních pravidel

Pravidla tvoří jistý systém, a až přistoupením sekundárních pravidel k (původním) pravidlům primárním vzniká skutečně právo v plném slova smyslu<sup>15</sup> - jde o „krok z předprávního do právního světa“ (Harris 1997: 118). Bez nich totiž nelze právo jednoznačně určit, nelze jej změnit, a nelze ani účinně koncentrovat rozptýlený sociální tlak. Neurčitost, statický charakter a neúčinnost (to vše jsou Hartovy charakteristiky) primárních pravidel jsou překonány až připojením sekundárních pravidel, která završují právo jako systém. V primitivních,

<sup>13</sup> Srv. Hart 2004: 95-6, Harris 1997: 118.

<sup>14</sup> Harris nicméně komentuje: „Pojem ‚udělující pravomoci‘ je možná jenom zavádějící popis.“ (1997:120).

<sup>15</sup> Nikoli však právo v celku: „Spojení primárních a sekundárních pravidel sice stojí v centru právního systému, ale nejde o jeho celek.“ (Hart 2004: 106).

předprávních společnostech nenalzáme žádný právní systém, pouze soubor jednotlivých pravidel závazku.

Pravidlem z tohoto systémového pohledu základním (jakkoli ovšem patří mezi pravidla sekundární) je tzv. *pravidlo uznání* „poskytující kritéria, podle nichž je posuzována platnost jiných pravidel systému“ (112). Jde tedy o Hartovo variaci na Kelsenovu Grundnorm neboli základní normu<sup>16</sup>, která, Kelsenovými slovy, „vytváří systém z mnohosti norem“ (Kelsen 1945: 110). Na rozdíl od této „juristické hypotézy“ (Kelsen 1945: xv) ovšem Hartovo pravidlo uznání není spekulací, nýbrž sociální praxí (Harris 1997: 121) – z Hartova pohledu se tedy jedná o *rozvinutí* Kelsenova pojetí. „Pravidlo uznání existuje pouze jako složitý, třebaže za normálních okolností harmonický celek praxe soudů, veřejných činitelů a soukromých osob, kteří identifikují zákon [právo – pozn. PB] prostřednictvím odkazu k jistým kritériím. Jeho existence je prostě skutečností.“ (116) – tedy jinými slovy: ono prostě *platí*<sup>17</sup>.

Také ostatní sekundární pravidla se od primárních výrazně liší, a to nejen obsahem, ale především funkcí<sup>18</sup>. Pravidla změny, první ze dvou zbylých kategorií sekundárních pravidel, jsou pravidly vytváření, rušení a změny pravidel závazku, a to jak volní činností osob při uzavírání smlouvy, tak legislativním aktem příslušné veřejné moci. Podle Harta nejzásadnějším rozdílem co do obsahu mezi těmito pravidly a pravidly závazku je, že postrádají jakoukoli sankci – nulitu příslušného aktu či smlouvy (zkrátka: dotčeného závazku) za sankci považovat odmítá, neboť to vede toliko ke směřování kategorií. Posledním zbylým typem pravidel jsou pravidla soudního rozhodování, jejichž účelem je koncentrovat onen „rozptýlený sociální tlak“ a zvýšit tak „účinnost“ primárních pravidel – abychom použili již uvedené charakteristiky.

<sup>16</sup> K tomu srv. Kelsen 1945: 110an.,

<sup>17</sup> V českém právním prostředí (a jazyce) by se spíše chtělo říci „je účinné“, tím bychom se ovšem nevyhnuli nepřímému postulování jeho existence – čemuž se sám Hart chtěl zjevně vyhnout.

<sup>18</sup> V této obecné rovině nepochybně. Přesto je nutno k „funkci“ práva či konkrétního pravidla přistupovat obezřetně: může se velice výrazně lišit dle zvoleného pohledu (je funkcí zákona směnečného a šekového umožnit vystavování směnek, nebo zamezit rozšíření jiné formy platebního styku?). K tomu srv. Harris 1997: 120-1.

### (2.1.3) *Teze existence právního systému*

Nutnost a váha sekundárních pravidel je v Hartově pojetí dále zdůrazněna v jeho „tezi existence“<sup>19</sup> právního systému, podle níž „minimálním předpokladem existence právního systému jsou tedy dvě nezbytné podmínky. Lidé se na jedné straně musí obecně podřizovat těm pravidlům chování, jež jsou platná podle základních kritérií platnosti daného systému, a na druhé straně musí veřejní činitelé jako společné veřejné normy úředního chování účinně akceptovat pravidla uznání tohoto systému, která blíže určují kritéria právní platnosti[,]“<sup>20</sup> a jeho pravidla změny a soudního rozhodování.“ (122)<sup>21</sup>. Tato teze se pro svou zjevnou významnost stala předmětem rozsáhlé diskuse a kritiky. Jak ovšem dokládá Harris (1997: 122an.), její význam obecně je nejasný a pro Hartovu argumentaci spíše okrajový. Svou arbitrárností a spekulativností ovšem dokládá, že Hartův přístup není zdaleka čistě sociologicko-analytický a empirický, jak by se z jeho vlastních vyjádření mohlo zdát.

V předprávní společnosti jakožto „jednodušší struktury neexistují veřejní činitelé“ (122), takže sekundární pravidla nejenže neexistují, ale do jisté míry také postrádají smysl, neboť není kdo by je uplatňoval. Ostatně, skutečně předprávní společnost je pro Harta společnost čítající několik málo členů, navíc spjatých pevnými náboženskými a rodinnými pouty. Pravidla závazku tedy pro takovou společnost postačují, dokonce se nemusí ani příliš diferencovat na pravidla „právní“ a „neprávní“.

Jak již bylo výše naznačeno, Hart rozumí právu jako systému pravidel, a to právě jakožto pravidel. Vymezuje se tak negativně zejména vůči v první polovině 20. století v Americe velmi silnému hnutí právního realismu<sup>22</sup>, které právo pokládá

<sup>19</sup> Pojem si vypůjčujeme od Harrise (1997: 122), tam viz i její kritický rozbor, jemuž se zde nebudeme věnovat.

<sup>20</sup> V českém překladu zde čárka chybí, dle mého soudu jde ovšem o opomenutí, které značně snižuje srozumitelnost této teze.

<sup>21</sup> V originálu: „There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand, those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials.“ (Hart 1994: 116).

<sup>22</sup> Zvláštností tohoto označení je, že právní realisté jsou pravým opakem toho, co se realismem ve filosofii rozumí – srov. např. Harris 1997: 98.

toliko za předpověď toho, co udělá soudce jakožto rozhodující autorita. Přesto i z něj jisté podněty neskrytě čerpá – ať již jde o snahu o celkový empirický přístup<sup>23</sup> nebo ostatně i začlenění *možnosti* předpovědi mezi inherentní charakteristiku právního systému. Tak „ačkoliv existence pravidel v jakékoli společenské skupině předpovědi umožňuje a činí je spolehlivými, není možné ji s nimi identifikovat“ (150). Od (zákonných) pravidel, které bývá zvykem od precedentů odlišovat i tam, kde jsou si svou závazností blízké<sup>24</sup>, odvozuje ostatně i samu možnost precedenčního rozhodování a „zákonodárství“ soudů (Hart eufemisticky používá pojmu „pozoruhodné rozvíjení základních pravidel“): vyvozuje ji z prestiže, „kterou získaly na základě své činnosti v širokých centrálních oblastech práva, během nichž se bezesporu řídily pravidly.“ a vyhraduje pouze pro „okrajové oblasti základních problémů“ (vše Hart 2004: 156).

#### (2.1.4) Právo a morálka

Posledním okruhem otázek, jemuž se Hart v *Pojmu práva* věnuje, je vztah práva a morálky (a spravedlnosti). Argumentaci k těmto otázkám dále rozvíjí především ve třech přednáškách publikovaných pod názvem *Law, Liberty and Morality* (1963, slovensky *Právo, sloboda a morálka* (2003), přeložil A. Brörtl), přičemž tam i v *Pojmu práva* přistupuje k jeho základním teoretickým východiskům ještě spis J. S. Milla *On Liberty*<sup>25</sup>. Otázky, které nadnáší v těchto přednáškách, přesahují záběr našeho zkoumání, v této práci je proto pomineme.

Základní rysy vztahu morálky a práva jsou u Harta totiž patrný již v jeho zkoumané stěžejní práci. Jak jsme již naznačili, před Hartem i před celým iuspositivistickým myšlením po druhé světové válce stál nelehký úkol konsolidovat a obhájit pozitivní pohled na právo ve světle nacistické hrůzovlády a jejího

<sup>23</sup> Ilustrujme citací: v souvislosti s přechodem z anglického koloniálního na postkoloniální právo Hart říká: „Nové pravidlo je jednoduše závislé na tom, že je akceptováno a používáno jako pravidlo v soudních a jiných úředních operacích místního systému.“ (Hart 2004: 125).

<sup>24</sup> K tomu ale Hart říká: „rozdíl mezi nejistotou komunikace pomocí autoritativního příkladu (precedent) a jistotou komunikace prostřednictvím autoritativního obecného jazyka (zákonodárství) je mnohem méně patrný“ (Hart 2004: 130).

<sup>25</sup> V knize *Law, Liberty and Morals* explicitně, v *Pojmu práva* spíše implicitně – srv. „Morálním závazkům, stejně jako většině právních závazků je schopen dostát každý normální dospělý člověk.“ (Hart 2004: 172, podtrhl PB).

zákonodárství<sup>26</sup>. I tohoto úkolu se Hart zhostil analyticky a tak pojednání o spravedlnosti a morálce začíná právě analýzou spravedlnosti jako něčeho, co udržuje rovnováhu (160-161, srov. také Celsův známý výměr práva jako „*ars boni et aequi*“). Analytický, nyní již ale od (byť i jen jazykové) zkušenosti odtažený přístup dále dokumentuje vymezení vztahu spravedlnosti a morálky: „Spravedlnost představuje jeden segment morálky, který se nezajímá o jednání jednotlivců, ale o způsoby, jak se zachází se *třídami* jednotlivců.“ (168, kurzíva Hart).

Již bylo uvedeno, že Hart rozlišuje pravidla závazku na pravidla „právní“ a „neprávní“ či „morální“, a to podle intenzity závaznosti (resp. sankce). Morální pravidla jsou proto vskutku alternativním, souběžným normativním souborem a „i navzdory zásadním rozdílům vykazují určitou podobnost s právem dané společnosti.“ (171)<sup>27</sup>. Hart nicméně vymezuje čtyři formální<sup>28</sup> rysy morálních pravidel, jimiž se odlišují od pravidel právních.

Prvním je jejich *důležitost*, která je u morálních pravidel pojmovým znakem, zatímco u pravidel právních může zcela chybět. Dalším je *imunita vůči záměrné změně*, kterou se rozumí, že morální pravidla nelze prostým volným aktem jednotlivce či orgánu moci změnit<sup>29</sup>. To ovšem neznamená, že by volní a zejména legislativní akty byly bez vlivu na morálku. Jak Hart dokládá, změna zákona může *nepřímo* nové morální pravidlo vytvořit (např. pravidlo „každý chlap musí na vojnu“, které vzniklo po zavedení branné povinnosti) nebo také vymítit (např. zákazem jistých tradičních politických demonstrací nebo používání jistých symbolů). Nicméně „představa morálního zákonodárce, který by byl oprávněn vytvářet a měnit mravy [...] odporuje vlastnímu pojmu morálky.“ (178). O tomto náhlém příklonu k ontologické argumentaci se ještě zmíníme.

Třetím rysem morálních pravidel je *dobrovolný charakter morálních přestupků*, kde podle Harta „věta ‚Nemohl jsem tomu zabránit‘ je v říši morálky vždy omluvou,“ (179) není ale (vždy) ospravedlněním v říši práva. Jazykem západní právní teorie je tedy v říši morálky vždy přítomna možnost liberace, navíc

<sup>26</sup> Připomeňme, že i H. Kelsen byl židovského původu, po nástupu nacistů k moci musel z Kolína odejít do Švýcarska a za války působil v USA.

<sup>27</sup> Hart zde mluví o morálních pravidlech ve společnosti s rozvinutým právním systémem, jeho závěr ovšem nepochybně lze aplikovat i na ty nejprimitivnější společnosti – přiznáme-li části primárních pravidel „právní“ charakter.

<sup>28</sup> Tohoto termínu používá Hart. Později naznačíme, že jde spíše o univerzalistické přání autora, než o popis skutečných charakteristik těchto pravidel.

<sup>29</sup> „Lidská *libovůle* nemůže obdařit normy chování morálním charakterem ani je o něj připravit.“ (Hart 2004: 176, kurzíva Hart).

„nezbytnou podmínkou morální odpovědnosti je to, že člověk musí být schopen jistým způsobem ovládat své jednání.“ (179). Posledním rysem je odlišná *forma morálního nátlaku*, kterou jsme již spolu s Hartem naznačili výše při prvotním odlišení „právních“ a „neprávních“ pravidel závazku. Právní a morální nátlak se podle Harta liší právě v tom, co stojí v jeho jádru: „morální nátlak nespočívá v hrozbě a neodvolává se na strach či zájmy, ale připomíná morální charakter uvažovaného činu a požadavky morálky.“ (180)<sup>30</sup>. Nepřátelská společenská reakce na porušení morálního závazku může nabýt i násilných forem či např. podoby exkomunikace, v jádru se nicméně vždy dovolává *svědomí* a pocitu viny porušitele.

Ve vztahu zákona (práva) a morálky identifikuje Hart zárodek spravedlnosti (zřejmě ve výše uvedeném smyslu) již v tom, že se zákon, jakkoli nemorální, dodržuje. Nicméně nemorální, leč platný zákon lze neaplikovat – nelze ovšem dle Harta říct, že je již kvůli této své nemorálnosti neplatný. Právo a morálka jsou dva odlišné a do značné míry samostatné systémy, které se sice (a to obousměrně) ovlivňují, nicméně které i kvůli tomu nelze smíchávat. Možnost kritiky platného práva z pozic morálky a spravedlnosti je pro (spravedlivý) právní systém bytostně důležitá, zcela by se ovšem ztratila, pokud bychom smíchali tyto dva ohledy. Navíc „pojetí práva, které dovoluje, aby byla neplatnost práva odlišena od jeho nemorálnosti, nám umožňuje vidět složitost a různorodost těchto samostatných problémů“ (208). Příliš úzký pohled na právo nám tyto otázky naopak zastírá. Hart se tedy nakonec opět vrací z empirie do legalismu.

Závěr knihy věnuje Hart mezinárodnímu právu, které se tradičně uvádí vedle práva primitivního jako příklad „marginálního případu“ právního systému, kde o tom, zda se vskutku o právo jedná, lze vést spor. Jako jeden z hlavních argumentů proti pojetí mezinárodního práva jako práva v plném smyslu Hart uvádí, absenci sankcí. Jak ale uvádí, protože „jednoduché pravdy, které platí pro jednotlivce [zřejmě naráží na tzv. minimální obsah přirozeného práva, viz níže], neplatí pro státy, a protože pozadí mezinárodního práva se do značné míry liší od pozadí práva státního, neexistuje v něm ani podobná nutnost sankcí (...) ani podobná vyhlídka jejich bezpečného a účinného použití“ (216). I na tuto argumentaci se v další části podíváme podrobněji.

<sup>30</sup> Jako příklad Hart uvádí věty typu „To by byla lež“ nebo „Tím bys porušil svůj slib“.

### (2.1.5) Minimální obsah přirozeného práva

Toto krátké shrnutí Hartovy argumentace ukončíme tématem, které se pro přechod k vlastnímu antropologickému pohledu na tuto knihu přímo vybízí. V předposlední kapitole z s názvem *Zákony a morálka* nabízí Hart soubor jistých východisek a zásad plynoucích z povahy lidské bytosti a lidského společenství, která dle něj definují *minimální obsah přirozeného práva*, to, co „každá společenská organizace musí mít, má-li zůstat životaschopná. Tedy to, čemu se v antropologickém diskursu říká „antropologické konstanty“ – fenomény přítomné v každé známé lidské společnosti. Ač je však sám Hart popisuje jako empirické, vychází při jejich vymezení nikoli z recentní etnologické literatury, ale z prací T. Hobbesa a D. Huma<sup>31</sup>, tedy raně novověkých empiriků. Zda je přesto jeho popis aktuální, posoudíme za chvíli.

Minimální obsah přirozeného práva se dle Harta soustřeďuje kolem těchto „zjevných pravd“ (truismů):

Za prvé, *lidská bytost je zranitelná*, proto je nutno omezit používání násilí vůči druhým. Za druhé, *lidé jsou si přibližně rovni*, tedy žádný není natolik „lepší“ (silnější, moudřejší, mocnější, ...), „aby byl bez jakékoli spolupráce schopen ostatní jedince po delší dobu ovládat či si je na delší dobu podmanit“ (194). Za třetí, mezi lidmi panuje *omezený altruismus*, tedy nejsou to ani andělé, ani ďáblové, nějaká pravidla soužití potřebují, ale toto soužití je v zásadě možné. Za čtvrté, lidé disponují *omezenými zdroji*, takže je zapotřebí alespoň minimální forma vlastnictví, kterou Hart spatřuje v „pravidlech, jež obecně znemožňují jiným osobám, než je vlastník, vstup na pozemek a jeho využívání, nebo jim zakazují brát či používat jeho hmotné věci“ (195). Konečně, lidé mají jen *omezené porozumění a sílu vůle*, které se navíc u různých lidí různí. Proto „je rozumné vyžadovat dobrovolnou spolupráci v donucovacím systému“ (196), tedy odtud potřeba sankcí. Odpovídají tyto „jednoduché pravdy“ antropologickým poznatkům?

---

<sup>31</sup> Srv. poznámku ke stránce 192 (Hart 2004: 297).

## (2.2) Kritické čtení Pojmu práva

### (2.2.1) Minimální obsah přirozeného práva?

Vlastní antropologické „kritické čtení“ Hartova *Pojmu práva* začneme rozborem posledně zmiňovaného „minimálního obsahu přirozeného práva“. Jeho první prvek, *zranitelnost lidské osoby* a z ní plynoucí omezení násilí, doložíme jako antropologickou konstantu zdánlivě snadno: vskutku není znám případ lidské společnosti, která by neznala zločin vraždy. Je ovšem nutno odlišovat, co do této kategorie v té- které společnosti ještě patří.

Především je nutno si uvědomit, že jakýkoliv zákaz zabít se vždy týká jenom lidí – a je otázkou dané kultury, koho vše pojem lidství v jejích očích zahrnuje: není náhodou, že pojem „člověk“ se v mnoha archaičtějších jazycích kryje s označením daného etnika (např. Romové či Inuité)<sup>32</sup>. Cizinci, ne-lidé jsou naproti tomu z definice podezřelí a nebezpeční, a proto je žádoucí zabít je raději od pohledu.<sup>33</sup> Také infanticida – vražda nemluvněte, což je v našich očích jeden z nejodpornějších zločinů vůbec<sup>34</sup>, je (snad spíše byla)<sup>35</sup> u Inuitů dle popisu Knuda Rasmussena zcela běžnou praxí, při narození dvojčat vlastně pravidlem (Hoebel 1954: 74an. a jinde). V nehostinných podmínkách Arktidy a při nutnosti matky kojit dítě do poměrně vysokého věku (Hoebel uvádí přinejmenším dva až čtyři roky, přičemž dokonce i patnáctileté dítě se může od své matky občas nakojit (1954: 74)) je tato praxe takřka pochopitelná. A ostatně není u tohoto etnika nijak nepřipadná: senilicida neboli vražda starce je rovněž zcela běžná, a nezřídka na přímou žádost a za asistence zesnulého (při slovech „zkus o kousek výš, synu“ na vlastní žádost vlastním synem probodnutého starce nabývá i pojem euthanasie zcela nových rozměrů (Hoebel 1954: 77)). U Komančů zase nebylo vraždou zabítí ženy jejím mužem – a to nehledě na to, zda k tomu měl či neměl důvod. Nemstila se ani její rodina (Hoebel 1954: 139).

<sup>32</sup> Ale ostatně i Slované, kteří vládnou slovům a řeči, naproti Němcům, kteří ne, podobně jako se Řekové vymezovali vůči barbarům, tedy „koktalům“ (srv. Sokol a Pinc 2003: 70-71).

<sup>33</sup> Hoebel 1954: 105.

<sup>34</sup> Ponechme stranou, že platný český trestní zákon (zák. č. 140/1961 Sb.) zná naopak privilegovanou skutkovou podstatu vraždy novorozené matkou (§220).

<sup>35</sup> Pro jednoduchost budeme při antropologických popisech a citacích používat historický prezens, jakkoli je vysoce pravděpodobné, že situace se od doby jejího zaznamenání radikálně změnila.

Ze záběru pojmu „vražda“ jakožto činu trestného a trestaného ovšem vystupují i méně extrémní případy. Tak se za vraždu jako zločin „veřejného práva“, který trestá celé společenství, u Inuitů nepovažuje jednotlivé zabití, a to ani zabití několika lidí najednou. Tyto akty trestá krevní msta, která je ovšem samou antitezí práva (Hoebel 1954: 25, Pospíšil 1997: 20, Sokol a Pinc 2003: 106) a může nastat až po velice dlouhé době. Za „společensky nebezpečného“ se považuje až vrah-  
recidivista, a až vůči němu pak vystupuje společenská akce (Hoebel 1954: 25, 88). Naproti tomu dokonání vraždy (vražd) není nezbytnou podmínkou toho, aby se člověk stal veřejným nepřítelem. Ke stejnému konci mohou vést hrozby či týrání, ba dokonce chronické lhaní (Hoebel 1954: 90). Vidíme tedy, že univerzální přikázání „nezabiješ“ nechrání ani tak „člověka v jeho zranitelnosti“, ale spíše společnost před ji oslabujícími prvky, mezi něž ovšem kromě odstranění (nebo ohrožení fyzické integrity) produktivního člena společnosti patří i různé jiné, jejichž jednotlivým prvkem je útok na jednotlivého člena společnosti<sup>36</sup>.

Velmi zvláštní formou omezení násilí ve společnosti je pak inuitský „souboj písni“, který se používá „k urovnání sporů všech druhů vyjma vraždy“ (Hoebel 1954: 93). Při tomto způsobu řešení konfliktů nenastává prakticky nic z toho, co si pod „řešením konfliktů“ běžně představujeme: nenastává žádné určení viníka, poškozenému se nedostává žádného morálního odškodnění – jde jenom o prestiž. Souboj spočívá v tom, že spořicí se střídavě přednášejí satirické verše, kterými popisují přečin protivníka, svou obranu, nebo protivníka zesměšňují. Používají při tom i tance, mimiky či různých pomůcek, v některých oblastech i narážení hlavou či údery pěstí<sup>37</sup>. Nejde při tom ovšem o zranění nebo fyzické „uzemnění“

<sup>36</sup> Jan Sokol ostatně zmiňuje, že obdobným způsobem rozšiřuje působnost starozákonního přikázání „Nezabiješ“ i Ježíš (Sokol 2004: 109, 154).

<sup>37</sup> Pro ilustraci uveďme jeden příklad:

„Zde je například píseň, kterou manžel vychrlil na muže, který navedl zpěvákovu ženu k tomu, aby rozřízla potah jeho kajaku tak, aby se otevřel a on se utopil. Pak by se spiklenci mohli vzít. Plán se však nezdařil; žena byla zmlácena fyzicky a spoluspiklenec slovně:

Ach, jak jen si nejsem jist!  
Jak nejistý jsem, zda mám zpívat.  
V mé duši, která není silná!  
Jak jen se mi mohlo stát, že mám na něj složit píseň obvinění.  
Jak hloupé, že se teď kvůli němu musím trápit.  
Když jsme byli tam na severu,  
Když jsme byli na Kialinequ  
Jako obvykle se stalo, že mě rozzlobila  
Že jsem své ženě jako obvykle namlátil.  
Nezlobil jsem se bez důvodu.  
Jako obvykle jsem nebyl spokojen s její prací,

protivníka: vítězem souboje písni je ten, kdo na svou stranu strhne publikum anebo protivníka svými slovy „umlčí“. Odměnou mu je pak skutečně jenom prestiž – od protivníka se mu žádné další satisfakce nedostane (ostatně o tom, kdo „byl v právu“ se v souboji písni ani nerozhoduje, ani to při něm nehraje žádnou roli), naopak: od obou kontestantů se očekává, že po souboji zůstanou přáteli a vymění si dary, což je ostatně velmi archaická forma utváření společenství závazku (Mauss 1999).

S druhou „jednoduchou pravdou“ o lidské přirozenosti to už bude složitější. Lidé si vskutku jsou svými schopnostmi více-méně *rovnocenní*. Na jedné straně tak jde o zjevnou trivialitu, která se ovšem na straně druhé bude jenom obtížně dokládat v právním prostředí. Trivialita této skutečnosti spočívá v tom, že platí v zásadě o *každém* živočišném druhu, u obratlovců snad bez výjimky. Jde-li tedy právě jen o konstatování této genetické příbuznosti, má Hart nepochybně pravdu. Jeho argument ovšem zjevně míří jinam: k nutnosti „kompromisu a zdrženlivosti“ (Hart 2004: 194), tedy jisté formy řádu ve společenských vztazích. Zde už se ovšem dostáváme ke zcela odlišným otázkám. Je popis řádu jako „kompromisu“ skutečně přiléhavý, nebo je to do jisté míry projekce pohodlné, rozvinuté (a tedy v míru žijící) společnosti?

Člověk je tvor společenský a historický<sup>38</sup>, a myslitelé si to uvědomují od dob dávné antiky. Jelikož tedy nutně potřebuje sdílet svůj život s jinými, nutně potřebuje jistý řád, jenž bude tomuto soužití vládnout. Na velmi rudimentární úrovni jej lze pozorovat již u společenských živočichů<sup>39</sup>. Etologové a sociobiologové v poslední době u různých živočichů popsali zvláštní vzorec, kterému se podle jednoho z popisů říká „klovací řád“: omezení násilných konfliktů v „uceleného“ společenství (tedy nikoli nahodilém uskupení) je výsledkem *zkušenosti* jeho členů

---

Protože potah mého kajaku byl roztržen.

Byl v něm otvor;

Když jsem, na chvíli, vyšel, říkají,

Prýs' měl o mně poznámku:

Že je u mne běžné chovat se tak ďábelsky ohleduplně:

Že jsem pokaždé tak výjimečně shovívavý.

Jak hloupý jsem byl, že jsem mu tehdy neoplatil stejnou,

Že jsem jej rovněž nebodl nožem.

Jaká škoda, že jsem k tobě byl tak shovívavý.

Jaká škoda, že jsem ti prokázal takovou ohleduplnost,

Ty mizero, kdos' tak nerozvázně vyvolal můj hněv“ (Hoebel 1954: 77-8, vychází z popisu H. Königa)

<sup>38</sup> K „historickému bytí“ člověka srv krásný popis v prvním oddíle Nietzscheho druhé *Nečasové úvahy – O užtku a škodlivosti historie pro život* (Nietzsche 2005: 78-80).

<sup>39</sup> V následujícím výkladu vycházím z přednášek Jana Sokola v kurzu *Moc, peníze, právo* (v tisku).

z minulých konfliktů. V poměrně krátké době po ustavení společenství dojde k celé řadě střetů mezi jeho členy. Ti si pak ovšem výsledek tohoto střetu „pamatují“, stává se součástí jejich zkušenosti – v případě dalšího sporu stačí „klovnutím“ pohrozit – a nejde-li o skutečnou výzvu, „slabší“ ustoupí. Skutečné násilné střety se pak omezují jenom na ty dvojice, kde je výsledek tohoto souboje nejistý.

Tímto způsobem se i ve společnosti „rovnocenných“ jedinců vytváří jistý řád, dynamická „hierarchie“, a tudíž vzniká jistá rudimentární autorita. Právě *autorita* (ve funkčním smyslu) je nejen jedním ze znaků antropologické teorie práva, je především přítomna v každé známé lidské společnosti. A to ať již jde o náčelníka či pohlavára, vládce či vládu jakožto více-méně stálou funkci, nebo o funkci „situační“, jako v případě *monkaluna* při řešení sporů u filipínských Ifugaů (srov. níže), ať již k dosažení svých cílů používá i donucení či hrozbu donucením, nebo jiných prostředků. Právě existence autority je skutečným paradoxním důsledkem tohoto Hartova truismu, ten jej však pomíjí.

Naopak z tohoto truismu vyvozuje nutnost „kompromisu a zdrženlivosti“. Platón v „zakladatelském mýtu“ v dialogu *Prótagoras* uvádí „božský zákon“, že „ten, kdo není schopen mít podíl na studu a spravedlnosti, má být usmrčen jako nákaza obce“ (*Prótagoras* 322d). To je rovněž již vidění rozvinutého, městského světa, který se z povahy věci musí snažit násilné řešení sporů zcela eliminovat (krevní msta, která si vyžaduje cestu džunglí na opačný oken tichomořského ostrova je udržitelná, cestu ze Žižkova na Smíchov lze ovšem během jediné noci absolvovat několikrát) a najít jinou formu trestu. Vymícení krevní msty (a z ní plynoucí vnitřní války) zevnitř místního společenství je nicméně životnou nutností u každého společenství. Zdrženlivost je tedy v lidském společenství vskutku pojmovou nevyhnutelností. Jenom v tomto smyslu ovšem i kompromis. Myslí-li Hart kompromisem jakkoli vědomou či uvědomělou dohodu, jde o spekulaci zhruba stejného řádu jako „společenská smlouva“ z Rawlsovy *Teorie spravedlnosti* (1971, česky 1995 v překladu K. Berky).

Třetí „zřejmá pravda“ se osvědčuje sama: v každé společnosti, o které jakožto o společnosti mluvíme, je soužití lidí možné. Otázku může vzbudit jenom explicitní nutnost *pravidel* tohoto soužití, kterou Hart rovněž uvádí. Zde je potřeba se vrátit k výše zmiňovanému klovacímu řádu a platónskému studu. Jistě, pro potřeby počítačové simulace by se i tyto fenomény snad dali operacionalizovat, a

tedy proměnit v „pravidla“ nebo „příkazy“. To ovšem nutně zakrývá jejich žitou, zkušenostní povahu, která má s abstraktními pravidly jen málo společného.

U čtvrtého truismu, *omezenosti zdrojů* a z ní plynoucí nutnosti jakési formy vlastnictví, je situace opět komplikovanější. Především je nutno oddělit dvě otázky, které toto tvrzení směšuje. Za prvé, zda je vlastnictví (v jakékoli podobě) skutečně přítomno ve všech lidských společnostech, a za druhé, zda je skutečně důsledkem omezenosti lidských zdrojů (a tedy kategorií čistě ekonomickou v tomto úzkém smyslu).

Věnujme se nejprve první z těchto otázek. Antropologická zkoumání zde dávají Hartovi za pravdu, neboť jistá forma vlastnictví se vskutku objevuje v každé známé lidské společnosti. Nemusí jít (a u archaičtějších společností do značné míry ani nejde) vždy o vlastnictví individuální, osobní. U raných zemědělských společností byly zejména ty nejdůležitější statky zajišťující obživu majetkem rodu, linie či jiné větší společenské skupiny, a tedy zprostředkovaně všech jejích členů – živých, mrtvých i ještě nenarozených<sup>40</sup> – jeho aktuální představitel je za normálních okolností a běžným způsobem ani nemohl zcizit<sup>41</sup>. Vedle těchto veledůležitých předmětů se ovšem vždycky vyskytuje i vlastnictví osobní, zejména drobných věcí osobní potřeby. Ani zde ovšem není nutným znakem jasné omezení druhého v nakládání s danou věcí: u Inuitů je kumulace statků podmíněna jediným možným účelem – jejich rozdávaním na slavnostech (což vede ke zvýšení prestiže dobrodince, srv. Hoebel 1954: 80-1). Omezenost zdrojů se tak projevuje zcela jiným způsobem, než jaký vyjadřuje zkoumaný truismus: nikoli vytvořením vlastnického práva, nýbrž jeho *omezením* na statky *v rozsahu osobní potřeby*. I na věci v „soukromém vlastnictví“ se ovšem vztahují významné odchylky od naší obecné představy: o jejich použití (zvláště nejsou-li aktuálně vlastníkem využívány)

<sup>40</sup> Takto hezky rodovou strukturu známou i z (nejen) antické Evropy popisuje Hoebel na opačném konci světa – u Ifugaů na filipínském ostrově Luzon (1954: 104).

<sup>41</sup> Jde například o pro studenty římského práva dobře známé věci mancipační, u kterých formální obtíž s převodem o staletí přežila svůj původní účel. Naprosto obdobnou podobu má například u Ifugaů majetek *ibuy*, rodinný majetek vyžadující zvláštní ceremonii pro převod, a do něhož patří rýžová pole, lesní pozemky a předměty rodinného dědictví (Hoebel 1954: 105an.). Hoebel připisuje nutnost této veřejné ceremonie nutnosti „vytvoření veřejného záznamu“ (1954: 106), čímž podle mne mylně odhlíží od její bytostně náboženské povahy, zcela symetrické s původní povahou římské mancipace (k tomu srv. klasickou studii N. D. Fustela de Coulanges *Antická obec* (1998), jakkoli je v jistých ohledech naivní a z právního pohledu nepřesná, nebo dostupnější studii M. Skřejpka *Ius et religio. Právo a náboženství v starověkém Římě* (1999), která naopak přehlíží nebo nedoceňuje jisté náboženské aspekty).

může požádat i jiná osoba (Hoebel 1954: 69), a podobně jako při půjčování manželek je zde odmítnutí vyjádřením nepřátelství (Hoebel 1954: 83).

Odpověď na druhou otázku jsme již vlastně začali v odpovědi na tu první. Omezenost zdrojů tam, kde jich je vskutku poskrovně, vlastnictví spíše omezuje než že by jej způsobovalo. Navíc se i tam netýká všech důležitých věcí: podobně jako ve velké části archaických nezemědělských společností není předmětem vlastnictví půda, dokonce ač Inuité znají jistou formu teritoriality, s nevolí se nesetkává ani narušení teritoria jiné skupiny lovem, ba dokonce ani obsazení tradiční lovní stanice jedné skupiny skupinou jinou (Hoebel 1954: 79). Tyto příklady snad ilustrativně ukazují, že popis vlastnictví jako reakce na omezenost zdrojů je příliš reduktivní a pomíjí jiné jeho důležité „příčiny“. Jednou z nich by mohlo být společenské pouto, s nímž je vlastnictví vždy spojeno. V tom je vskutku exemplárním případem práva: nejde o vztah člověka k věci, nýbrž o vztah mezi „subjekty“ v plném slova smyslu (a tedy v některých archaických společnostech také mezi lidmi a jejich předky či ještě nenarozenými potomky)<sup>42</sup>. Vlastnictví není vytvářeno panstvím nad věcí nebo snad její držbou, ovládnutím, jakkoli právě to je v evropské právní tradici jeho obsahem a právě tyto významy vymezují cestu jeho přesného právního vymezení, a s ním zrod představu subjektivního práva jak ji známe dnes<sup>43</sup>. Vlastnictví je vytvářeno tím, že se k vlastníkovu a jeho věci jistým způsobem chovají ostatní. Hoebel to shrnuje těmito slovy: „Přestože jednotlivý člověk může vytvořit nebo získat předmět vlastnictví vlastními silami, je to společnost – a ne jednotlivý člověk – co vytváří okolnosti, které z něj činí majetek. Neboť přestože osoba může být držitelem hodnotného předmětu, nějaké *res nullius* kterou kdesi zvedla, obsadila, nebo vytvořila, tento předmět se nestane vlastnictvím, dokud se členové společnosti ve velkém neshodnou, mlčky či výslovně, že tomuto předmětu udělí atribut předmětu vlastnictví tím, že sebeomezujícím způsobem upraví své chování ve vztahu k onomu předmětu.”

<sup>42</sup> Velmi vtipně to podává Milan Kindl v učebnici *Občanské právo procesní* (Kindl, Šíma, David 2005: 12an.). Například i těmito slovy „Konečně pes nám může stokrát uvěřit, že je naším majetkem, ale aby tomu tak opravdu bylo, je třeba, aby to respektovali nikoli ostatní psi, ale právě ostatní lidé. Pes je v našem vlastnictví naopak dokonce i tehdy, pokud on sám tomu vůbec nevěří.“ (Kindl, Šíma, David 2005:13) Druhá věta této ilustrace je ovšem v kontextu antropologickém uplatnitelná jenom s výhradou.

<sup>43</sup> K tomu srv. historickou studii V. Urfusa (2001), zvláště s. 60an., kde Urfus dokládá, že po té, co v rané novověké právní teorii zvítězilo pojetí vlastnictví jakožto *dominia*, panství nad věcí, proměnil se jeho obsah na *svobodu*, „možnost v mezích oprávnění (...) určitým způsobem svobodně jednat“ (Urfus 2001:61), což se následně stalo modelem pro pochopení představy individuálního oprávnění jisté osoby či subjektu.

(1954: 58, podtrhl Hoebel). Jde o velmi pregnantní doklad toho, že se Hart předchozím truismu v části o „zdrženlivosti“ nemýlí, nicméně říká to dost i o společenské podmíněnosti vlastnictví a síti společenských vztahů, které se k němu pojí. Nemusí přitom jít o pouta totální, jak je popisuje Mauss (1999: 13). Dalším příkladem budiž již zmiňovaný jediný akceptovatelný důvod kumulace majetku u Inuitů – jeho rozdělení na slavnostech.

V posledním truismu, *omezenosti porozumění a síly vůle*, vidí Hart příčinu potřeby sankcí v právním systému, jakkoli jenom na podporu jeho dobrovolného dodržování. V tomto smyslu se nicméně podle mne jedná o smíšení dvou nesouvisejících věcí: hermeneutická obtíž komunikace přeci není tou hlavní příčinou sankcí. Sankce se uvalují především na ty, kteří pravidla porušují záměrně, nikoli proto, že by jim neporozuměli, jakkoli i „neznalost zákona neomlouvá“. Spíše než omezenost porozumění je tedy způsobuje sama svoboda lidského jednání, možnost odchýlit se od pravidla, „programu“ (i počítačové programy používají „sankce“, tedy příkazy typu IF NOT právě tam, kde reálně hrozí jiný než očekávaný výsledek předchozí operace, při běžných operacích jsou „sankce“ zbytečné a případné odchylky jsou považovány za chyby a jenom v této rovině zohledňovány).

Než k ní ovšem přistoupíme, zbývá zhodnotit relevanci jeho „minimálního obsahu přirozeného práva“ v celku. Jak jsme na předchozích stránkách nadnesli, o jeho pěti truismech nelze říct, že by byly nepravdivé nebo mylné, nelze ovšem říct ani to, že by věrně a výstižně popisovaly skutečnost. Samotné truismy jsou povětšinou banální konstatování, z nichž některé (především druhý, třetí, ale do značné míry i ten první) prostě popisují člověka jako biologický druh, aniž by jej od jiných biologických druhů odlišili (příležitost poukázat na svobodu lidského jednání je pak promarněna odkazem na „omezenost porozumění“) a dokonce aniž by zohlednili etologicky běžné způsoby řešení těchto východiskových daností u zvířat, která se na řešení lidská více než podobají (to platí zvláště u druhého truismu, který by měl znít spíše jako paradox: ač jsou si lidé víceméně rovnocenní, přesto se v každé lidské společnosti vyskytuje *autorita*, jíž se ostatní do jisté míry a jistým způsobem podřizují). To je jistě dané tím, že v čase sepsání *Pojmu práva* byla etologie stěží v plenkách a sociobiologie ani tam ne. I ve světle již tehdy známých antropologických dat ovšem tento soubor truismů a zejména jejich důsledků neobstojí, aniž by musel podstoupit revizi či doplnění podstatné části

tvrzení. Nutno ovšem dodat, že je to většinou důsledkem jeho spekulativního původu a ne případných etnocentrických předsudků autora. Shrňeme-li, Hartem předložený „minimální obsah přirozeného práva“ není plně kompatibilní s poznatky moderní antropologie, neboť jakkoli se snaží reflektovat lidskou přirozenost, jeho východiska i důsledky jsou přes deklarovaný analytický přístup do značné míry spekulativní a navíc pomíjejí jiné důležité oblasti regulace, jako například incestní (exogamní) pravidla<sup>44</sup>.

### *(2.2.2) Model pravidel jako epistemologický přístup k právu*

V předchozí části analýzy Hartova *Pojmu práva* jsme se zaměřili na jím vymezen „minimální obsah přirozeného práva“ jakožto více-méně explicitní odkaz k tematice právní antropologie. Ve následující části se budeme věnovat kritickému čtení vlastní argumentace této práce, a to v zásadě chronologicky – jak se postupně ukáže, i největší výtky se budou objevovat a dokreslovat postupně.

Prvním krokem Hartovy argumentace je identifikace vnitřního a vnějšího aspektu (sociálních) pravidel a nutnosti studia obou, máme-li se dobrat jejich skutečného významu a obsahu. Ilustruje to slovy, že pokud „pozorovatel neústupně trvá na vnějším hledisku a nesnaží se vysvětlit, jak členové skupiny, kteří pravidla akceptují, vnímají své obvyklé chování, nemůže jejich život vůbec popsat z hlediska pravidel, a tedy ani z hlediska takových pojmů záviselých na pravidlech, jako jsou pojmy závazku či povinnosti“ (2004: 98). Tento krok tedy vlastní analýze *předchází*, nicméně vymezuje *epistemologické* předpoklady zkoumání práva vůbec, a tudíž i analýzy, kterou následně Hart předvádí.

Srovnáme-li tento přístup s teoretickými (a epistemologickými) pasážemi antropologických prací, zvláště již několikrát citované Hoebelovy (1954) a Pospíšilovy (1971, česky ve zkrácené podobě 1997), najdeme pozoruhodnou podobnost. Hoebel vymezuje<sup>45</sup> tři možné způsoby studia práva: „ideologický“, který pátrá po ideálních vzorcích, „pravidlech“; „deskriptivní“, který zkoumá praxi;

<sup>44</sup> Srv. například Rouland 1995: 78-9.

<sup>45</sup> V knize *The Law of Primitive Man* (1954) na s. 29an., tam je popis těchto tří způsobů ilustrativní a přehledný. Teoretickým zdrojem a inspirací tohoto popisu je úvod metodologické části Llewellynovy a Hoebelovy práce *The Cheyenne Way* (1941: 20-9), která je zjevně z pera K. N. Llewellyna. Ta naopak vyniká spíše syntetickým pohledem a teoretickou rozvláčností než přehledností.

a konečně „eklektický“, který hledá případy sporů, problémů, tedy právo „při díle“ ve chvíli, kdy je právě nejlépe viditelné. Tomu prvnímu vyčítá, že ač je cestou k právu, „pokud po [této cestě] jdeme jako po hlavní dálnici, přicházíme příliš hladce a rychle k takové formulaci práva, která příliš mnoho vynechává, příliš mnoho pomíjí, a způsobuje příliš rychlé přijetí toho, že fasády a falešná průčelí podél dálnice představují skutečné budovy“ (1954: 34). Navíc je tato metoda závislá na abstraktivních schopnostech informátorů, která je veskrze kulturně podmíněna a u primitivnějších společností může být mnohem méně rozvinuta než samotný právní systém. Druhému zase, že svou přílišnou narativitou se přirozeně zaměřuje na hmotné právo (dokládá to poměrem „hmotněprávní“ a „procesní“ materie ve dvou pracích, které ji exemplárně představují), zatímco „právo prýští ze skulinek procesu“ (Hoebel 1954: 35). Tou pravou, vědeckou metodou zkoumání práva je tedy onen třetí přístup, zdůrazňující případy problémů a sporů, který ovšem nutně čerpá i z idealizovaných norem a který je nutně vřazen do celkového popisu společenské reality. Nicméně až popisem a analýzou sporů a jejich řešení je možné zjistit, zda vyřčené pravidlo není jen pravidlem „naoko“, zda obstojí ve výzvě svého porušení, což je jediná reálná podoba testování platnosti daného pravidla<sup>46</sup>.

Tato metoda je ještě zřetelněji uplatněna u Pospíšila (především v jeho práci *Kapauku Papuans and their Law*, 1958), který, jak sám na jiném místě explicitně říká, srovnává dva soubory principů: „těch, které jsou zakotveny v rozhodnutích, a těch, které jsou explicitně uvedeny ve formě pravidel“ (1997: 33). Již letmý pohled do jeho analýzy práva papuánských Kapauků pak odhalí konkrétní podobu této metody: Po abstraktním pravidle (kterých uvádí 121) následuje popis jemu odpovídajícího případu v přehledné podobě (případů je 176) – ovšem je-li k dispozici. U 48 pravidel následuje toliko slova „Nezjištěn žádný případ/spor“, po kterých někdy následuje dokreslující či vysvětlující komentář. U těchto pravidel

<sup>46</sup> V této souvislosti více než komicky (ač, dle mého, s dalekosáhlými neblahými důsledky pro právní povědomí i u odborné veřejnosti) působí odůvodnění rozhodnutí Ústavního soudu ČR spisová značka Pl. ÚS 7/03, dle něhož součástí právního řádu jsou i *leges imperfectae*, které ovšem, „neobsahující sankci, nejsou nezbytně výrazem neúplnosti právní regulace, a tedy nelze je bez dalšího spojovat s mezerami v právu,“ a tyto (pseudo-) normy jsou dle téže argumentace součástí právního řádu i přesto, že i při jejich flagrantním nedodržení nenastává žádná „obránná reakce“: Ústavní soud jim jakoukoli sankci přiznat odmítl, zároveň je ovšem nadále považuje za součást právního řádu, tedy za právo. V kontextu našeho zkoumání nutno dodat, že Hart nulitu za skutečnou sankci nepovažuje (právě v protikladu k Austinovi – 2004: 43an.), nicméně říká, že nulita je *součástí* takového (jak později ukáže sekundárního) pravidla (2004: 49).

tedy schází rozhodující test platnosti jakožto pravidel právních, jakkoli možná neschází ani vnitřní, ani vnější jejich aspekt dle Hartova vymezení. Co se pak týče samotných ilustrativních případů, ve více než polovině z nich (v 89) je řešení *odchylné* od uvedeného pravidla (Pospíšil 58 250), což dále dokládá potřebu obojího přístupu k právu.

Epistemologický přístup obou význačných antropologů se tedy od Hartova liší především v tom, že kladou důraz na *rozhodování* jakožto prvek analýzy práva přinejmenším stejně podstatný, jako popis či soupis abstraktních pravidel, a odlišný od prostého pozorování sociální praxe (právě tento bod Hart pomíjí). Je nicméně zřejmé, že v tomto bodě není Hartův přístup s tím antropologickým v rozporu, toliko není dostatečný (což je rozšířením zhojitelná vada).

### (2.2.3) *Systém a funkce pravidel*

Dalším krokem Hartovy analýzy je identifikace dvojího druhu pravidel – pravidel primárních a sekundárních – přičemž vznik sekundárních pravidel od vzniku pravidel primárních (a i dané společnosti) odděluje a tvrdí, že primitivní společnosti žijící toliko podle souboru primárních pravidel existují a byly popsány, a identifikuje nedostatky takové právní (či „právní“) regulace. Navíc dále tvrdí, že v jednodušších společnostech neexistují veřejní činitelé, a jelikož právě oni jsou ti, kdo především má dodržovat sekundární pravidla jako normy úředního chování, ztrácí při jejich absenci podstatnou část smyslu i existence těchto pravidel.

Tato argumentace je ovšem z pohledu právní antropologie zcela neudržitelná. Tvrdí-li Hart, že pravidla, podle nichž primitivní společnost žije, „především netvoří systém – jde jednoduše o řadu izolovaných norem bez jakýchkoli shodných či společných znaků kromě toho, že je akceptuje konkrétní skupina lidí“ (2004: 100), zcela ignoruje skutečnost, že i u „an-archických“ Inuitů (a dále pak u řady dalších, rozvinutějších společností) byl Hoebel schopen vyabstrahovat z jejich práva soubor koherentních postulátů a jejich důsledků, který nelze nenazvat systémem (1954: 69-70).

Hartovy další tvrzení o absenci možnosti jejich přesného vymezení, o jejich nutně statické povaze a o rozptýlenosti společenského tlaku jenom vycházejí z druhého základního omylu: tvrzení, že společnosti žijící toliko podle primárních

pravidel závazku (tedy bez pravidel uznání, změny a rozhodování) skutečně existují. Pikantní na celé věci je, že ač v samotném textu *Pojmu práva* Hart tvrdí, že „najdeme velký počet studií zabývajících se primitivními společnostmi, které tvrdí, že taková možnost [= společnosti bez jakéhokoli zákonodárství, soudů či bez veřejných činitelů] tu opravdu existuje, a navíc život takové společnosti [...] podrobně popisují“ (2004: 99), v poznámce k tomuto textu už volí opatrnější slova („Existovalo jen málo společností, v nichž by naprosto chyběly zákonodárné a soudní orgány a centrálně organizované sankce“) a jako příklad „rozboru nejbližší možnosti takového stavu“ volí mezi jinými i již citovanou práci Llewellyna a Hoebela *The Cheyenne Way* (1941), která ovšem při podrobném prozkoumání absenci zmiňovaných *funkcí* u Šajenů *popírá*.

Učebnicovým příkladem je případ Ležícího Vlka (Hoebel 1954: 24, Llewellyn a Hoebel 1941: 127-8, případ č. 17). Jeho koně si bez jeho přítomnosti a souhlasu půjčil přítel a nevracel jej. Ležící Vlk celou záležitost předložil náčelníkům své válečnické společnosti Jeleních Bojovníků, kteří věc vyřešili (poslali posla pro přítele, který si půjčil koně, ten přijel s omluvou a dalším koněm jako darem) a navíc stanovili nové pravidlo, a to zcela explicitním způsobem: „Teď utvoříme nové pravidlo. Nebude již žádné půjčování koní bez optání. Pokud kdokoli vezme věc, co patří jinému, bez optání, půjdeme a získáme mu ji zpátky. Navíc, pokud se ten, co ji vzal, pokusí tu věc nechat, dostane výprask.“ (Llewellyn a Hoebel 1941: 128).

V uvedeném případě vidíme i aplikaci rudimentárního „pravidla změny“, totiž vytvoření nového pravidla. U Pospíšila (1958: 165-6, případ 33, 1971: 214-232, shrnující odkaz v 1997: 74) nalezneme popis skutečné a radikální *změny* incestního pravidla patrisibové exogamie<sup>47</sup>: z úplného zákazu se stala dokonce preferovaná forma sňatku, a to ve dvou krocích. Při prvním sňatku, kdy překročil zákaz vnitrosibové exogamie jako takový<sup>48</sup>, se pravidlo změnilo společenskou akceptací tohoto manželství. Později, když si vzal své dvě sestřenice zještě bližšího příbuzenstva<sup>49</sup>, učinil tak již jako vesnická autorita - pohlavár<sup>50</sup>, *tonowi*, a tedy

<sup>47</sup> Jde o povinnost uzavírat sňatek mimo patrilineární sib (klan), což je rodová společenská struktura odvozující svou příbuznost po mužské linii od již neznámého či imaginárního společného předka (v tom je rozdíl od rodu nebo linie, kde je předek znám). K tomu srv. Maříková, Petrušek et al. 2000: 127, 135, 133, Murphy 1998: 77an., 115an., 110an., Pospíšil 1997: 27 pozn. \*\*\*\*.

<sup>48</sup> Bral si „FaFaFaBrSoSoDa“, tedy „otce-otce-otce-bratra-syna-syna-dceru“. Uvádím pro ilustraci vhodnosti antropologické metody pro přehledný záznam některých vztahů, které jinak mají kulturně podmíněné názvy a členění.

<sup>49</sup> FaFaBrSoDa

změnil právo direktivně. Navíc stanovil nový zákaz: brát si sestřenice z prvního kolena<sup>51</sup>, ač sám o jeho nutnosti nebyl přesvědčen – pokládal to nicméně za politicky vhodné (Pospíšil 1964: 284).

K existenci třetího typu „sekundárních pravidel“, přesněji jejich funkci vykonávající autority, je pak příkladů ze všech kultur světa zcela nepřeborné množství. Základem pro jejich pochopení je toliko uvědomit si, že se nemusí nutně jednat o osobu či orgán jakkoli podobný našim soudům, a že jeho primární funkcí není „říci, co je právo“ (jelikož ani primární funkcí práva rozhodně není „být“), ale řešit spory a problémy způsobem, který bude jako *oprávněný* vnímán<sup>52</sup>. Jen pro ilustraci uveďme několik nejbizarnějších i několik typických: kapaucký *tonowi* po (neformálním) zjištění skutkových okolností vede strany k řešení sporu přemlouváním, výhrůzkami, ale také tancem vzteku nebo brečením - to aby si získal jejich sympatie. U Mangů na Nové Guinei je popsán případ, kdy soudce beze slova vstal, odešel do své chýše, vrátil se s lukem a pořád bez slov začal ostřit šípy. Strany spor okamžitě urovnaly – o rok dříve totiž ukončil jinou hádku zastřelením narušitele klidu (oba příklady Pospíšil 1997: 35). Veřejnou hrozbu – vraha-  
recidivistu může u Inuitů odstranit kterýkoli člen společnosti, obvykle po konzultaci se všemi ostatními dospělými muži dané skupiny. Ani rodina oběti se pak nemstí: zřetelný to znak uznání *oprávněnosti* tohoto činu. (Hoebel 1954: 25-6). Exemplárním případem primitivního „mediátora“ jsou například „přebíhači“ („crossers“) u kalifornských Yuroků: „Poškozený Yurok, jenž měl za to, že jeho požadavek je legitimní, požádal o právní služby dva nepříbuzné z jiné než vlastní komunity. Obviněný pak udělal totéž. Těmto mužům se říkalo ‚přebíhači‘ – přebíhali tam a zpět mezi stranami sporu. Hlavní účastníci sporu se obvykle vůbec neseťkali. Po vyslechnutí důkazů obou stran a přelíčení ve světle relevantního hmotného práva vynesly přebíhači rozhodnutí ohledně náhrady škody podle ustálené, všem známé škály. Za přechozenou námahu a snahu dostal každý z nich kousek mušlové měny – ‚mokasín‘.“ (Hoebel 1954: 25). U Ifugaů je podobným prostředníkem *monkalun*, což není název úřadu, nýbrž *funkce* bohatého a

<sup>50</sup> Z anglického termínu „headman“, který označuje autoritu, s menší a omezenější mocí než náčelník, která na rozdíl od něj nebyla do úřadu nijak formálně uvedena. Srv. také Pospíšil 1997: 27 pozn. \*\*\*\*\*.

<sup>51</sup> FaBrDo

<sup>52</sup> Ostatně, ani soudem schválený smír podle platného občanského soudního řádu (zák. č. 99/1963 Sb.) nemusí být „po právu“ (tedy přesně odpovídat skutkovým a právním okolnostem případu), nesmí být toliko „v rozporu s právními předpisy“, tedy právu odporovat (§ 99).

věhlasného muže z nejvyšší společenské třídy, navíc s pověstí lovce lebek, kterého si „žalobce“ vybral pro vyřešení sporu. *Není* „advokátem“ žalobce, „snaží se přinést řešení sporu, které by bylo v souladu s obecně uznávanými kulturními standardy“ (Hoebel 1954: 115). Slavný je i případ muže s leopardí kůží u afrických Nuerů: na rozdíl od *tonowiho* nebo *monkaluna*, mužů s mocí a věhlasem, sám nemá moc ani prostředky, aby spor urovnal. Je to dědičná funkce s vnějším znamením – leopardí kůží. Jeho obydlí nicméně slouží jako posvátny *azyl*<sup>53</sup>, kam se může vrah uchýlit a přečkat, dokud neopadnou největší vášně. Poté může muž s leopardí kůží vyjednat kompenzaci za zabitého (Skripnik 2006: 84, Sokol (v tisku)).

Jako reakce na poslední Hartovy mylnou tezi o absenci veřejných činitelů (a tudíž těch, které sekundární pravidla oslovují především) postačí nyní poukázat zpět na několik již zmíněných příkladů či na antropologickou teorii práva jako takovou. *Monkalun*, *tonowi*, *přebíhači* – to vše jsou příklady společenských funkcí, které zahrnují aktivity, jež v naší tradici patří k obsahu funkce „veřejného činitele“. Na rozdíl od *muže s leopardí kůží* sice postrádají vnější znak své funkce či formální uvedení do ní, kromě *tonowiho* jde navíc o funkci situační v konkrétním sporu, ovšem neříká sám Hart, že mnohá pravidla, mezi nimi i to základní – pravidlo uznání – existují toliko jako společenská praxe? A právě tribunál veřejného mínění a praxe je v posledku měřítkem jejich oprávněnosti a úspěchu, měřítkem toho, zda jimi interpretované a aplikované právo převáží – nebo selže a spor se utopí v krvi msty.

#### (2.2.4) Sankce v právu

Ukázali jsme si tedy, že existence společností bez Hartových „sekundárních pravidel“ resp. jim odpovídajících funkcí, je nepodloženým tvrzením. Jako takové

<sup>53</sup> Institut azylu je jedním z vůbec prvních předpokladů vzniku práva i v oborech, kde dosud vládne msta. Jeho principem je právě *odložení* msty a bezprostředního násilí, což vůbec umožňuje její případné nahrazení *kompenzací*. Pozoruhodnou zprávu o „mobilním“ azylu podávají Llewellyn a Hoebel u Šajenů: vytvářela jej žena toho, kdo schraňuje posvátnou bizóní čapku, tím, že ze svých rukou vytvořila kruh. Tím vytvořila symbolickou chýši posvátné bizóní čapky, přičemž v chýši posvátné bizóní čapky mohl nalézt azyl i nepřítel (1941: 207). Jistou formou „azylu“ ostatně bylo i povolání *monkaluna* k řešení sporu – po dobu, kdy případ „řešil“, nemohla žádná ze stran pozvednout zbraně: jinak se octla ve válce nejen s druhou spornou stranou, ale také s rodinou mocného a bohatého *monkaluna* (Hoebel 1954: 121). V naší tradici známe útočištná města z Bible (Nu 35).

ovšem může z antropologického pohledu zastříť důležitost samotného *rozlišení* pravidel na „závazková“ a „jiná“, která vskutku mají odlišnou podobu a strukturu. Velmi příznačným rozlišením je již to nabízené Hartem: k sekundárním pravidlům se především nutně nepojí sankce (nulitu v případě pravidel změny přitom za sankci nepovažuje<sup>54</sup>), a to na rozdíl od pravidel primárních, kde je vynucující společenský tlak je vždy vážný natolik, že hrozí sankce (tresty) fyzické.

Zde je nutno se pozastavit u dvou okolností: zda je vynucujícím opravdu vždy společenský tlak a zda se vážnost tohoto vynucování dá opravdu měřit ve fyzické intenzitě sankce.

V první otázce Hart pomíjí něco, co se jinak celou jeho prací jako rudá nit táhne a v závěru explicitně tematizuje: právo může být a často je „kontrafaktické“, vnucované vládnoucí mocí a jejím aparátem, a to až po hranici své nemorálnosti (a nemorální právo samotným faktem své hluboké nemorálnosti status práva nepozbývá). I zkušenosti z mládeži v Protektorátu vedly Pospíšila k formulaci rozlišení mezi „zvykovými“ zákony (právem) a zákony (právem) autoritářskými jakožto dvěma ohništi schematicky znázorněné sféry práva, které se od sebe liší právě mírou *internalizace* ve společnosti. U zákonů zvykových vskutku vládní společenský tlak, jelikož je určujícím znakem je *opinio necessitatis* jakožto specifické vyjádření vnitřního aspektu těchto pravidel. To jistě může být přítomno i v zákonech původem autoritářských (které se pak v pomyslném schématu nacházejí mezi oběma jeho ohništi), nicméně tam být přítomno nemusí a často není, ba právě naopak. Mnohé autoritářské zákony se zejména ve válce nebo na okupovaných územích prosazují přes *odpor* většiny společnosti<sup>55</sup>.

V otázce sankcí narážíme opět na antropologicky dobře prozkoumaný terén, a to již proto, že v mnoha definicích práva bývají sankce s právem až ztotožňovány. I u Hoebela a u Pospíšila jsou sankce jedním ze základních atributů práva. Ovšem zatímco Hoebel zachovává fyzické síly jako nutné definiční součásti právní sankce („Nezbytnými znaky legálního donucení jsou obecný společenský souhlas s použitím (v hrozbě či skutečným) fyzické moci oprávněnou stranou, za legitimním

<sup>54</sup> V tomto bodě Hart z mého pohledu má a nemá pravdu. Má pravdu v tom, že nulita je skutečně zcela jinou formou sankce, než běžné sankce-tresty, již v tom, že může „trestat“ i nevinnou stranu (nedodrží-li jedna strana povinný postup pro uzavření jistého typu smlouvy, tato bude neplatná jistě i ke škodě druhé strany, která se porušení nedopustila). Nemá pravdu v tom, že nulita zde i přesto plní *funkci* sankce v trojdílné struktuře normy (hypotéza, dispozice, sankce), která se z povahy věci na vinu či nevinu neptá.

<sup>55</sup> Srv. Pospíšil 1997: 68an., 1958: 278an.

účelem, legitimním způsobem a v legitimním čase. To odlišuje sankci práva od sankce jiných společenských pravidel.“ 1954: 27), Pospíšil vyslovuje s takovým pojetím zásadní výhradu. Především považuje za chybu ztotožňovat intenzitu a účinnost sankce s intenzitou použití fyzické síly při ní. Základem účinnosti sankce totiž není tvrdost postihu, nýbrž její definitivnost, předvídatelnost a bezprostřednost. A právě účinnost sankce jej jediným důležitým kritériem její způsobilosti. Jak uvádí, u Kapauků je druhým nejvážnějším trestem v arzenálu *tonowiho* veřejné pokárání, „sestavující z ostrých výtek, urážení, obvinění a z výčtu viníkových zločinů a chyb, které často trvalo několik dní“ (1997: 54) – Kapaukové sami tuto sankci považují za nejúčinnější ze všech (Pospíšil 1958: 270). U Inuitů je zase zaznamenán případ muže, jemuž se říkalo Kajak – protože v mládí jeden kajak ukrad<sup>56</sup>. Tyto „pranířové“ metody vykazují vsutku vysokou účinnost. Důkazem budiž ostatně i to, že se začínají objevovat i v naší právní tradici (srv. veřejné seznamy pachatelů sexuálních deliktů, které zavedly některé státy USA).

### (2.2.5) *Právo a morálka – exkurs do filosofické antropologie*

Na závěr tohoto kritického čtení se podívejme na poslední zásadní téma Hartovy práce: jeho analýzu mravu a morálky. V morálce vidí normativní soubor pravidel závazku paralelní s právními pravidly závazku, který od právních pravidel v posledku odlišuje nejen nižší intenzita sankcí (pomocí které „morální“ a „právní“ pravidla odlišil v úvodu své analýzy), ale zejména pět (Hartovými slovy) „formálních“ znaků. Při jejich rozboru na čas opustíme pole pravé právní či sociokulturní antropologie a zkonfrontujeme je s filosofickou antropologií Jana Sokola, která ostatně ze sociokulturní antropologie rovněž vychází, pro srovnání s Hartovou analýzou se ovšem jeví mnohem vhodnější. Zdrojem nám pak bude zejména jeho *Malá filosofie člověka* (1998), *Filosofická antropologie* (2002), stať *Leges sine moribus vanae* z knihy Jana Sokola a Zdeňka Pince *Antropologie a etika* (2003: 105-111) a přednášky z jím vedeného kurzu *Moc, peníze, právo* (v tisku).

<sup>56</sup> Přednáška L. Pospíšila na Ústavu etnologie UK FF Praha, květen 2002.

Než se začneme zabývat samotnými znaky morálky, které Hart uvádí, musíme se pozastavit nad jednou okolností, kterou si při čtení Hartovy analýzy pozorný čtenář (a ostatně i Hart sám – viz dále) jistě povšimne. Hart mluví o morálce či mravu (pojmy používá *promiskue*) jako o v zásadě jednolitém fenoménu, přičemž podle potřeby zdůrazní jeho stránku společenskou (tlak) nebo osobní (svědomí). Náznak rozlišení se objevuje až v závěru analýzy, není ovšem nijak rozvinut<sup>57</sup>.

Jan Sokol identifikuje tři roviny tohoto fenoménu a navrhuje pro ně termíny mrav, morálka a etika, jakkoli jsou to v běžné řeči de facto synonyma (jedno slovanského, druhé latinského, třetí řeckého původu). Tou první je společenský *mrav*, jednání (či spíše chování) charakterizované vymezením „tak se to dělá“, „tak to dělají všichni“. Pro lidský život je velice důležitý, nahrazuje v podstatě instinktivní výbavu našich živočišných příbuzných, pomáhá sebeidentifikaci společenské skupiny (například rozdíly v intonaci nebo ve způsobu vázání šátku a pod.) a vůbec usnadňuje člověku jako nutně myslící bytosti život – jenom si představme, že bychom ráno pokaždé přemýšleli, jak pozdravit souseda. V tomto směru je mrav nesmírně účinným a jednoduchým regulativem, který nám uvolňuje ruce a hlavu pro tvořivější činnost. Význačným rysem mravních pravidel dále je, že nejsou tematizovatelná, v zásadě nejsou rozumně obhajitelná, jelikož se o žádnou úvahu nebo argumenty neopírají – tak „se“ to dělá. A zde narážíme na jeho základní obtíž: setkají-li se dva mravy, nastává možnost a zdroj konfliktu, neboť mrav v zásadě není a nemůže být lepší a horší, je toliko jejich a náš – a protože jak „oni“, tak „my“ neumíme odpovědět na otázku „proč?“, vzniká nutná dělící čára.

Posoudit, zda je to či ono jednání dobré nebo špatné, lze až po vykročení, emancipaci z mezí společenského mravu. To v exemplární podobě předvádí Sókrates v *Obraně*: „na které místo kdo se postaví [...] tam má podle mého mínění trvati a podstupovati nebezpečí, nic neuvažuje ani o smrti ani o ničem jiném kromě hanby“ (Obrana: 28e) a lapidárně shrnuje Bible: „Nepřidáš se k většině, páchá-li zlo.“ (Ex 23, 2). Tedy už nikoli neosobní konformita, ale osobní postoj a osobní příkaz jednotlivému člověku. Právě tak, jako jednotlivého člověka oslovuje biblické Desatero a na jednotlivého člověka (ne „společnost“) klade odpovědnost za jeho jednání. A neukládá při tom žádné sankce – ty patří do práva (jehož vymezení

<sup>57</sup> Srv. „existují také formy morálky, které sahají za hranice akceptované, sdílené morálky konkrétních společností,“ (Hart 2004: 182).

v Bibli Desatero následuje) nebo společenského *mravu*, jsou-li tyto požadavky v souladu s ním. Až zde vstupuje do hry „svědomí“ či Sókratův *daimonion*. Tuto již uvědomělou a o jasně formulované příkazy či pravidla se opírající vrstvu lidského chování nazývá Sokol individuální *morálkou*.

Existuje ovšem i vrstva třetí, která obě již zmiňované přesahuje. Právě tak, jako ze mne žádná pravidla silničního provozu a ovládnání motorových vozidel neudělají mistra světa v F1, ani při snaze o „to nejlepší“ v oblasti (mezi-) lidského chování mne již nemohou vést žádná pravidla. Tuto oblast „hledání nejlepšího“ nazývá Sokol *etikou*.

Pro Hartovu analýzu je důležitá zejména absence rozlišení mezi první a druhou z těchto vrstev, tedy mezi *mravem* a *morálkou*<sup>58</sup>. V náznaku je to patrné již při prvním Hartem uváděném rysu: důležitosti morálních pravidel jako jejich pojmového znaku. To jistě platí u pravidel vskutku morálních, stěží ovšem v tak vyhraněné podobě u pravidel společenského mravu. Ta, jelikož obvykle nejsou vůbec tematizována, mohou jen stěží jakýkoli atribut (uvědomělé) důležitosti mít. Nicméně i přesto bývá to, zda to s nimi společnost „myslí vážně“, pravidelně předmětem zpochybnění, obvykle ze strany dospívající mládeže. Nicméně skutečnost, že v této zkoušce starý mrav většinou v podstatě ob stojí a mladí „rebelové“ se mu postupně přizpůsobí<sup>59</sup>, vyjadřuje snad opravdu jistou podobu důležitosti, kterou i společenský mrav nese.

Ve druhém rysu je nedostatek způsobený touto absencí rozlišení patrný zcela zřejmě. „Lidská libovůle“ skutečně nemůže záměrně měnit pravidla mravu, ač jak Hart velmi trefně popisuje, (záměrná) společenská regulace na jiné úrovni *může* způsobit i změnu mravu. U morálních pravidel je však tomu zjevně jinak. Ty se jakožto pravidla *jednotlivce* oslovující a zavazující měnit jistě mohou i skrze záměrnou změnu (právě v důsledku působení oné etické vrstvy, tedy hledání toho nejlepšího). Ostatně, když Ježíš extenzivně vykládá význam příkázání „Nezabiješ!“ tak, že jej porušuje i ten, kdo se na bratra hněvá (Mt 5, 22), činí právě to.

Třetí rys, *dobrovolný charakter morálních přestupků*, se v tomto ohledu zcela rozplývá v jakési mlze. Kdy vůbec jsou přestupky proti jakýmkoli pravidlům omluvitelné slovy „nemohl jsem tomu zabránit“ nebo „nešlo to jinak“? Domnívám

<sup>58</sup> Pro jednoznačnost budou dále vždy, kdy budou použita v Sokolově smyslu, slova mrav, morálka a etika podtržena.

<sup>59</sup> „...a vlasy, vlasy kratší, jó bývali jsme mladší...“ zpívá J. Nohavica a popisuje tak typickou podobu mladické „rebelie“ i jejího odeznění.

se, že i zde by mohlo částečně pomoci ono rozlišení mezi mravem a morálkou, byť to nepovede k zevrubnému vyřešení celého problému. Pomůže to nicméně alespoň v tom směru, že nám z úvah vyloučí oblast morálky. V té se opravdu odpovídám spíše sám před sebou (a Bohem), omluva nesprávného jednání je proto možná snazší, rozhodně ale překérnějši: odpustit si musím především sám. Od této povinnosti mne naopak právo či mrav do značné míry osvobozují: shledá-li mne „soud“ (ať již jakýkoli skutečný, nebo „tribunál veřejného mínění“) neodpovědným za vykonaný přestupek, je zde vnější prvek, o který se při omlouvání svého činu mohu opřít. Mnohem důležitější než omluva „nemohl jsem tomu zabránit“ je tedy konstatování „nemohl jsi tomu zabránit“. V oblasti mravu a práva je tedy omluva vůbec možná, zda ovšem nabývá podoby načrtnuté Hartem se necítím být schopen posoudit. Jeho argumentace nicméně v tomto bodě není nijak přesvědčivá.

Posledním rysem morálních pravidel, který Hart uvádí, je zvláštní *forma morálního nátlaku*. Zde Sokolovo rozlišení poslouží jenom na pročištění jinak velmi přesné Hartovy analýzy, kterou v jistém bodě dokonce koriguje své již výše kritizované teze. Jde o otázku nátlaku, donucení a sankcí: uvádí zde, že hrozby fyzickou sankcí jsou *typickou formou* právního nátlaku – což je tvrzení zcela kompatibilní i s antropologickými daty. U morálních pravidel naproti tomu uvádí jako *typickou formu nátlaku* „[výzvu] k respektu vůči pravidlům, jako vůči něčemu, co je samo o sobě důležité a co podle všeho sdílají všichni, kdo jsou tím osloveni“ (2004: 180). Tuto formu nátlaku umíme zařadit zcela přesně: patří do oblasti společenského mravu. Příklady výtek, které Hart pro ilustraci zvolil („To by byla lež!“, „Tím bys porušil svůj slib!“), patří naopak spíše do oblasti morálky a častěji než výtkou blízké osoby budou výtkami vlastními, výtkami „svědomí“.

### (3) Dworkinova *Říše práva*

Na rozdíl od předchozí části je naše situace při analýze díla R. Dworkina poněkud komplikovanější. Za prvé, jeho dílu schází konstitutivní a nosný prvek typu Hartova *Pojmu práva* – svou teorii rozvíjel postupně, do značné míry v reakci na dílo svého učitele a předchůdce na Oxfordské univerzitě, a jeho nosnou linii proto tvoří dva soubory kratších článků a esejů, které postupně vyšly knižně pod názvy *Taking Rights Seriously* (1978, česky *Když se práva berou vážně* (2001), přeložil Z. Masopust) a *A Matter of Principle* (1985), a až na ně navazuje koncizní monografie *Law's Empire* (1986). Za druhé, z těchto prací jsem měl k dispozici jenom první a třetí, ve věcech týkajících se *A Matter of Principle* se proto musíme spolehnout na sekundární prameny, případně na Dworkinovo podání téže materie v *Law's Empire*. Třetím a nejzásadnějším problémem je, že na rozdíl od Hartova *Pojmu práva* je nelze Dworkinovo číst jednoduše jako samostatný sofistikovaný pokus o obecnou teorii práva. Mnohem větší prostor v něm zabírá vědecká a teoretická polemika – tedy právě ta pasáž *Pojmu práva*, kterou jsme v předchozí analýze téměř pominuli. To jistě není chyba, nicméně to již předem předznačuje značnou míru etnocentrického zaměření spisu na západní (a dokonce spíše anglo-americkou) právní kulturu – ostatně v *Law's Empire* se Dworkin zájmu o staré či primitivní systémy explicitně vzdává (1986: 107).

Nicméně se o kritické čtení tohoto díla pokusíme. Vzhledem k její shrnující a monografické povaze se zaměříme především na poslední článek onoho řetězu, knihu *Law's Empire* (1986, pro plynulost textu ji budu dále uvádět v pracovním překladu *Říše práva*<sup>60</sup>, prosté odkazy na stránky odkazují v této kapitole právě na tuto knížku), ovšem s významným přispěním již v předchozí části této práce hojně využívané učebnice J. W. Harrise (1997: 187-210), a to zejména co se týká *Říši práva* předcházející argumentace. Zohledníme (ač většinou bez explicitního odkazu) také další sekundární zdroje (Guest 1991, Davies a Holdcroft 1991), na které lze v případě hlubšího zájmu odkázat (to platí zejména o syntetické monografii S. Guesta).

Před samotným shrnutím zbývá ještě jedno vysvětlení: záměrem této práce zůstává kritické čtení z hlediska (právní) antropologie, budeme proto veskrze pomíjet hermeneutické detaily Dworkinovy argumentace, jakkoli jsou pro její rozvíjení leckdy klíčové. Ve Dworkinově pojetí jde veskrze o analýzu *našeho* pojetí práva, u níž nás nutně zajímá jenom výsledek, ač nijak nezpochybňuji její důležitost pro adekvátní uchopení Dworkinovy argumentace.

---

<sup>60</sup> Tak titul ostatně překládá i A. Gerloch při jedné z mála zmínek (s přeložením názvu) o této knize v české právní literatuře vůbec (2004: 272).

### (3.1) Shrnutí Dworkinovy argumentace

#### (3.1.1) Ostatní standardy

Dworkinovo dílo stojí na kritice pozitivistického přístupu k právu, a to ze zcela nových pozic než jsou ty zastávané přirozenoprávními teoretiky nebo zastánci právního realismu a jiných kritických proudů. Dalo by se snad dokonce říct, že jeho kritika jde z pozic zcela *opačných*.

Prvním krokem jeho kritiky je odmítnutí pojetí práva jako systému *pravidel* a *jenom pravidel*. Již v knize *Když se práva berou vážně* Dworkin argumentuje nutností zohlednění jiných typů standardů, z nich explicitně uvádí *principy* a *politiky*. Tyto standardy odlišné od pravidel (které budeme dále označovat souhrnně jako *ostatní standardy*), se od pravidel liší v několika navzájem souvisejících ohledech. Tak za prvé, mají „horizontální“ povahu, prostupují celým právním řádem, a i kvůli tomu mají mnohem obecnější podobu. Za druhé, neuplatňují se jako pravidla systémem „všechno nebo nic“: ostatní standardy „ukazují jistým směrem“ (Dworkin 2001: 48), tedy naznačují jistou tendenci v právním řádu, která se uplatní *nepřeváží-li* (srv. níže) jiné právní standardy. Na rozdíl od pravidel, která by alespoň v ideálním případě neměla být ve vzájemném rozporu, je protichůdnost ostatních standardů zcela běžná a nutná<sup>61</sup>, a proto se při jejich aplikaci (za třetí) přistupuje k jejich *vážení* (a ostatní standardy se aplikují, jenom *převáží-li* nad jinými standardy a jenom do té míry, aby to *uvyvážilo* neaplikování těchto jiných standardů), což je (za čtvrté) vyjádřeno již v jejich logické struktuře (to ovšem platí jenom o principech, které v logické struktuře obecně vůbec vyjádřit lze) s otevřeným antecedentem<sup>62</sup>. V případě *principů* a *politik* nabízí Dworkin i vlastní definici: „Politikou<sup>63</sup> nazývám takový standard,

<sup>61</sup> Mimořádně přesně to lze vidět při analýze vůdčích procesních zásad (což je také jistý typ principů), a to především v procesu civilním (srv. Winterová 2006: 76an.), ale také v procesu trestním (srv. Jelínek 2006: 103an., Císařová 2006: 56an.).

<sup>62</sup> K předchozímu srv. Dworkinův vlastní výklad (2001: 34-111, zejm. 48an.) případně komentovaný výtah z něj (Davies a Holdcroft 1991: 74an.), Harrisův výklad učebnicový (1997: 188-9), v českém prostředí pak zejména obsáhlý soubor statí pod názvem *Právní principy* (Boguszak 1999), z něhož přebíráme výklad Z. Kühna o logické struktuře normy (Kühn 1999: 94).

<sup>63</sup> Anglicky *policy*, tedy politikou ve smyslu „politiky zaměstnanosti“ a pod., nikoli ve smyslu *politics*, tedy „[oblasti] správy a vedení veřejných záležitostí“ (Sokol 1998: 343).

který vytyčuje cíl, jehož se má dosáhnout,“ „Principem‘ nazývám standard, který se má dodržovat nikoli proto, že to pomůže dosáhnout nebo zajistit nějakou ekonomickou, politickou nebo sociální situaci, která se považuje za žádoucí, ale proto, že je požaduje spravedlnost (*justice*), slušnost (*fairness*)<sup>64</sup> nebo nějaká jiná dimenze morálky (*morality*).“ (2001: 44). Vidíme tedy, že „platnost“ principů se částečně odvozuje od morálky (v Sokolově smyslu spíše mravu) a že tudíž není možné právní a morální oblast od sebe zcela oddělit. Je dobré si rovněž uvědomit, že při těchto ostatních standardech schází jakýkoli formální test platnosti typu pravidla uznání – svou platnost čerpají za zcela jiných zdrojů<sup>65</sup>.

### (3.1.2) Těžké případy

Ve druhém kroku přichází Dworkin s otázkou tzv. „těžkých případů“. S jejich pomocí demonstruje, že na pomezí jednotlivých pravidel, v „šedé zóně“ je obklopující, není pojetí práva omezeného na soubor pravidel s to případ vyřešit, a soudce se nutně uchyluje k argumentaci jinými standardy. Dworkin nicméně popírá, že by vytvářel nové právo – a dokládá to (v *Říši práva*) na příkladech několika slavných případů z americké právní historie, kde se soudci rovněž nepřeli o to, zda právo rozšířit, nýbrž o to, co právo (dokonce zákon) „řádně čteno“ vskutku praví<sup>66</sup>. Dworkinův přístup k právu je holistický – na každou otázku právní řád zná právě jednu správnou (nejsprávnější) odpověď, a to právě proto, že není tvořen jenom pravidly, ale i jinými, mnohem subtilnějšími standardy. Vezme-li se do úvahy celý takto vymezený právní řád, vždy lze nalézt právě jedno řešení, které na vznesený problém „pasuje“<sup>67</sup>. V rozdílu oproti pozitivistickému modelu pravidel jde Dworkin ještě dál: tvrdí, že bere-li se při rozhodování v potaz právní

<sup>64</sup> Tento překlad pojmu *fairness*, jakkoli obvyklý, je v kontextu práva obecně a Dworkinova díla zvláště více než nešťastný. V *Říši práva* označuje *fairness* *spravedlnost*, *řádnost* či *legitimitu* v oblasti vytváření rozhodujících orgánů (Dworkin 1986: 164-6), a tedy v posledku (jak to shrnuje Harris) „fair“ je synonymem „s podporou většinového mínění“ (1997: 199). V této práci proto nebudeme pojem „fairness“ překládat.

<sup>65</sup> Tento bod je důležitý z hlediska kontrastu Hartova a Dworkinova pojetí: Hart v dodatku ke druhému vydání *Pojmu práva* připouští, že do právního řádu patří i jiné standardy, jako například principy, z požadavku jakéhosi formálního „testu“ v podobě pravidla uznání ovšem neslevuje (2004: 256an.).

<sup>66</sup> Velmi průkazné je to v popisu případu Elmer – slavného případu vnuka, který zabil dědečka, by po něm dědil (Dworkin 1986: 15-20).

<sup>67</sup> Překlad dalšího svízelného Dworkinova pojmu – „fit“.

řád jako celek, tyto ostatní standardy vstupují do úvahy již od počátku, nikoli až selže-li snaha o řešení pomocí zákonných práv<sup>68</sup>. Je ovšem zřejmé, že k takovému holistickému přístupu a obsáhnutí právního řádu má každý živý lidský soudce, jakkoli by si to přál, velmi daleko. Dworkin proto přichází s fikcí nadlidského soudce Herkula, který právě obsáhnutí celého právního řádu, posouzení každé možnosti a výběru té nejlepší alternativy schopen je. Právě na něm předvádí svou argumentaci, nicméně tvrdí, že skuteční a nejlepší soudci rozhodují (pomaleji a méně přesně) podobným způsobem<sup>69</sup>.

### (3.1.3) Konstruktivní interpretace

Třetím krokem jeho kritiky pozitivismu je monografie *Říše práva* a po ní následující práce a eseje. Dworkin zde již zcela opouští „normativní“ diskurs: nemluví již o pravidlech a principech jako rozlišitelných entitách v rámci právního systému, ale posouvá se k více hermeneutickému pohledu. Říká, že „právní praxe [...] je *argumentační*“ (13, kurzíva Dworkin), místo principů mluví o „principiální argumentaci“ a přichází s modelem konstruktivní interpretace jakožto základního přístupu k právu. Při tom se musíme na chvíli přistavit.

Dworkin zde používá slova „interpretace“ ve specifickém významu, který pokrývá jenom část jeho běžného významu. Je to ten přístup k dílu (či věci obecně), který se toto dílo snaží vnímat (zpracovat, rozvinout) tak, aby bylo co nejlepší, aby se ukázalo v co nejlepším světle. Je to „interakce mezi účelem a předmětem“ (52), přičemž ovšem (a zde se inspiroje u klasika moderní hermeneutiky H.-G. Gadamera) účel se v textu nemá hledat, má se na něj „uvalit“: interpretace musí *aplikovat* záměr, intenci (55)<sup>70</sup>. I k právu přistupujeme obdobně: v první etapě („předinterpretací“<sup>71</sup>) identifikujeme složky, které tvoří

<sup>68</sup> Srv. Dworkin 2001: 165.

<sup>69</sup> Jelikož se při vlastním kritickém čtení aspektu rozhodování nebudeme věnovat, poukážme alespoň zde na Hoebelovo pozorování, i v Pákistánu 20. století byly soudní spory na úrovni nižší než nejvyšší spíše záležitostí prodloužení příbuzenských vazeb než důkazů a jejich zkoumání, tedy rozhodování tak, jak mu obvykle rozumíme (1965).

<sup>70</sup> Jako ilustrativní příklad uvádí Shakespearova *Kupce benátského*: dobrá dramatizace (interpretace) této hry bude nejspíš velmi odlišná od původního záměru autora, jelikož musí zohlednit *naši* dobu a kulturu (a tudíž jen stěží bude natolik *prima facie* antisemitská).

<sup>71</sup> V uvozovkách toto označení uvádí i Dworkin, jelikož si dobře uvědomuje, že již tento výběr „textu“ je interpretací (srv. 1986: 66).

součást práva, ve druhé (interpretační) vytváříme teorii, která je ukazuje v nejlepší světlo (tedy nikoli nutně „jak si to autor přál“), ve třetí (pointinterpretační) řešíme jednotlivé právní problémy. A to nehledě na to, zda jsme v pozici soudce, právního poradce či právního vědce a teoretika (Harris 1997: 190, Dworkin 1986: 65-6) <sup>72</sup>. Z toho ovšem mimo jiné plyne, že právo nemůže v jakékoli společnosti být, aniž by existovalo „dostatečné počátečné porozumění o tom, které praktiky jsou právními praktikami“ (91).

Zde přicházíme k prvnímu pro naše zkoumání důležitému závěru. Je-li tedy právo interpretační, jak Dworkin tvrdí, zahrnuje-li jakékoli uvažování o právu interpretaci, je nutně mylné domnívat se, že může být zbaveno hodnot a pomíjet souvislost s mravem, jak tomu je v teoriích H. Kelsena či H. L. A. Harta. Tyto okolnosti jsou při jakémkoli uvažování o právu přítomny vždy, od samého počátku, a tedy nikoli jako „berličky“, o které se lze opřít při rozhodování obtížných případů, což by někteří pozitivisté ještě připustili.

### (3.1.4) Účel práva a cesty k jeho naplnění

Právo je tedy interpretační, a to i jako celek. Co je *jeho* účelem? Dworkin odpovídá: „nejabstraktnějším a nejzákladnějším bodem právní praxe je usměrňovat a omezovat moc vlády následujícím způsobem. Právo trvá na tom, aby se síly užívalo nebo neužívalo (nehledě na to, jak užitečné by to bylo pro sledované cíle, nehledě na prospěšnost a šlechtnost těchto cílů) jenom tak, jak to umožňují nebo vyžadují individuální práva a povinnosti plynoucí z minulých politických rozhodnutí o tom, kdy je užití kolektivní síly oprávněné“ (93). Tuto tezi rozebereme podrobně v další části kapitoly.

Dworkin poté nabízí tři (pro tento účel vytvořené, ovšem z právněteoretické literatury čerpající) koncepce práva, které se k tomuto účelu jistým způsobem stavějí a různě odpovídají na tři základní otázky: „existuje důvod požadovat, aby byla veřejná moc uvedeným způsobem omezena?“, „jaký je to důvod?“ a „jaké pojetí konzistentnosti s minulými rozhodnutími tomu nejlépe slouží?“. Tyto

<sup>72</sup> Na jiném místě Dworkin uvádí: „Právníci jsou vždy filosofové, protože jurisprudencí je součástí pojetí toho, co to právo je, každého právníka, a to i tehdy, kdy je jurisprudencí nerozlišená a mechanická.“ (1986: 380).

koncepce nazývá „konvencionalismus“ (zhruba odpovídá „měkkému“ pozitivismu – existují jasné společenské konvence, které vymezují pravidla pro uplatnění moci, jejich účelem je právní jistota a předvídatelnost, a konzistentnost se omezuje na to, co z minulých rozhodnutí jasně plyne nebo je odvoditelné konvenčně akceptovaným způsobem), „právní pragmatismus“ (je to Dworkinova verze právního realismu: již na první otázku odpovídá negativně – neexistuje důvod rozhodování soudů takto omezovat a ani konzistentnost s minulými rozhodnutími sama o sobě nemá hodnotu, lidé nemají žádná zákonná práva, nicméně soudy se z pragmatických důvodů mohou tvářit, „jakoby“ je lidé měli), a „právo jako integrita“, což je jeho vlastní koncepce (ta opět odpovídá na první otázku kladně, nicméně zcela jinak na otázku druhou: důvodem omezení není jen předvídatelnost nebo jiná instrumentalita, ale „zabezpečení takové rovnosti mezi občany, díky které bude jejich společenství opravdovější, a která zvýší jeho morální oprávnění vykonávat politickou moc“ (96) – širší než u konvencionalismu je proto i odpověď na třetí otázku)<sup>73</sup>.

Konvencionalismu a pragmatismu se zde již dále nebudeme věnovat, toto shrnutí argumentace ukončíme vlastní Dworkinovou koncepcí práva jako integrity. Důležitým východiskem jeho úvah je to, že v politickém<sup>74</sup> sdružení (jako je třeba společnost) platí podobně jako v rodině či mezi přáteli závazky, které nazývá *asociačními* nebo *bratrskými*<sup>75</sup> *závazky*. Identifikuje čtyři jejich inherentní rysy: tyto závazky jsou *speciální* a týkají se lidí v rámci skupiny, jsou *osobní*, tedy mezi členy jednotlivě, nikoli vůči skupině jako celku, tyto povinnosti musí vyplývat z obecnější povinnosti *starosti* o dobro ostatních ve skupině, a tato starost musí být *rovnocenná* vůči všem členům (199-200). Do tohoto schématu pak zapadá identifikace integrity (obecně) jako hodnoty či ctnosti, kterou náš politický život uznává (186). Právě z práva na rovnocenné zacházení v rámci společnosti a v souladu s jejími standardy pak nutně plynou individuální práva a povinnosti jejích členů (Harris 1997: 193).

Do takto vymezeného pole staví Dworkin interpretační schéma, které výše zmíněné integritě může dostat. Tato interpretace musí v nejlepším možném světle zohledňovat celek tohoto pole, a to jak jeho dimenzi „pasování“ na konkrétní fakta,

<sup>73</sup> K předchozímu srv. Dworkin 1986: 94-6, Harris 1997: 191.

<sup>74</sup> Pojmu politika užívá Dworkin ve zjevně aristotelském smyslu.

<sup>75</sup> Dworkin používá více přívlastku *asociační*, nicméně přívlastek *bratrské* upozorňuje na jeden jejich důležitý rys a je v tomto směru velmi ilustrativní.

tak dimenzi „substantivní“<sup>76</sup>, v níž identifikuje tři momenty: „fairness“ ve výše uvedeném smyslu, spravedlnost (justice) ve smyslu práv a politických cílů, jak by je stanovil ideální zákonodárce, a „řádný proces“ ve smyslu, který mu zhruba přisuzujeme. Vedle těchto momentů ovšem stojí ještě integrita sama jako politická hodnota. Na pomoc opět přichází soudce Herkules, který všechny tyto dimenze je s to obsáhnout a náležitě zhodnotit, a na jeho kariéře nám Dworkin předvádí, jak by se rozhodování ve smyslu práva jako integrity mělo realizovat. Zde jeho výklad definitivně opustíme, neboť jde vskutku jenom o exemplifikaci tohoto přístupu, navíc doplněnou o časté exkurze do jiných, komplementárních teorií<sup>77</sup>. Jak Dworkin sám říká, jelikož jde o přístup, jeho základem nejsou odpovědi, ale otázky<sup>78</sup>. Odpovědi, které dává, reflektují politická a morální stanoviska autora (a jelikož Herkules je jenom představou, stanoviska Dworkinova) a mají proto opravdu jen ilustrativní význam (239). Naším cílem ovšem není sledovat teorii soudního rozhodování, jelikož v této rovině abstrakce nám antropologické údaje zcela scházejí. Z antropologické perspektivy se proto podíváme toliko na výše uvedený (nebo spíše z výše uvedeného plynoucí) pojem práva jako hermeneutické a tudíž interpretovatelné (a nutně interpretované) struktury.

---

<sup>76</sup> Zde se opět zcela vzdávám překladu – cokoli od „materiální“ po „podstatnou“ by bylo jenom matoucí.

<sup>77</sup> Za zmínku stojí především tzv. ekonomická analýza práva, kterou Dworkin používá v argumentaci v osmé kapitole. Zvláštní je především to, jak nevhodný příklad na její ilustraci Dworkin zvolil: na jednu stranu postavil snížení zisku železniční společnosti kvůli snížení rychlosti, na druhou snížení zisku farmáře kvůli podpálení jeho pole u dráhy z jisker odletujících od příliš rychle jedoucího vlaku. S oběma pak zachází jako se škodou – což je ovšem zásadní omyl, neboť zatímco u železniční společnosti je škodou skutečně jen ušlý zisk, u farmáře jde o celou hodnotu úrody, z níž je zisk jenom částí. Stálo by za podrobnější úvahu přezkoumat, zda jde jen o nešikovný výběr příkladu, nebo inherentní neadekvátnost tohoto přístupu pro analýzu právních problémů.

<sup>78</sup> Již v knize *Když se práva berou vážně* ostatně mluví o rozhodování „s pokorou“ (2001: 171).

## **(3.2) Kritické čtení Dworkinova díla**

### *(3.2.1) Systém pravidel nebo interpretovaný celek?*

Začněme u prvního Dworkinova důležitého tvrzení, podle kterého právní řád není redukovatelný na systém pravidel. Hartovo pojetí, na které touto tezí Dworkin reaguje, jsme v předchozí kapitole záměrně pominuli, a to právě s výhledem na Dworkinovu kritiku, která je příležitostí tuto problematiku projednat komplexně. Pro jistotu zdůrazněme: nepůjde o nalezení „pravdy“, ale o prozkoumání, které z obou pojetí více „sedí“ na právní skutečnosti z antropologického hlediska.

Zrekapitulujme: koncepce Hartova postuluje systém pravidel (případně i principů, jak připouští v *Dodatku*) jednoznačně identifikovatelných podle obecně uznávaného *pravidla uznání* jako součásti tohoto systému. Dworkin naproti tomu staví pojetí, které se nesnaží právní řád takto definovat, přistupuje k němu hermeneuticky jako k celku, který nelze bezesbytku rozčlenit na jednotlivé komponenty a který je podroben interpretaci. Ke kterému se spíše kloní právní antropologie?

Po tom, co jsme k antropologickým datům uvedli v předchozí kapitole, by se mohlo zdát, že odpověď je zcela prostá a nasnadě: nevyhraněnosti a nerozlišenosti právního života archaických společností je mnohem bližší holistický přístup Dworkina. Věc je ovšem komplikovanější. Hoebel v každé kultuře identifikuje kritéria, která řídí nebo ovlivňují výběr sociálních praktik a která odrážejí základní postoje a představy (Hoebel říká „propozice“) lidé této kultury. Tyto kritéria, která ovšem nemusejí být plně ve vzájemném souladu – inkonzistence toliko nesmí být příliš veliká, nazývá „postuláty“ a z nich izoluje „právní postuláty“ jakožto ty, které se zabývají právními problémy (Hoebel 1954: 13-16). Posud by jeho postup odpovídal spíše Dworkinovu holismu. Nicméně podstatu práva vymezuje jako „speciálně vymezený soubor společenských norem, které se udržují uplatňováním ‚legálních‘ sankcí“ (1954: 15), a ač „společenskou normu“ nevymezuje úzce jako pravidlo, nelze pominout ani to, že ji zřetelně vnímá jako komponentu systému práva. Při samotné analýze nicméně normám nepřisuzuje nijak význačné místo –

to zaujímá soubor postulátů, které s pomocí pozorovaných společenských norem v jednotlivých kulturách identifikuje<sup>79</sup>.

Do jisté míry rozdílná je situace u Pospíšila. Jeho obecnou (epistemologickou) teorii práva jsme popsali v úvodu, zde je nutno připomenout, že právo také považuje za funkční, nikoli deskriptivní koncept<sup>80</sup>, a že jej vyvozuje z *principů* vyabstrahovaných z *rozhodnutí*. Přinejmenším ve druhé z těchto charakteristik to koresponduje s Dworkinovým přístupem, který rovněž vychází ze soudcovské argumentace<sup>81</sup>. Pospíšilův přístup se k tomu Dworkinovu blíží ještě v jedné základní věci: na rozdíl od Hoebela nepodává vlastní definici *formálního obsahu* právního řádu, a je-li nucen ji uvést, cituje slovník (Pospíšil 1958: 249). Při podrobnějším pohledu na vlastní jeho způsob, jakým nakládá s daty, se však od Dworkina do jisté míry vzdaluje. Nepodává syntetický výklad základů práva v řeči postulátů jako Hoebel, ani narativní postupný výklad jeho projevů jako Llewellyn s Hoebelem v *The Cheyenne Way*. Pospíšil uvádí utříděný soupis pravidel a jim korespondujících případů (jsou-li k dispozici). Tento soubor poté analyzuje,

<sup>79</sup> Pro ilustraci uvedme postuláty v této práci snad nejvíce citované kultury, Inuitů:

**„Postulát I.** Duchovní bytosti, a taktéž všechna zvířata následkem toho, že mají duši, mají emoční inteligenci podobnou té lidské.

Důsledek 1. Některé činy je těší, jiné probouzejí jejich hněv.

**Postulát II.** Člověk je v důležitých aspektech života podřízen vůli duší zvířat a duchovních bytostí.

Důsledek 1. Když nejsou spokojeny s lidskými činy, nebo je až rozhněvají, odpírají žádoucí věci nebo vypouštějí zlé síly.

**Postulát III.** Život je těžký a míra bezpečí malá.

Důsledek 1. Neproduktivní členy společnosti nelze podporovat.

**Postulát IV.** Všechny přirozené zdroje jsou volné nebo veřejné statky.

**Postulát V.** Je nezbytné všechny výrobní prostředky (lovecké náčiní, atd.) efektivně používat po všechen možný čas.

Důsledek 1. O použití věcí v soukromém vlastnictví mohou žádat i jiné osoby než jejich vlastníci.

Důsledek 2. Nikdo nesmí vlastnit více kapitálových statků, než může sám využít.

**Postulát VI.** Lidské já se musí realizovat skrze činy.

Důsledek 1. Jednotlivce nutno nechat jednat s minimem formálního usměrňování ostatními.

Důsledek 2. Měřítkem mužského „já“ je úspěšnost při získávání potravy a v soutěži o ženy.

Důsledek 3. Ti, kteří již nejsou schopni jednat, nejsou hodni žít.

Důsledek 4. Vytvoření nebo osobní používání hmotného předmětu vede ke zvláštnímu statutu ohledně „vlastnictví“ toho předmětu.

**Postulát VII.** Ženy jsou vůči mužům společensky méněcenné, ale nezbytné pro hospodářskou produkci a rození dětí.

**Postulát VIII.** Malá párová rodina je základní společenskou a hospodářskou jednotkou a je co do směřování svých aktivit autonomní.

**Postulát IX.** Pro bezpečí osoby a místní skupiny musí být chování jedince předvídatelné.

Důsledek 1. Agresivní chování se musí držet uvnitř definovaných mezí a omezeno jistými pouty.“ (Hoebel 1954: 69-70).

<sup>80</sup> Pospíšil to říká explicitně (1958: 248), vzhledem k povaze antropologických dat to ovšem zřejmě platí pro právní antropologii obecně.

<sup>81</sup> Srv. explicitně Dworkin 1986: 14.

vyklučuje z něj neprávnická pravidla, nicméně syntetický výklad Kapauckého práva jako systému nakonec *nepodává*.

Co z toho tedy plyne? Mám za to, že v tomto ohledu nelze *ani jednu* z předložených západních koncepcí jako nevhodnou a nepřiměřenou *odmítnout*, rovněž ale žádnou z nich jako *bez zásadních výhrad* (u Harta je to zejména důraz na pravidlo uznání jako formální test platnosti, u Dworkina zejména důraz na inherentní integritu právního řádu) *odpovídající přijmout*.

### (3.2.2) *Mezery v právu*

Přistavíme-li se při druhém bodě Dworkinovy kritiky, který ústí do popření možnosti mezer v právu, musíme si uvědomit především jednu zásadní okolnost. Dworkin je zde již plně vnořen do západního pojetí práva a moci, a konkrétněji funkčního *oddělení* zákonodárných aktů a (soudního) rozhodování. Z pohledu právní antropologie, jak zde byla prezentována, ovšem toto rozdělení zastírá podstatnou skutečnost, a sice že o tom, jaké *je* právo, se dovídáme až *ex post*, z rozhodnutí autority. V jistém smyslu je tato Dworkinova teze jenom rozvinutím jeho popření existence jakéhokoli „pravidla uznání“: nelze-li jednoznačně určit, jaké právo *bylo*, nelze na něm způsobit ani žádnou *změnu* rozšiřujícím výkladem. Jako existence popření pravidla uznání tato teze v kontextu právní antropologie ob stojí, nelze jí ovšem přitakat v tom, že by se tím mohla „zakrýt“ novost příslušného rozhodnutí. Připomeňme v této souvislosti jenom již výše zmiňované Jelení Bojovníky, kteří explicitně říkají: „Teď utvoříme nové pravidlo.“ (Hoebel 1954: 24, Llewellyn a Hoebel 1941: 128). Jistě, pomocí „politických argumentů“ by se snad i tento případ dal do kontextu Dworkinovy argumentace zařadit. Spíše než o osvětlení situace by ovšem v tom případě šlo o zamlžení povahy tohoto rozhodnutí a uplatněného přístupu.

### (3.2.3) *Předinterpretativní identifikace „právních věcí“*

Dostáváme se tak až k samotné Dworkinově interpretativní teorii práva. Než si rozebereme Dworkinem deklarovaný *účel* práva, řekněme si ještě několik vět

k tomu bodu této teorie, který se (i podle mínění pozitivistů) nejvíce blíží pozitivní teorii práva a v jistém smyslu (z jejich pohledu) umožňuje propojení obou těchto teorií. Jde o tzv. „předinterpretaci“ etapu, ve které identifikujeme standardy a instituce, které „tvoří“<sup>82</sup> právo. K tomu, jak tyto „právní věci“<sup>83</sup> identifikujeme, se Dworkin nijak explicitně nevyjadřuje, jenom konstatuje potřebu jistého minimálního konsensu na jejich rámci (1986: 91). Právě zde vidí někteří pozitivisti prostor pro průnik – tvrdí, že na této předinterpretaci rovině identifikujeme právní otázky pomocí něčeho, co lze nazvat i „pravidlem uznání“ (Harris 1997: 195, ostatně i Hart v *Dodatku* (2004: 263)) Tvrdí také, že právě v předinterpretaci etapě zůstává i v Dworkinově teorii prostor pro deskriptivní, a tedy hodnot prostou právní teorii.

Antropologická data zde ovšem svědčí spíše ve Dworkinův prospěch. Předně, jak jsme již uvedli, nic nesevědí teorii formálního identifikátoru – pravidla uznání. Dworkinova opatrná teze o minimálním konsensu se zdá mnohem lépe vystihovat povahu „společenských standardů“, z nichž archaická právní skutečnost vychází. Navíc, jak ostatně (opět opatrně) konstatuje i sám Dworkin, již i tato prvotní identifikace je interpretací, neboť právní skutečnosti a standardy nemluví samy za sebe: i jejich právní status jim musí přiznat interpret. Zvláště vhodným příkladem se zde jeví Pospíšilovo pozorování toho, jak Kapaukové sami rozlišují porušení prostých náboženských tabu a skutečného náboženského práva, jak jme již zmínili v úvodu (Pospíšil 1997: 53). To je „předinterpretací interpretace“ v čisté podobě.

#### (3.2.4) Účel práva

Dostáváme se k bodu Dworkinovy argumentace, který lze důvodně mít z antropologického hlediska za nejzásadnější, a to jeho vymezení účelu práva. Připomeňme, že jde (ve zkratce) o omezení a ospravedlnění používání donucení (1986: 93). Dworkin tento účel (ve zjevné argumentační nouzi) vydává za něco, na čem se diskuse o právu „zhruba shoduje“ (1986: 93), to ovšem i Hart rezolutně popírá (2004: 342-3). Naopak tvrdí, že „hledat nějaké další specifické účely práva

---

<sup>82</sup> Z hermeneutického hlediska ovšem právo tvoří právě až jejich interpretace.

<sup>83</sup> Tímto pojmem překládáme Llewellynovo „law stuff“, tedy pojem popisující různé věci, které k právu patří, aniž by je zbytečně přesně identifikoval (srv. Llewellyn a Hoebel 1941, Llewellyn 1949).

jako takového – vyjma toho, že poskytuje vodítka lidskému chování a normy pro jeho kritiku – je značně marnivé“ (2004: 343). Snadno dospějeme k závěru, že v tomto bodě se antropologická data kloní zcela k Hartovu pojetí. Donucení je vždy sekundárním rysem práva, jakkoli jeho rysem neopomenutelným. Především je ale jenom jednou z podob *usměrňování* lidského chování, které lze za účel práva považovat mnohem snáz. Připomeňme si jenom, že kapauský *tonowi* může strany k respektování svého rozhodnutí přimět i *pláčem*, který vzbudí jejich lítost, že i vlastnictví v jakékoli podobě spočívá v jistém přizpůsobení (a tedy usměrnění) chování ostatních vůči majiteli a věci, nebo ostatně i onen souboj písni, který je sice institutem práva jenom s výhradou, zato ovšem i spory právní povahy spolehlivě řeší.

Dworkin tedy v tomto bodě antropologické pojetí zcela mívá, a to zásadním způsobem, natolik, že to nutí k zamyšlení po příčině této skutečnosti. Lze ji, zdá se, najít v jeho díle samém. I toto vymezení účelu, ač stojí na počátku celé interpretační argumentace, je nutně jistým uchopením (a tedy interpretací) skutečnosti, navíc zajisté ve stylu interpretace konstruktivní, která ukazuje věc „v nejlepší světlo“. Dworkin sám se přitom, jak již bylo uvedeno, explicitně vzdává zkoumání jiných, minulých či primitivních právních systémů, a zaměřuje svou pozornost výhradně na právo západní, ne-li anglo-americké. To je kromě existence státní formy, dělby moci a celé řady institucí charakteristické také specifickým pojetím subjektivních *práv*, a to především v souvislosti s lidskými právy, jejichž deklarace se objevují v revolučních dobách v Americe a Francii jako svého druhu „volební program“ nové moci: Do těchto oblastí ti, občane, nebudeme zasahovat. Jde primárně o práva vůči *státu*<sup>84</sup>. Právě takto pochopená (a uchopená) práva jakožto „trumfy v rukou jednotlivců“ (Dworkin 2001: 12) Dworkin v celém svém díle brání. A interpretuje-li účel práva kreativním způsobem, toto jeho zaměření se při tom musí projevit.

---

<sup>84</sup> Listina práv (Bill of Rights (1791), tedy prvních 10 dodatků k Ústavě USA) byla „přijata pod tlakem antifederalistů“ (Balík 1999: 161), francouzská Deklarace práv člověka a občana (1789) měla „upřesnit hranice, které stát nesmí nikdy překročit“ (Císař 2003: 290).

### (3.2.5) Asociační závazky

Než přejdeme k závěrečné diskusi, zbývá nám prozkoumat čtyři rysy *asociačních závazků*, které platí v rodině, přátelství, ale i v politickém společenství, a činí z nich společenství *opravdová*. Jde o jeden z mála Dworkinových pokusů o deskripci – jak ale uvidíme, nikterak slavný. I tyto skutečnosti interpretuje, a to v souladu s celkovým zaměřením svého díla.

První rys, *specialita* těchto závazků a jejich vyhraněnost toliko vůči ostatním členům dané skupiny, je antropologicky snadno prokazatelný. Již jsme uvedli, že v mnoha jazycích spadá v jedno pojem označující člověka a příslušníka dané společnosti, a že i obecný zákaz vraždy se týká právě jenom lidí. Specialitu vnitroskupinových závazků (a vztahů) lze ovšem doložit i v jiných oblastech. U Ifugaů Hoebel identifikuje několikera pásma, v nichž se postupně radikálně mění mezilidské vztahy a zeslabují právní vazby. V „domovské oblasti“ se ke mstě uchyluje jenom velmi zřídka, a stane-li se tak, nepřátelství se rychle ukončí. Tato oblast ustupuje do „neutrálního území“, kde sice ještě žijí někteří příbuzní, ale není jich mnoho. Krevní msta je častější a „bere se při ní hlava“<sup>85</sup>. Za hranicemi „neutrálního území“ je „zóna krevní msty“ - příbuzných je zde již velice málo, problémem jsou permanentní vztahy krevní msty s jistými rodinami v této oblasti. Ještě dále pak je „válečná zóna“ - krajina mimo všechny svazky. Kohokoli odsud lze zabít od pohledu, do této oblasti se pořádají výpravy lovců lebek. (Hoebel 1954: 121-2)<sup>86</sup>.

S druhým rysem je to již ovšem jinak. Teze o nutně *osobní* povaze vnitroskupinových závazků zcela pomíjí skutečnost, že i tak základní koncept, jakým je vlastnictví, není často svázán toliko s jedincem, ale s celým rodem, jak jsme o tom již pojednali. Ať již jde o mancipační věci ve starém Římě nebo věci *ibuy* u Ifugaů, *podstatou* těchto majetkových koncepcí je, že momentální hlava, představitel rodiny má s tímto majetkem spojeny závazky týkající se *celého rodu*.

<sup>85</sup> Myšleno zjevně doslova – *monkalunova* pověst lovce lebek není metaforickým příměrem.

<sup>86</sup> I tyto válečné překážky lze ovšem překonat – význační a bohatí muži na obou stranách mohou mezi sebou uzavřít pakt zvaný *biayo*, což je jistá smlouva o vzájemné ochraně na území toho druhého. Pikantní je, že druhou skupinou „nepřátel“, která požívá imunitu vůči nenadálé agresi, jsou dvořící nápadníci (Hoebel 1954: 123).

Třetí rys *starosti* o dobro ostatních členů skupiny je zjevným případem morálního soudu, nikoli popisu jakéhokoli stavu – což je ostatně opět v souladu s celkovým vyzněním Dworkinovy teorie, nicméně v této podobě to má z antropologického hlediska jen malý význam. Čtvrtý rys *rovnosti* je na tom podobně, navíc vychází ze západního pojetí lidské svobody a osoby, a je tedy příkladem výrazně etnocentrického přístupu (ke kterému se, ovšem, Dworkin sám přiznává, jak již bylo opakovaně zmíněno).

## (4) Shrnutí a diskuse

V předchozích dvou kapitolách jsme se pokusili o shrnutí a kritické čtení základních prací moderní západní jurisprudence optikou antropologie jakožto vědy o člověku, která se programově zaměřuje na zkoumání „jiného“, abychom snad s pomocí takového pohledu mohli zjistit více i o sobě samotných. Jisté dílčí závěry obsahují již druhé části (vlastní „kritická čtení“) těchto kapitol, je ovšem případné provést i jisté celkové shrnutí. Právě to bude tématem této kapitoly.

### (4.1) *Hart*

Jak si čtenář snadno povšimne, Hartově teorii jsme věnovali mnohem větší prostor než té Dworkinově. Tato okolnost není nijak záměrná, vyplynula z povahy obou teorií. Ta Hartova je totiž již na té nejzákladnější rovině mnohem otevřenější vnějším zásahům a podnětům, a zejména konfrontaci s daty. I to je důsledek v zásadě deskriptivního přístupu, který Hart zvolil a lze pozorovat, že mnoha z antropologicky pochybných tvrzení se dopouští až tam, kde tuto metodu bez zjevné příčiny a bez ohlášení opouští – a to ať již jde o popis minimálního obsahu přirozeného práva vycházející z úvah raně novověkých filosofů-empiriků, nebo o popis rysů morálních pravidel, kde v jednom bodě přistupuje dokonce

k argumentaci ontologické. Ta sice sama o sobě a obecně problematická není, v kontextu celkově deskriptivního (a analytického) přístupu v celé knize ovšem vystupuje poněkud nešťastně.

Nejzásadnější výhradou, kterou lze z antropologických pozic vůči Hartově teorii vznést, je příliš tvrdá a vyhraněná definice základního identifikátora „právních věcí“, tedy pravidla uznání. Ta je důsledkem důrazu na právní jistotu, jednoznačnost, přehlednost a předvídatelnost, což jsou všechno hodnoty, které jako významné v právu uznáváme, nejsou však právu zcela inherentní, už vůbec pak ne v natolik výsadní pozici. Ostatně i v naší tradici je jejich geneze znatelná a přicházela v postupných krocích. Sepsání zákonů je historickou událostí, která právo výrazně proměňuje, a to nejen zvýrazněním jeho již citovaných vlastností, ale rovněž jeho podrobením veřejné reflexi a diskusi<sup>87</sup>.

Z tohoto hlediska se jako mnohem přijatelnější jeví opatrné vyjádření Dworkinovo, mluví-li o „jistém minimálním konsensu“ (1986: 91). Ten mnohem lépe než jakékoli „pravidlo“ odpovídá společenské praxi, kde jej všem hledá i Hart.

Na druhou stranu se z antropologického hlediska jeví jako velmi přínosné Hartovo rozlišení primárních a sekundárních pravidel jakožto dvou typů právní regulace s naprosto odlišnou strukturou i funkcí. Lze jistě zkoumat, zda „pravidla změny“ a „pravidla (soudního) rozhodování“ (pravidlo uznání z výše uvedených důvodů pomíjíme) pokrývají celou šíři těch „jiných“ pravidel, a případné zkoumání by pravděpodobně vedlo k negativní odpovědi. Nicméně již samotné rozlišení je momentem, který antropologické teorii práva ke škodě věci schází.

Druhým problematickým bodem v Hartově teorii je naprosté oddělení práva a morálky či mravu. Zdá se, že tento bod je do jisté míry důsledkem absence jiného rozlišení, kterého si Pospíšil naopak všímá, a to rozlišení pravidel podle stupně internalizace na autoritářská a zvyková. Toto rozlišení by ostatně mohlo být prvním krokem na cestě k přesnějšímu propojení mravu a práva i v deskriptivním pozitivněprávním přístupu.

Celkově snad lze říct, že je Hartova teorie z antropologického hlediska do značné míry použitelná a v mnohém i přínosná. Jelikož však i ty nejvypuklejší, v této kapitole zmiňované problémy se týkají jejích základních pilířů, nelze bez dalšího říct, že by byla z obou zkoumaných teorií tou zjevně lepší.

---

<sup>87</sup> Tak interpretuje sepsání zákonů v Athénách J.-P.Vernant (1995: 39).

## (4.2) Dworkin

U R. Dworkina je situace komplikovanější především ve dvou ohledech. Tím prvním je, že se sám zájmu o primitivní či archaické právo explicitně vzdává, případné styčné plochy jsou proto spíše mimoděčné. Tím druhým, že své dílo nepíše jako zcela samostatnou právní teorii, nýbrž staví na kritice teorií jiných a svou vlastní teorii předvádí mnohem méně explicitním (ač možná o to průkaznějším) způsobem.

Vydeme-li ovšem již jenom z těchto dvou komplikací, je zjevné, že ani Dworkinův přístup nebude pro primitivní (a vůbec „jiné“) právo nijak zvlášť vhodný. Příčinu je ovšem potřebné v posledku vidět v mnohem subtilnějších okolnostech, než tomu bylo v případě teorie Hartovy. Dle mínění autora této práce ji lze do značné míry nalézt v Dworkinově obraně subjektivních práv v podobě, jak jim rozumí moderní právo, což je podoba velmi specifická a pro popis exotičtějších právních skutečností (které navíc nemusí plynout z exotického právního řádu- srv. níže) ne vždy vhodná. Pro demonstraci tohoto bodu použijeme pojem vlastnictví<sup>88</sup>.

Vlastnictvím se římské právo (z něhož veškeré soukromé právo, přinejmenším kontinentální, vychází) zabývalo<sup>89</sup> zvláštním způsobem. Spíše než přesnému teoretickému vymezení<sup>90</sup> byla římskou jurisprudencí pozornost věnovaná jeho praktickým aplikacím a dopadům. Pozornost je tak věnovaná především jeho projevům, jako je držba, *possessio*<sup>91</sup>, přičemž vlastnictví jako

<sup>88</sup> Následující analýzu autor této práce přejímá ze své bakalářské práce obhájené na UK FHS v roce 2005 (Brezina 2005: 38-9).

<sup>89</sup> Následující výklad vychází především z kvalitní české učebnice římského práva (Kincl 1995), na kterou odkázat lze, a z přednášek a seminářů tohoto oboru, které autor této práce před několika lety na Právnické fakultě UK v Praze absolvoval – a na které žel bohu odkázat nelze. Předložený výklad, stejně jako korekce učebnicových zdrojů, ovšem není příliš závažný, jakkoli do této argumentace patří.

<sup>90</sup> Není to ovšem nic v římskoprávním kontextu nezvyklé: i řada jiných, pro nás typicky římskoprávních pojmů a institutů, se artikuluje až na přelomu letopočtů a adekvátně vymezuje ještě později – tak třeba pojmy *contractus* (objevuje se až za jednoho z posledních konzulů Scaevolu ve druhé, tedy přelomu letopočtů bližší polovině 1. století před Kristem, a to nejasně vymezen a bez pojmu závazku) či *obligatio* (ten se z pojmu smlouvy odvozuje, objevuje se až koncem 1. století po Kristu, a jako *vinculum iuris* je definován až jurisprudencí 3. či 4. století) (Gaudemet 2000: 24-6).

<sup>91</sup> Z lat. *possidēre*, mít v držbě, které souvisí se *sedēre*, sedět; *possidēre* tedy lze přeložit i jako „sedět na“ (truhlici s majetkem).

takové označují dva jiné pojmy<sup>92</sup>, z nichž každý zdůrazňuje jiný z ohledů vlastnictví: na jedné straně *proprietas*, kterým se zdůrazňuje osobní sepejetí majitele s předmětem vlastnictví (věc mu je *vlastní, propria*), na straně druhé pak panství, *dominium*, které zdůrazňuje ovládací moc nad předmětem.

V této kontroverzi, která se naplno rozvinula až dávno po pádu římského impéria, se nakonec prosadila koncepce *dominia*, aby však následně [...] proměnila svůj obsah. Vlastnictví jakožto *dominium* začíná být vnímáno jako *svoboda*, „jako možnost v mezích oprávnění [...] určitým způsobem svobodně jednat.“ (Urfus 2001: 61). Avšak nejen to. Citujme Valentina Urfuse dále:

„Nové pojetí vlastnického práva se totiž počalo stávat i čímsi více než jen novým pojetím vlastnictví – počalo se stávat jakýmsi obecným vzorem, jakýmsi modelem pro obecnou představu individuálního oprávnění, jehož nositelem je určitá osoba či subjekt. Vlastnictví počíná v tehdejších představách splývat s představou práva ve smyslu subjektivního oprávnění. Nové pojetí vlastnického práva se tak stalo východiskem k novému chápání subjektivního práva; možná ještě přesněji řečeno k tomu, aby pojem subjektivního práva byl v evropské právní kultuře poprvé jasně formulován tak, jak jej známe a užíváme dodnes.“ (Urfus 2001: 60).

A to vše se děje kdesi v hloubi 16. století, v rozkvětu humanismu (a tedy také zájmu o studium antiky). Slova *mít právo* teď v našich očích nabírají zcela nových rozměrů<sup>93</sup>. Používání slovesa *mít* v souvislosti s právy není toliko vyjádřením inherentní charakteristiky pojmu subjektivní právo, dokonce snad jím není vůbec – jde spíše o historicky a kulturně-civilizačně podmíněný pozůstatek proměny právního myšlení, které tento nový koncept zavedlo.

Tolik citace z předchozí práce autora této práce, i s odvážným tvrzením závěru. Jeho posouzení není pro nás pro tuto chvíli podstatné, důležitější je

---

<sup>92</sup> Viz Kincl 1995: 153an.

<sup>93</sup> Pro úplnost dodejme, že nejbizarnější konsekvence této v podstatě kruhové definice (je-li vlastnické právo definicí práva, pak i samo vlastnické právo je vlastně vlastnickým vlastnictvím) se ukázaly – a byly bezpochyby adekvátně vyřešeny – již v těchto dávných dobách. Více Urfus: „... u právních humanistů se výraz ‚dominium‘ stává označením pro subjektivní právo v obecném smyslu (...). Ve shodě s tím mohl např. Cujacius hovořit o ‚vlastnictví služebnosti‘ (dominium servitutis) a dokonce o ‚vlastnictví závazku‘ (dominium obligationis). Jakousi absurdní tečkou za těmito úvahami byla okolnost, že zmíněný pojem byl Cujacius ochoten uplatnit i na vlastnictví samo (...) ‚dominium proprietatis‘ (tedy volně vyjádřeno ‚panství nad vlastnickými oprávněními‘, jinak a prostě: vlastnictví jako subjektivní právo).“ (Urfus 2001:62).

uvědomit si naznačenou specifičnost západního pojmu vlastnictví a z něj odvozeného subjektivního práva. Obraťme se naposled antropologickým směrem: Pospíšil velmi názorně ukazuje, že fenomén, který bychom nazvali „pozemkové vlastnictví u Kapauků“, zdaleka neodpovídá jednoduchému vidění svobodné vlády nad předmětem vlastnictví. Daleko spíše jde o komplexní soubor práv a povinností, který se dokonce liší podle typu půdy, na který se toto „vlastnictví“ vztahuje, a mezi nimiž klasická trojice práv (držet, užívat, zcizovat) nemusí být vždy zastoupena v celku, ani nemusí tvořit jádro tohoto „vlastnického“ práva (Pospíšil 1997: 94an.)<sup>94</sup>.

Vidíme, že náš pojem vlastnictví zahrnuje jenom část (jakkoli ve většině případů esenciální) možných práv a povinností, které se k němu pojí. Vzhledem k jeho ústřední úloze v představách o právu (jak byla výše naznačena) jej ovšem přesto hledáme i tam, kde v našem omezeném pojetí není k nalezení. Příkladem budiž třeba nerosty ve výhradním ložisku nebo tekoucí vody, ale také lidské tělo a jeho orgány, kterým raději nepřiznáváme status věci, než abychom řešili složité otázky spojené s charakterem vlastnictví, které se k věci nutně pojí<sup>95</sup>.

V podobném duchu, ovšem z mezikulturního hlediska v ještě závažnější podobě, lze vidět problém i v abstraktnějších subjektivních právech, a to typicky právech lidských. I sám Dworkin přiznává, že „není samo o sobě zřejmé, že myšlenka individuálních práv je atraktivní. Nebo že alespoň není šílená.“ (1986: 192). Právě myšlenka individuálních lidských práv, díky souvislostem svého vzniku navíc oproštěna od souvislosti s jím korespondujícími povinnostmi, je ostatně z antropologického a mezikulturního hlediska snad největší překážkou hlubšího porozumění<sup>96</sup>. Odstranění této překážky (ve smyslu hlubšího promyšlení a podložení celé koncepce) je základním předpokladem toho, aby se jakákoli, tedy nejen Dworkinova, teorie založená na subjektivních právech mohla stát platformou mezikulturního dialogu, aby mohla být základem vzájemného pochopení právních vztahů.

<sup>94</sup> Z aktivních povinností vlastníka zmiňme alespoň převozní povinnost majitele kánoe u Yuroků (Hoebel 1954: 57).

<sup>95</sup> K tomu srv. Kindl a David 2005.

<sup>96</sup> Jan Sokol k tomu v rozhovoru poznamenává: „Koncept lidských práv je strašně důležitý, přitom je však formulován tak, že se v diskusi nedá obhájit. Kde se vzal? Neumíme ho vysvětlit a všechno to vypadá jako spadlé z nebe.“ (Sokol in: Beránek 2003:79)

Bez této korekce je ovšem Dworkinova teorie příliš spjatá se západním viděním práva a světa, a proto může z antropologického hlediska sloužit toliko jako zdroj inspirativních motivů doplňujících deskriptivní a analytické právní teorie (jako tu Hartovu nebo Pospíšilovu), nikoli jako svébytná teorie práva.

## (5) Závěr

Naše procházka hájemstvím práva antropologickou stezkou je u konce. Snad se nám podařilo poukázat alespoň na několik důležitých zjevů podél ní, snad se nám podařilo prokázat, že to je stezka schůdná, ač vyžaduje mnohem méně vzpřímený krok, než jakému jsme v obecné právní teorii uvyklí. Záměrem bylo osvětlit, zda je západní pojem práva použitelný na nezápadní, jinou právní skutečnost. Máme-li na tomto místě uvést hodnocení tohoto záměru, mělo by snad znít asi takto:

Západní pojem práva nereflektuje nezápadní či archaičtější právní skutečnost, a i tehdy, snaží-li se o deskripci a analýzu, sklouzává do etnocentricky předpojatého hodnocení či výběru popisovaných a analyzovaných skutečností. Přesto se lze domnívat, že za závojem této mlhy, která výrazně ztěžuje pohled, se skrývá zásadní možnost porozumění, což je dobrá zpráva, kterou je celé zamyšlení vhodné uzavřít.

## *Technická poznámka*

Citace a seznam literatury uvádím ve formě, kterou používá Jan Sokol ve své *Filosofické antropologii* nebo Peter Fitzpatrick v knize *The Mythology of Modern Law*, což v zásadě odpovídá standardu American Psychological Association<sup>97</sup> s drobnými odchylkami (např. v textu se odkaz na stránky příslušného zdroje uvádí za rokem vydání za dvojtečkou). Tento způsob považuji za velmi přehledný a mám za to, že výrazně ulehčuje orientaci v referencích

V textu odkazuji zásadně na rok prvního vydání příslušné práce v daném jazyce, který je v seznamu literatury uveden před lomítkem. To neplatí, jde-li o další vydání doplněné či pozměněné, pak odkazuji na něj (a datum původního vydání neuvádím). U překladů z cizího jazyka odkazuji na původní vydání příslušného překladu.

Všechny citace z anglických nebo francouzských originálů jsou mým dílem; je-li český překlad k dispozici, jenom jej v případě nutnosti koriguji.

Tato práce bude po obhájení zveřejněna na internetové adrese <http://pebr.wz.cz>, kde lze nalézt i kontakty na jejího autora.

---

<sup>97</sup> Stanoven je v knize American Psychological Association (2001): *Publication Manual of the American Psychological Association* (5th ed.). Washington: APA, na internetu dostupný například na adrese [http://www.dianahacker.com/resdoc/social\\_sciences/intext.html](http://www.dianahacker.com/resdoc/social_sciences/intext.html) (23.6.2005).

## Seznam použité literatury

- Bible* (český ekumenický překlad).
- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.* (1789). Staženo 23.6.2005 z adresy <http://www.justice.gouv.fr/textfond/ddhc.htm>
- The Bill of Rights.* (1791). Staženo 23.6.2005 z adresy [http://www.archives.gov/national\\_archives\\_experience/charters/bill\\_of\\_rights.html](http://www.archives.gov/national_archives_experience/charters/bill_of_rights.html)
- Balík, S. (1999). *Právní dějiny evropských zemí a USA*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk.
- Beránek, J. (2003). *Jan Sokol: Nebát se a nekrást*. Praha: Portál.
- Boguszak, J. (Ed.). (1999). *Právní principy*. Pelhřimov: Vydavatelství 999.
- Brezina, P. (2005). *Kde se bere právo? Esej k právní antropologii závazku*. Nepublikovaná bakalářská práce, UK FHS, Praha. (ke stažení na adrese <http://pebr.wz.cz>)
- Císař, J. (2003). "Právní dějiny Francie". In Kol., *Dějiny evropského kontinentálního práva* (s. 210-338). Praha: Linde.
- Císařová, D. et al. (2006). *Trestní právo procesní* (4. aktualizované vyd.). Praha: Linde.
- Davies, H. a Holdcroft, D. (1991). *Jurisprudence: Texts and Commentary*. Londýn, Dublin, Edinburgh: Butterworths.
- Davy, G. (1922). *La foi jurée*. Paris: Alcan.
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986/1991). *Law's Empire*. London: Fontana Press.
- Dworkin, R. (2001). *Když se práva berou vážně* (přel. Z. Masopust). Praha: OIKOYMENH.
- Fitzpatrick, P. (1992). *The Mythology of Modern Law*. London and New York: Routledge.
- Fustel de Coulanges, N. D. (1998). *Antická obec* (přel. J. Briksí, K. Mikšová a J. Sokol). Praha: SOFIS.
- Gaudemet, J. (2000). "Naissance d'une notion juridique: Les débuts de "l'obligation" dans le droit de la Rome antique". In *Archives de philosophie du droit* (Tome 44 - L'obligation): Dalloz.
- Gerloch, A. (2004). *Teorie práva* (3. rozšířené vyd.). Plzeň: Aleš Čeněk.
- Guest, S. (1991). *Ronald Dworkin*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Harris, J. W. (1997). *Legal Philosophies* (2nd ed.). Londýn, Edinburgh, Dublin: Butterworths.
- Hart, H. L. A. (1994/1997). *The Concept of Law* (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. L. A. (2003). *Právo, sloboda a morálka* (přel. A. Brörtl). Bratislava: Kalligram.

- Hart, H. L. A. (2004). *Pojem práva* (přel. P. Fantys). Praha: Prostor.
- Hendrych, D. et al. (2003). *Správní právo. Obecná část*. Praha: C. H. Beck.
- Hoebel, E. A. (1954/1973). *The Law of the Primitive Man*. New York: Atheneum.
- Hoebel, E. A. (1965). "Fundamental Cultural Postulates and Judicial Lawmaking in Pakistan." *American Anthropologist*, 67(6, Part 2: The Ethnography of Law), 43-56.
- Jelínek, J. et al. (2005). *Trestní právo procesní* (4. vyd.). Praha: Eurolex Bohemia.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State* (přel. A. Wedberg). Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Kincl, J. et al. (1995). *Římské právo*. Praha: C. H. Beck.
- Kindl, M. et al. (2005). *Občanské právo procesní*. Plzeň: Aleš Čeněk.
- Kindl, M. a David, O. (2005). *Úvod do práva životního prostředí*. Plzeň: Aleš Čeněk.
- Kühn, Z. (1999). "Pojem a role právního principu". In J. Boguszak (Ed.), *Právní principy* (s. 91-103). Pelhřimov: Vydavatelství 999.
- Llewellyn, K. N. a Hoebel, E. A. (1941). *The Cheyenne Way*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Llewellyn, K. N. (1949). "Law and the Social Sciences - Especially Sociology." *American Sociological Review*, 14(4), 451-462.
- Maříková, H. et al. (2000). *Sociální a kulturní antropologie* (2. vyd.). Praha: Sociologické nakladatelství.
- Mauss, M. (1999). *Esej o daru, podobě a důvodech směny v archaických společnostech* (přel. J. Našinec). Praha: Sociologické nakladatelství.
- Murphy, R. F. (1998/2004). *Úvod do kulturní a sociální antropologie* (přel. H. Červinková, 2. vyd.). Praha: Sociologické nakladatelství.
- Nietzsche, F. (2005). *Nečasové úvahy* (přel. J. Krejčí & P. Kouba). Praha: OIKOYMENH.
- Petříček, M. (1997). *Úvod do (současné) filosofie*. Praha: Hermann & synové.
- Platón. *Prótagoras* (přel. F. Novotný).
- Platón. *Obrana Sókrata* (přel. F. Novotný).
- Pospíšil, L. (1958/1964). *Kapauku Papuans and Their Law*. New Haven: Human Relations Area Files.
- Pospíšil, L. (1971/1974). *Anthropology of Law: A Comparative Theory*. New Haven: HRAF Press.
- Pospíšil, L. (1997). *Etnologie práva. Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy* (přel. I. Dubovický). Praha: SET OUT.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press.
- Rawls, J. (1995). *Teorie spravedlnosti* (přel. K. Berka). Praha: Victoria publishing.
- Rouland, N. (1995). *L'anthropologie juridique*. Paris: PUF.

- Skřejpek, M. (1999). *Ius et religio. Právo a náboženství ve starověkém Římě*. Pelhřimov: Vydavatelství 999.
- Skripnik, O. (2006). "Právo a spravedlnost". In J. Kružík (ed.), *Vita activa, vita contemplativa. Janu Sokolovi k sedmdesátým narozeninám* (s. 79-85). Praha: UK FHS.
- Sokol, J. (1998). *Malá filosofie člověka a Slovník filosofických pojmů* (3. rozšířené vyd.). Praha: Vyšehrad.
- Sokol, J. (2002). *Filosofická antropologie: člověk jako osoba*. Praha: Portál.
- Sokol, J., a Pinc, Z. (2003). *Antropologie a etika*. Praha: Triton.
- Sokol, J. (2004). *Člověk a náboženství: proměny vztahu člověka k posvátnému*. Praha: Portál.
- Sokol, J. (v tisku). *Moc, peníze, právo*.
- Soukup, V. (2004). *Dějiny antropologie*. Praha: Karolinum.
- Urfus, V. (2001). *Historické základy novodobého práva soukromého* (2. vyd.). Praha: C. H. Beck.
- Varga, C. (1985). "Anthropological Jurisprudence?" In *Law and Philosophy* (s. 437-457). Budapešť.
- Varga, C. (1994). *Law and Philosophy. Selected Papers in Legal Theory*. Budapešť.
- Večeřa, M. (1999). "Právní principy a jejich funkce v právu". In J. Boguszak (Ed.), *Právní principy* (s. 61-64). Pelhřimov: Vydavatelství 999.
- Večeřa, M. (2004). "Povaha a chápání práva." *Právní fórum*, 1(2), 81-87.
- Vernant, J.-P. (1995). *Počátky řeckého myšlení* (přel. M. Rejchrt). Praha: OIKOYMENH.
- Winterová, A. et al. (2006). *Civilní právo procesní* (4. aktualizované a doplněné vyd.). Praha: Linde.