

**UNIVERZITA KARLOVA**  
**FAKULTA HUMANITNÍCH STUDIÍ**  
**ANTROPOLOGIE**



**Dizertační práce**

Mgr. Tomáš Ledvinka

**Srovnání archaického obchodního systému, tradičního kupeckého  
práva a moderního práva obchodního**

**Archaic, Traditional Law and Modern Commercial Law: A Study  
of Their Comparisons**

Praha 2017

Vedoucí práce: Prof. Jan Sokol, Ph.D., CSc.

## PODĚKOVÁNÍ

Na tomto místě bych rád poděkoval především vedoucímu své dizertační práce panu profesoru Janu Sokolovi za jeho odborné vedení, neutuchající vstřícnost a podporu a za zprostředkování cenných vhledů z mnoha filosofických a antropologických oblastí. Dále bych rád poděkoval panu profesoru Leopoldu Pospíšilovi za jeho ochotu zevrubně mi vysvětlit různé aspekty jeho antropologického přístupu k právu a ozřejmit některé kapitoly z dějin právní antropologie a paní profesorce Marie-Claire Foblets za její vstřícnost a ochotu reflektovat mé texty nejen z perspektivy právně akademické, nýbrž i z hlediska implikací antropologického vědění pro právní praxi. Za časovou velkorysost a institucionální podporu náleží díky nejen Fakultě humanitních studií, ale také Max-Planckovu institutu pro sociální antropologii, zejména pak jeho oddělení „Právo a antropologie.“ Zvláštní dík v této souvislosti patří též pánům Bertramu Turnerovi a Brianu Donahoe za trpělivé čtení a zkušené reflektování různých verzí některých částí této dizertace. Za mnohé zajímavé postřehy kombinující kritiku a povzbuzení vyjadřuji své díky také paním Imen Gallala-Arndt, Kalindi Kokal, Annette Mehlhorn, Katayoun Alidadi a pánům Hatemu Elliesie, Philippu Goutovi, Jonathanu Bernaertsovi, Markusovi Klankovi a v neposlední řadě také Dominiku Müllerovi, kteří všichni patří, jak pevně věřím, k nastupující generaci právních antropologů. Jeden z díků patří i paní Keebet von Benda-Beckmann za její konzultaci ohledně dějin právní antropologie. Za konzultace ohledně jejich pojetí archaického práva děkuji panu doktoru Jiřímu Starému a panu docentu Tomáši Vítkovi. Za vstřícnost, ochotu a mnohé zajímavé vhledy do způsobu, jakým právní praxe zachází s cizími právními systémy, náleží můj dík paním soudkyním Elišce Galiazzo, Miroslavě Theissově, Soně Burešové, Haně Stehlík-Vodrážkové a pánům soudcům Miroslavu Skalovi, Jiřímu Grygarovi, Pavlu Simonovi, Davidu Vláčilovi, Jiřímu Zrůstovi, Zdeňku Pulkrábkovi, Dušanu Hrabánkovi, Petru Šukovi a Luboši Ptáčkovi, stejně jako paním Alžbětě Králové a panu Liboru Havelkovi. Zvláštní dík náleží též paním Karolíně Pauknerové, Pavle Belloňové, Haně Mankové, Monice Čáповé, Martině Kadlecové, Kristýně Bilákové a pánům Kibu Bauersfeldovi, Stephanu von Pohlovi a Tomáši Elbertovi a dále mnohým účastníkům tohoto výzkumu, kteří si přáli zůstat v anonymitě. Za pomoc s jazykovou korekturou zvláště děkuji paní Lence Thámové. Svou vděčnost bych rád vyjádřil i své rodině, zejména svým rodičům. Na závěr bych rád poděkoval také své ženě, která mě nikdy nepoznala jinak, než jako člověka pracujícího na tomto doktorském výzkumu. Jí a našemu synovi, jehož vstup do života značně prodloužil sepsání této dizertační práce, bych ji rád dedikoval.

## PROHLÁŠENÍ:

Prohlašuji, že jsem předkládanou práci zpracoval samostatně a použil jen uvedené prameny a literaturu. Současně dávám svolení k tomu, aby tato práce byla zpřístupněna v příslušné knihovně UK prostřednictvím elektronické databáze vysokoškolských kvalifikačních prací v repozitáři Univerzity Karlovy a používána ke studijním účelům v souladu s autorským právem. Prohlašuji, že tato práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze, dne 20. března 2017

.....

Mgr. Tomáš Ledvinka

## BIBLIOGRAFICKÝ ZÁZNAM

LEDVINKA, Tomáš. Srovnání archaického obchodního systému, tradičního kupeckého práva a moderního práva obchodního. Praha: Univerzita Karlova, Fakulta humanitních studií, 2017. 255 s. Vedoucí dizertační práce Prof. Jan Sokol, Ph.D., CSc.

## ABSTRAKT

Stará antropologická otázka srovnání mezi archaickým a tradičním obchodním právem na jedné straně a moderním obchodním právem na druhé straně je revidována prostřednictvím konceptualizace empirického výzkumu právních komparací uskutečňovaných v rámci reálných rozhodovacích procesů při fungování současného českého právního systému. Samo obchodní právo je konkretizováno na úroveň jediného právního institutu – práva reciprocity (*comitas gentium*) – který reguluje kooperaci právních autorit z různých zemí a různých právních systémů potenciálně dopadajících na přeshraniční obchodní spory. Práce se nejprve zabývá situovaností právního srovnávání v rámci azylového řízení (majetkový spor a feud v Jemenu). Následně v rámci mezinárodního civilního řízení (smrt obchodníka z ostrova Man). Poté se zaměřuje na obecnou povahu právního srovnávání v rámci *comitas gentium*. Idea srovnávání právních systémů jako autonomních sociálních jednotek je opuštěna v prospěch průzkumu komparativních praktik malé populace českých právních autorit. Tento průzkum poskytuje čtenáři množství otázek ohledně vlivu konkrétní organizace právní autority ve společnosti na poznávání práva druhých. Nakonec je věnována pozornost právním systémům regulujícím obchodní kontrakty v Afghánistánu v přeshraničních sporech. Tato práce se nesnaží dosáhnout závěrů na základě právních komparací, spíše se zaměřuje na limity a překážky dostupnosti pramenů (symbolických reprezentací) práva druhých, vyplývajících z mezikulturních přenosů právních systémů. Na tomto základě se autor pokouší postavit srovnání „archaického“ a moderního práva reciprocity jako dvou zásadně odlišných forem přeshraniční kooperace právních autorit probíhající za účelem řešení smluvních sporů vznikajících při přeshraniční směně: mezikulturní právní přenosy a právní sodality. Zatímco mezikulturní přenosy právních systémů jsou zkoumány ve fázi jejich opětovné lokalizace cizího práva v rámci českých soudních řízení, právní sodality jsou zkoumány na základě symbolických reprezentací práva v Afghánistánu, které doputovaly do téhož kontextu. Ačkoliv právní systémy v Afghánistánu mohou být nahlíženy jako příklad archaického práva (jako určitého protikladu k právní modernitě), představují spíše stanoviště právní odlišnosti od práva v České republice (příklad právní modernity). Archaické právní sodality a moderní mezikulturní přenosy práva jsou pak vztaženy k širším otázkám disciplinárního kánonu antropologie práva.

## ABSTRACT

The old anthropological question of the comparison between an archaic or traditional commercial law on one hand and a modern commercial law on the other is revisited using a conceptualization of an empirical study of legal comparisons performed within the real decision-making processes at work in the current Czech justice system. Commercial law is represented by a single legal institution – the law of reciprocity (*comitas gentium*) – which regulates the cooperation between various legal authorities and legal systems potentially entangled in cross-border commercial disputes. The thesis firstly focuses on the context-dependency of any legal comparison on an example of an asylum trial (property dispute and feud in Yemen), than at an international civil trial (dead of a trader from the Isle of Man). The idea of comparing legal systems as two autonomous social units is abandoned in favor of the study of the comparative practices of a small population of Czech legal authorities, which furnishes readers with plenty of questions about the impact of particular social organization of legal authority on the cognition of the law of the Other. Finally, the legal systems regulating exchange contracts in Afghanistan involving cross-border disputes, are explored. The dissertation refrains from drawing final conclusions using legal comparisons, instead it focuses on the limitations and barriers of marshalling evidence (symbolic representations) of the law of the Other, resulting from the intercultural transmission of law. Based on this, the author aims to compare the “archaic” and modern law of reciprocity as two fundamentally different forms of cross-border cooperation between legal authorities established to solve contract disputes resulting from cross-border exchange: intercultural transmissions of legal systems and legal sodalities. While the intercultural transmissions of legal systems are studied at the phases of the re-localization of foreign legal systems during Czech trials, the legal sodalities are explored on the basis of symbolic representations of law in Afghanistan, which travelled into the same context. Although the legal systems in Afghanistan may be seen as an example of archaic law (as an opposite to legal modernity), they rather represent a site of legal difference with the law in the Czech Republic (as an example of legal modernity). The archaic legal sodalities and the modern intercultural transmissions of legal systems are then related to the broader questions of the disciplinary canon of the anthropology of law.

## KLÍČOVÁ SLOVA

právní sodalita, mezikulturní přenos, comitas gentium, reciprocita, sociální organizace právní kognice

## KEYWORDS

legal sodality, intercultural transmission, comitas gentium, reciprocity, social organization of legal cognition

# OBSAH

1. ÚVODNÍ ČÁST .....	10
1.1 Vymezení tématu: Právo druhých a právo reciprocity.....	10
1.1.1 Reciprocita a právo reciprocity.....	11
1.2 Právo reciprocity jako konkretizace obchodního práva.....	14
1.3 Právo a směna v sociálních vědách.....	16
1.4 Právo v Afghánistánu a „archaické právo“.....	18
1.5 Metodologie výzkumu.....	20
1.6 Zpřesňování výzkumných otázek.....	24
1.7 Od komparace k prostředí komparace.....	26
1.8 Etnografický terén jako problém výzkumu.....	27
1.9 Kulturní determinace poznání práva druhých a právní věda.....	28
1.10 Praktický význam výzkumu.....	30
1.11 Překrývání disciplinárních perspektiv a kognitivní diskurz právních autorit.	32
1.12 Identita moderního práva a její vliv na poznávání práva druhých.....	37
1.13 Zacházka přes soud.....	40
1.14 Mezikulturní přenos práva jako problém legitimní autority.....	41
2. COMITAS GENTIUM: KOOPERACE VE VZTAZÍCH MEZI PRÁVNÍMI AUTORITAMI Z RŮZNÝCH ZEMÍ V PŘESHraničNÍCH OBCHODNÍCH SPORECH.....	45
2.1 Vymezování comitas gentium jako moderního práva reciprocity.....	45
2.1.1 Dva okrsky reciprocity.....	46
2.1.2 „Stín práva“.....	51
2.1.3 Antické a středověké odstíny comitas gentium.....	54
2.1.4 Comitas gentium a antropologie práva.....	58
2.1.5 Situovanost právních komparací v comitas gentium jako institucionálním a organizačním rámci.....	60
2.1.6 Právní věda a její vliv na uvažování moderních právních autorit o comitas gentium.....	62
2.1.7 Mezikulturní pojetí práva a právní autority.....	65
2.1.8 Jednostranný a vzájemný respekt.....	68
2.2 Proměny autority v mezikulturním přenosu práva.....	69
2.2.1 Vyčleňování právní autority z práva druhých.....	69
2.2.2 „Tabu“ právní autority v moderním právu.....	71
2.2.3 Středisko právní moci v comitas gentium a prokazování úcty.....	73
2.2.4 Konfliktní imaginace, prostorové aspekty moderního práva a pozvání cizího soudce.....	77
2.2.5 Comitas gentium a multiplicita právních systémů.....	79
2.2.6 Autonomie právní autority a její zajištění substituty práva druhých .	84
2.2.7 Ohrožení právní identity?.....	86



2.2.8 Zvláštní aspekty <i>comitas gentium</i> .....	88
2.2.8.1 <i>Pacta sunt servanda</i> .....	88
2.2.8.2 Přirozené právo soudců.....	91
2.2.8.3 Problém identity s právem a bez práva.....	92
2.2.9 Výsledné (třetí) právo a ztotožnění se zdrojovým kódem.....	93
2.2.10 Osa podobnosti.....	96
2.3 Třetí okřesek <i>reciprocity</i> .....	97
2.4 Hluboké prostory práva druhých.....	99
3. REPREZENTACE PRÁVA DRUHÝCH V <i>COMITAS GENTIUM</i> .....	102
4. ARCHAICKÁ ZDVOŘILOST NÁRODŮ? .....	116
5. PRÁVO <i>RECIPROCITY</i> : PRÁVNÍ AUTORITY RŮZNÝCH KOMUNIT V AFGHÁNISTÁNU A JEJICH VZÁJEMNÁ SPOLUPRÁCE .....	119
5.1 Objektivita afghánského práva .....	119
5.2 Daleko od doktríny .....	125
5.3 Symbolické reprezentace afghánského práva: „reformocentrismus“ .....	136
5.4 „Afghánské právo“ jako cizí právo: konceptuální schéma .....	139
5.5 Identifikace skutečných právních autorit .....	143
5.6 Multiplicita právních systémů v Afghánistánu .....	150
5.7 Mezi- a vnitroskupinové právní autority .....	152
5.8 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a afghánským státním právem...158	
5.9 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a právem šarija.....	161
5.10 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a orf(y), „zvykovými“ právními systémy .....	162
5.11 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a feudem .....	164
5.12 Nepsaná právní kultura .....	165
5.13 Právo <i>reciprocity</i> ( <i>badal</i> ) .....	168
5.14 Jiné měřítko práva.....	170
6. REPREZENTACE PRÁVA DRUHÝCH V AZYLOVÉM PRÁVU .....	177
7. ZÁVĚREČNÁ ČÁST.....	194
7.1 Právní systémy založené na <i>reciprocitě</i> .....	194
7.2 Zániková transformace práva jako problém mezikulturního přenosu .....	201
7.3 Právní <i>sodalita</i> .....	212
7.4 Rituální kontrakty: právo a čest .....	220
7.5 <i>Rerum extra commercium</i> .....	232
BIBLIOGRAFIE .....	243

# 1. ÚVODNÍ ČÁST

## 1.1 Vymezení tématu: Právo druhých a právo reciprocity

Právo stejně jako právní myšlení někdy žije ve své uzavřenosti a svázanosti místním prostředím, které je mu dáno do vínku pevnou bariérou státních hranic oddělujících jej od ostatních právních systémů. Tato pravda jako by v globální éře již neplatila, avšak jen částečně. Právo totiž i nadále představuje jeden z ustálených řádů, jehož narušování zvenčí je vnímáno jako nežádoucí – i nadále je vše nepatřičné, vymykající se ohraničenosti zavedeného pojmu práva vyčleňováno mimo říši ryzí normativity – anebo zůstává mimo teritorium státu. Jinak je tomu ovšem s žádoucími právními změnami, které jsou dobrovolně přijímány (například ve formě mezinárodních závazků). Právo spojené s určitým společenstvím přispívá jak k jeho vnitřní uspořádanosti, tak k vnější ohraničenosti vůči okolnímu světu, avšak i k regulaci otevřenosti vůči tomuto světu. Některá právní odvětví jsou spíše otevřená již ze své podstaty, neboť upravují z velké části vztahy překračující hranice států a společností. V případě mezinárodního práva je jeho referenčním rámcem společenství rozsáhlejší (například mezinárodní společenství). Avšak i toto rozsáhlejší společenství má své hranice. V případě obchodního práva jde například o smlouvy mezi stranami z různých států. Státy však zpravidla zůstávají referenčním rámcem obchodního práva. Státy a státní právo jsou někdy považovány za slupku civilizace, pod níž se tají hluboký prostor, ve kterém se lze setkat s právem druhých, archaickým či tradičním právem.<sup>1</sup> Takové právo se zásadním způsobem vymyká našemu modernímu chápání práva nebo je z něj vyčleňováno.

Právo druhých nás fascinuje pro svou exotičnost, pro svou (někdy pouze domnělou) vzdálenost v čase či prostoru. Jeho právní jinakost, odlišnost, rozdílnost, avšak i podobnost, stejnost, souměřitelnost či srovnatelnost, je užívána k vymezení identity našeho vlastního, moderního práva. Právo druhých lze také nahlížet jako klíč k pochopení identity nás samých, příslušníků kmene moderních lidí.<sup>2</sup> Právo druhých se tak může stát zdrojem naší pýchy i sebekritiky, když bezprostředně srovnáváme mezi „námi“ a „nimi,“ domácím a cizím

---

<sup>1</sup> V této práci jsou termíny archaické právo, tradiční právo a právo druhých užívány jako synonyma. Právo druhých v současnosti obvykle terminologicky nahrazuje archaické a tradiční práva a jejich různé varianty. Viz například CONSTABLE, M.: *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*. Chicago 1994; SAKRANI, R.: *The Law of the Other: An Unknown Islamic Chapter in the Legal History of Europe*. In *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 22 (2014): 90-118.

<sup>2</sup> LATOUR, B.: *We have never been modern*. Cambridge 1993, s. 101.

právním systémem, domácí a cizí právní kulturou. Komparace s právem, které vyvolává dojem ohromného stáří nebo ohromné odlišnosti, jsou také uchvacující. Právo druhých v důsledku toho často přitahuje veškerou pozornost a dává zapomenout na předpoklady, podmíněnost a kontext takových právních srovnání. Například nám dává zapomenout na otázku, jak se právní systém, nacházející se na nějakém vzdáleném místě, užívaný v nesrozumitelném jazyce a vyznačující se jinými prameny, dostane k nám. Co se musí udát, aby se mohl stát předmětem komparace nebo přímo aplikace v moderním kontextu? Tato práce na tuto otázku odpovídá tak, že jej někdo na onom vzdáleném místě sepiše a přeloží, poté získanou informaci přenesou do uspořádané textové struktury a umístí ji například na internet nebo do knihy. Jenže to by nebyla celá odpověď. V různých kontextech dochází k interakci právních systémů vždy poněkud jinak a sám mezikulturní přenos práva je, zdá se, omezen na kulturní okruh západních právních systémů. Poznání práva druhých tak může být například umístěno do restriktivního kontextu moderních právních rituálů. Paradoxem tohoto kontextu je, že se právu druhých na jednu stranu přiznává oprávnění působit na řešení sporu, zároveň však jsou jeho svébytné aspekty vyčleněny z jeho působení. Je tedy zároveň přijímáno i odmítáno, resp. modifikováno a redukováno.

V této práci se zabývám jediným kontextem právního srovnávání. V moderním právním kontextu jej lze z hlediska právní vědy klasifikovat jako aplikaci cizího práva. Takový sociální „mechanismus“ mezikulturního přenosu práva<sup>3</sup> a jeho následné aplikace však nenalezneme v kontextu každé právní kultury. Tento termín (aplikace cizího práva) je nevhodný například pro označení ekvivalentní „archaické“ situace v právních systémech Afghánistánu, které v této práci představují zástupce archaického či tradičního práva obchodního. Z tohoto důvodu, avšak i s ohledem na jeho určitou zploštělost, užívám raději z komparativního hlediska širší termín – právo reciprocit.

### **1.1.1 Reciprocita a právo reciprocit**

Reciprocita není totéž co právo reciprocit. Oba termíny se proto pokusím vymezit. Vzájemnost či reciprocita je v této práci především termínem užívaným soudci a juristy v kontextu aplikace cizího práva. Je to tedy termín specifický, odlišující se od běžného chápání reciprocit jako vzájemně podmíněného stejného jednání (dodržují smlouvu, protože tak činí i druhá strana). Ve zkoumaném kontextu se jedná o vzájemně podmíněné obdobné jednání (rozhodování) právních autorit ze dvou různých zemí. Toto právní rozhodování

---

<sup>3</sup> Podrobné vymezení otázky mezikulturního přenosu práva lze dohledat v oddílu 1.14 Mezikulturní přenos práva jako problém legitimní autority.

spočívá v uznání cizí právní autority domácím soudem, v uznání jejího práva na obecné rovině (ve formě jeho aplikace) nebo v uznání jejího konkrétního právního rozhodnutí, případně cizí jurisdikce v konkrétní věci. Tato reciprocita zpravidla zahrnuje i uznání rovného právního postavení cizinců a tuzemců. Rovné postavení cizinců a tuzemců sice již dnes zevšeobecnělo, avšak v některých případech může být i nadále podmíněno stejných chováním ze strany cizího státu. Tento specifický kontext reciprocity, který se vyznačuje podmíněností, stejností a přítomností právních autorit jako hlavních aktérů, lze samozřejmě vztahovat k obecnějšímu antropologickému pojmu reciprocity.

Z antropologických koncepcí tento typ reciprocity nejvíce odpovídá pojetí reciprocity, které nalezneme u Malinowského.<sup>4</sup> Avšak musíme jej modifikovat z hlediska kontextu aplikace cizího práva. Malinowski uvádí, že „hlavní princip, na němž se zakládají regulace skutečné směny, vyplývá z toho, že Kula spočívá v poskytování ceremoniálního daru, který musí být oplacen ekvivalentním protidarem po uplynutí určitého času, ať už je to několik hodin nebo dokonce jen minut, i když někdy může mezi těmito plněními uplynout rok či více.“<sup>5</sup> Zadruhé, „druhý velmi důležitý princip je, že ekvivalence protidaru spočívá na jeho poskytovateli a nemůže být vynucena jakýmkoliv druhem přinucení [...] jestliže protidar není ekvivalentní, obdarovaný bude rozčarován a pohněván, ale nemá k dispozici jakékoliv prostředky nápravy, prostředky přinucení svého partnera nebo prostředky k ukončení celé transakce.“<sup>6</sup> Tyto dvě citace jsou považovány za rozhodující pro porozumění reciprocitě,<sup>7</sup> avšak jsou z několika důvodů obtížné pro interpretaci. Zdají se navíc vzájemně rozporuplné, neboť zároveň postulují jednak určitou povinnost, jednak naprostou svobodu jakéhokoliv „dárce“ a „protidárce“ v úvaze, jak bude tato povinnost splněna (tedy třeba i nijak). Při interpretaci reciprocity z hlediska aplikace cizího práva je nutné vyjít z toho, že dar nemusí být jen hmotným plněním. Může jít i o projev úcty ve formě poskytování určité služby.<sup>8</sup> Takovou službu směřující vůči cizímu státu a jeho občanům je možné spatřovat i v aplikaci práva tohoto cizího státu při právním rozhodování.

---

<sup>4</sup> MALINOWSKI, B. *Argonauts of the Western Pacific: An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagos of Melanesian New Guinea*. Londýn 1922. MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. New York 1926.

<sup>5</sup> MALINOWSKI, B. *Argonauts of the Western Pacific*. op. cit., s. 95.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 96.

<sup>7</sup> DONOVAN, J.: *Reciprocity as a Species of Fairness: Completing Malinowski's Theory of Law*. In STEPIEN, M.: *Bronislaw Malinowski's Concept of Law*. Cham 2016, s. 94.

<sup>8</sup> MAUSS, M.: *Esej o daru*. op. cit., s. 13.

Jak se však dostaneme od reciprocity k právu reciprocity? Bohannan uvádí, že „reciprocita je základem zvyků,“<sup>9</sup> které lze v daném kontextu interpretovat jako obchodní zvyklosti. Aby se mohla stát základem práva, vyžaduje tzv. dvojí institucionalizaci, tj. zvyku musí dodat váhu ještě navíc právní rituál.<sup>10</sup> V kontextu moderních přeshraničních obchodních sporů je takovým právním rituálem aplikace cizího práva.

Právo reciprocity lze z našeho etnocentrického hlediska klasifikovat jako jádrovou oblast mezinárodního práva soukromého, tj. jako kodex upravující aplikaci cizího práva, uznávání a výkon cizích právních rozhodnutí a uznání cizích právních autorit, zejména v oblasti přeshraničních obchodních sporů. Dříve byl tento kodex často označován jako mezinárodní zdvořilost či zdvořilost národů (*comitas gentium*). S tímto pojmem se lze i dnes v této souvislosti setkat, frekvence jeho užívání je však velmi nízká. Mnohé soudy, aplikující cizí právo, se s ním nikdy neseťkaly. Zdvořilost národů (*comitas gentium*) však zahrnuje nejen preferovaný způsob chování, ale i mezikulturní přenos práva, který patří mezi technologické předpoklady preferovaného chování. Aplikace cizího práva je sice především projevem úcty vůči cizímu státu, avšak tento projev by nebylo možné realizovat bez předcházejících transferů a modifikací cizího práva. Jelikož v českém jazyce termín zdvořilost navozuje především představu o způsobu chování, upřednostňuji v této práci latinský termín *comitas gentium*, který dle mého názoru navozuje i představu určité technické sofistikovanosti, více odpovídající dané situaci. Západní, moderní variantou práva reciprocity je tedy *comitas gentium*, která je založena na mezikulturním přenosu práva a jeho následné aplikaci namísto domácího práva.

Jiné pojetí práva reciprocity, s nímž se setkáváme v této práci, pochází ze zpráv o právních systémech a právních autoritách v Afghánistánu. Na základě pramenů, z nichž tato práce vychází, se rozhodování sporů v prostoru Afghánistánu opírá jednak o mobilní právní autority, které konají soudy na základě pozvání, jednak o složené či kompozitní soudy vytvořené z právních autorit různých kmenů či jiných segmentů tamní společnosti. Ty jsou rovněž pozvány k souzení společné věci. Projev úcty spočívající v pozvání cizí právní autority za účelem řešení sporu je tak jakýmsi protipólem moderní aplikace cizího práva, která je také projevem úcty, avšak objede se bez přítomnosti cizí právní autority. Jelikož lze tuto „afghánskou“ variantu práva reciprocity do značné míry ztotožnit se zmíněnými mobilními a složenými právními autoritami, navrhuji označovat ji antropologickým termínem

---

<sup>9</sup> BOHANNAN, P.: *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*. Austin 1967, s. 48.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

právní sodalita. Tento pojem odkazuje na vyšší formu sociálního sdružování právních autorit (mezikmenový soud).<sup>11</sup> Moderní právní komparace se nicméně zpravidla opírají o představu striktně ohraničených, navzájem autonomních právních systémů (právních modalit).<sup>12</sup> Odlišný vztah k ohraničenosti právního systému a k překračování jeho hranic na úrovni právního rozhodování tak ustavuje protiklad mezi právní modalitou a právní sodalitou (v podrobnostech viz obecné závěry této práce).

Pro právo reciprocit (totiž obě jeho varianty) potom platí, že je křížovatkou právních světů (byť v každém ze zkoumaných případů zásadně jinak vymezených). Je rámcem či kontextem jejich setkání a směšování. Jedno právo v tomto rámci splývá s druhým. Je také místem intenzivního právního srovnávání v kontextu rozhodovacích procesů právních autorit, kde dochází k relativizaci rozdělení na náš svět a svět, v němž žijí „oni“ s odlišnou právní identitou. Jeho výzkum dává antropologický smysl v tom, že rozkrývá svébytné charakteristiky moderního práva, které v ostatních oblastech nejsou patrné. Jinými slovy, právní řád uvnitř moderního národního státu dokáže úspěšně udržovat představu své jednosti. V kontextu práva reciprocit je to nemožné, neboť v tomto rámci vstupuje do národního právního řádu právo druhých, často velmi odlišné.

Tato práce na sebe bere poslání zaměřit se právě na předpoklady, podmíněnost a kontext právních komparací západního obchodního práva s nmoderním právem druhých, archaickým či tradičním právním systémem regulujícím obchodní vztahy. Toto poslání je na jednu stranu skromné, na druhou stranu náročné. Skromnost spočívá v tom, že tato práce si neklade za cíl vystavět takovou komparaci, nýbrž pouze nastínit její problémy. Náročnost vyplývá z toho, že opustíme-li jednou kulturní okruh západních právních systémů, není možné nadále užívat symbolické klasifikace sloužící k uspořádání našeho chápání práva. Takže například, když cizí právní systém nezná nebo neužívá rozdělení práva na právní odvětví (například obchodní, občanské či trestní právo), je mnohem obtížnější identifikovat „archaický“ protipól ke konkrétnímu západnímu právní institutu a naopak.

## **1.2 Právo reciprocit jako konkretizace obchodního práva**

Právo reciprocit je klíčovou složkou obchodního práva, umožňující obchodní směnu navzdory ohraničenosti společností a kultur. Moderní mezinárodní zdvořilost (comitas

---

<sup>11</sup> Mezikmenový soud je nejpřiléhavější příklad právní sodality. Vnitrostátní právní systém (stejně jako vnitrokmenový právní systém) je naopak příkladem právní modalit.

<sup>12</sup> Viz předchozí poznámka.

gentium) i právní sodality, objevující se v prostoru Afghánistánu, jsou podmínkou i předpokladem obchodu. Právo reciprocity je součástí širšího kodexu pohostinnosti,<sup>13</sup> v jehož náruči obchod probíhá. V této práci se tak opíráme o užší pojetí obchodu, v němž se obchod odlišuje od směny v hranicích společnosti. S tímto pojetím se lze setkat například u Webera, který poukazuje na to, že „ve svých počátcích je obchod záležitostí mezi etnickými skupinami; neuskutečňuje se mezi členy téhož kmene nebo téže komunity, nýbrž je to v nejstarších sociálních komunitách vnější jev, zaměřený pouze na cizí kmeny“<sup>14</sup> a teprve později dochází k určitému zevšeobecnění obchodu a k jeho splnutí s trhem. Významný je i náhled Braudelův odlišující obchod od běžné směny jako „contre-marché (protitrh)“.<sup>15</sup> Obchod v tomto úzkém smyslu je tedy pouze obchod přeshraniční, překračující hranice lidských společenstev. Na rozdíl od směny, probíhající bezprostředně uvnitř určité společnosti či společenství, která se zpravidla opírá o důvěrné vztahy vyplývající z blízkosti v ohraničeném prostoru, obchod v úzkém smyslu probíhá mezi cizinci z různých společností či společenstev. Rovněž Simmel sdílí tento náhled, když uvádí, že „[v] celých ekonomických dějinách se cizinec všude objevuje jako obchodník, resp. obchodník se jeví jako cizinec.“<sup>16</sup> Takový obchodník – cizinec vchází zvenčí do společnosti, v níž dosud nemá zřejmý status, nejsou známy jeho záměry a jiné charakteristiky. Zejména však není známo, zda dodrží nebo poruší obchodní kontrakt, a jak jeho dodržení může být vymáháno, když opět odejde. Obchod s ním je tak vystaven mnohem vyšší míře rizika, než směna uvnitř společnosti se zavedenou právní infrastrukturou. Avšak postava obchodníka – cizince nemusí představovat jen rizikového partnera v obchodu. Je zdrojem mnohem širšího znepokojení. Jeho příchod může způsobit narušení ustáleného domácího řádu. Špatné zacházení s ním může vyvolat nepřátelství ze strany cizího společenství, z něhož pochází. Zároveň však představuje bohatství vnějšího světa, jehož nemalou část může prostřednictvím obchodu vnést do lokální společnosti. Mnohé společnosti proto vytvořily složité kodexy pohostinnosti kombinující otevřenost vůči cizincům a zároveň techniky umožňující eliminaci rizikových či potenciálně nebezpečných aspektů obchodování s nimi. Nesouhlas cizince s právním rozhodnutím, které může být třeba i oprávněně kritizováno proto, že upřednostňuje domácí obchodníky před cizími, může potenciálně představovat bezpečnostní riziko ve vztazích

---

<sup>13</sup> K vztahu práva a pohostinnosti podrobněji viz DE VILE, J.: *Jacques Derrida: Law as Absolute Hospitality*. New York 2011.

<sup>14</sup> WEBER, M.: *General Economic History*. New York 2007, s. 195.

<sup>15</sup> BRAUDEL, F.: *Dynamika kapitalismu*. Praha 1999, s. 33–34.

<sup>16</sup> SIMMEL, G.: *Peníze v moderní kultuře a jiné eseje*. Praha 1997, s. 27.

mezi celými státy, společnostmi či kulturami. Stejné riziko však může vyplývat i z pouhé jinakosti práva, neboť co je v jednom právním systému pokládáno za dobré jednání, může být v jiném vnímáno jako špatné a naopak. Možnost přerůstání nesouhlasu cizince s domácím právním rozhodnutím v bezpečnostní riziko je tak eliminováno právě projevem respektu k cizí právní autoritě, ať již ve formě aplikace cizího práva nebo jejího pozvání k řešení sporné věci. Na druhou stranu, v případě mezikulturního přenosu a jeho následné aplikace, je původně neznámé právo nejasných kontur podrobováno úpravám, které jej proměňují v právní systém tím, že jej umísťují do předem vymezených, ohraničených sociálních jednotek (stát, kmen, rodina). Obě varianty práva reciprocity (archaická i moderní) jsou součástí poměrně složitých kodexů chování zahrnující technologie přenosu a osvojení některých aspektů identity cizinců, které umožňují jejich přijetí a neutralizují potenciál jejich nepřátelství. Obě varianty práva reciprocity jsou formou interakce právních systémů, jejich vzájemné komunikace. Zanedbání nebo vynechání interakce mezi právními systémy je příznačné pro většinu právních komparací. Toto vynechání však může vést ke „ztotožnění vlastního systému hodnot se systémem všeobecným, vlastního já s vesmírem; v přesvědčení, že svět je jednotný,“<sup>17</sup> a může být tak z poznávacího hlediska zavádějící.

### 1.3 Právo a směna v sociálních vědách

V sociální a kulturní antropologii se nesetkáváme s dichotomií archaického (tradičního) a moderního obchodního práva jako takovou. Není nám proto přímo nápomocná. Daleko spíše se v ní setkáme s dichotomií archaické a moderní směny či s otázkou „podoby a důvodů směny v archaických společnostech“<sup>18</sup> a v moderních společnostech. O pravidlech těchto transakčních režimů, tedy o právu, se obvykle přímo nepíše jakožto o pravidlech. Jestliže o nich antropologové hovoří, zpravidla je nevnímají jako právo. Tím nechci naznačit, že všechna pravidla mají právní povahu, jen chci poukázat na absenci právního rozměru v chápání směny. Původní dichotomie archaického (či tradičního) a moderního práva, která měla překonat tezi o primitivním právu a jeho absolutní odlišnosti od moderních, západních právních systémů, prošla od svých počátků mnoha proměnami. Můžeme se s ní setkat u různých autorů v revidované podobě, často pod zcela odlišnými názvy (právo pravěké, primitivní, divošské, archaické aj.). Vztah mezi směnou a právem se však v pozdějších sociálních vědách spíše vytrácí. Můžeme zmínit například Bourdieua a jeho pojmy

---

<sup>17</sup> TODOROV, T.: *Dobytí Ameriky: Problém druhého*. Praha 1996, s. 54.

<sup>18</sup> MAUSS, M.: *Esej o daru, podobě a důvodech směny v archaických společnostech*. Praha 1999.



symbolické a ekonomické ekonomiky<sup>19</sup> vytvořené na základě konceptualizace sociálního chování ve společnosti alžírských Kabylů a v rámci moderní francouzské společnosti. Symbolický kapitál, o němž jde v symbolické ekonomice především, lze pokládat za revidovaný pojem cti. Rozlišení těchto dvou typů ekonomik na základě symbolického kapitálu tak připomíná variantu rozlišení kultur práva a kultur cti. Problém práva v ní však nenajdeme. Jiné artikulace, v nichž právní rozměr rovněž absentuje, nahrazují archaické a moderní monetárním a nemonetárním, osobním a anonymním, neformálním a formálním nebo jednoduše obchodním a neobchodním. Toto rozlišení tak poněkud emblematicky symbolizují dva pojmy: dary a komodity. Jelikož v sociální a kulturní antropologii nalezneme tak značné množství formulací a reformulací tohoto jednoduchého srovnání, jsou dary a komodity provázány v bohaté pojmové výbavě s mnoha jinými pojmy, jako například krevní msta, čest, kolektivní vina, komunitní vlastnictví, magie, iracionalita a zvyky na straně archaické směny a s jejich protipóly na straně moderní směny. Všechny tyto pojmy sice na právo odkazují, avšak právní rozměr je v nich zanedbatelný. Můžeme se tak setkat s představou, že poskytování darů je spjato s absencí práva, zatímco ekonomická směna je postavena na kontraktu jako základním právním nástroji, stejně jako s interpretací opačnou; totiž s představou, že obchodní dohody jsou věcí cti kontrahujících obchodníků, pro něž může být návrh jejich právního zachycení v písemném kontraktu urážkou.<sup>20</sup> Právo je tedy buď charakteristikou komoditního typu směny a jeho nepřítomnost je příznačná pro darový transakční režim anebo je tomu přesně naopak. Zdá se, že právo komplikuje tendenci orientalizovat směnu jako čistě archaickou či naopak ji okcidentalizovat jako čistě moderní. Proti této tendenci se v antropologii obvykle staví podrobné empirické výzkumy, které ukazují, že realita je vždy mnohem komplexnější, než aby ji bylo možno vtěsnat do takto dialekticky jednoznačných kategorií. Například Parry a Bloch<sup>21</sup> na základě souboru takových empirických výzkumů upozorňují na to, že rozdílnost mezi darovou a komoditní směnou neumožňuje kategorizovat kultury a společnosti. Tato distinkce nekonstituuje rozdíly mezi kulturami, nýbrž pouze uvnitř kultur. Etnografické popisy přesněji postihují realitu skutečné směny, v jejíž podrobnostech, při velmi detailním pohledu často právní rozměr směny nalezneme. Nebývá v nich však zpravidla reflektován.

---

<sup>19</sup> BOURDIEU, P.: *Teorie jednání*. Praha 1998, s. 121–152.

<sup>20</sup> MACAULAY, S.: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. In *American Sociological Review* 28, 1 (1963): 55–67.

<sup>21</sup> PARRY J., BLOCH, M.: *Money and the Morality of Exchange*. Cambridge 1989.

Zjištění o právu reciprocity, prezentovaná v této práci, nejvíce odpovídají Malinowského pojetí vztahu směny a reciprocity v revidovaném pojetí antropologa Pitt-Riverse. Podstata tohoto pojetí spočívá v tom, že jakýkoliv směnný režim, v jakékoliv kultuře či subkultuře, má dva aspekty; slovy Pitt-Riverse „první a druhý okrsek směny.“<sup>22</sup> Jeden spočívá v komoditní směně, na níž je založen obchod, druhý v poskytování darů, na němž je založeno „právo pohostinnosti.“<sup>23</sup> Komoditní směna mezi cizinci, aby vůbec mohla existovat, musí být dle Pitt-Riverse zavěšena na druhém okrsku směny – pohostinnosti. Poskytování darů je v tomto kontextu existenční podmínkou obchodování. Takovou myšlenku lze různě vykládat, neboť dar je poměrně flexibilní pojem a může zahrnovat jak například Westermarckovu baraku<sup>24</sup> (tedy požehnaní země, v němž jsou zdroje nahlíženy jako dary) tak například korupci.<sup>25</sup> V této práci je Pitt-Riversův druhý okrsek směny specifikován právě jako právo reciprocity.

Vztahu mezi prvním a druhým okrskem směny v afghánském obchodním právu odpovídá metafora „stínu práva,“<sup>26</sup> který dopadá na směnu jako určitá hrozba nahrazení vzájemné vůle smluvních stran autoritativním rozhodnutím. Tato hrozba může a nemusí být naplněna. Sami obchodníci jí však ve svých strategiích a sociálním jednání berou v potaz. Tato metafora („stín práva“) zhruba odpovídá vztahu mezi prvním okrskem směny (obchodování) a druhým okrskem směny (právo pohostinnosti).

#### **1.4 Právo v Afghánistánu a „archaické právo“**

Volba právních systémů v Afghánistánu z velkého množství zemí, k nimž jsem získal data, vyplynula z postupného stále hlubšího poznávání jeho sociokulturního kontextu, který se objevoval v dostupných materiálech. Na tomto základě jsem pracoval s předběžnou hypotézou, že právě právní systémy v Afghánistánu skutečně reprezentují „archaické právo,“<sup>27</sup> které se radikálně odlišuje od západního pojetí práva. Právo reciprocity

---

<sup>22</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. In HAU: Journal of Ethnographic Theory 2, 1 (2012): 501–517.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> WESTERMARCK, E.: *Ritual and belief in Morocco*. Londýn 1926.

<sup>25</sup> ANDERS, G., NUIJTEN, M.: *Corruption and the secret of law a legal anthropological perspective*. Surrey 2008.

<sup>26</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. Stanford 2011, s. 19.

<sup>27</sup> Termíny „archaické,“ „tradiční,“ „archaické právo“ a „tradiční právo“ užívám v této práci v úvodovkách, jelikož zpravidla odkazují na současné právní systémy. O jejich stáří a tradici lze sice uvažovat, avšak u písemně nekodifikovaných právních systémů se jedná spíše o hypotézu (vysokou pravděpodobnost), než o fakt (naprostou jistotu).

v Afghánistánu jako protějšek západní aplikace cizího práva v rámci *comitas gentium*, se pak vyjevilo jako oblast, na které je tato odlišnost dobře viditelná.

Důvodem, proč je například právo v Afghánistánu možné nahlížet jako „archaické právo,“ je neutralizace historického aspektu vývoje práva v komparativní perspektivě: archaické a tradiční právo není něco, co je historicky staré, i když to může vzbuzovat takový dojem. V kontextu vývoje pojmu archaického práva již Maine (užíval termín pravěké právo a primitivní společnost)<sup>28</sup> označuje současné právní systémy, se kterými se setkávala tehdejší britská koloniální správa v Indii, za pravěké. Archaické a tradiční, již ve svých nejstarších formulacích je přítomné, fungující v reálném čase, a také především cizí. Dnes je archaické právo kontroverzní kategorií. Přestože se v současnosti většina právních antropologů striktně zdržuje toho, aby určité právní systémy označovala jako archaické a tradiční, zároveň se přidržuje termínu moderní. Jestliže však archaické a tradiční právní systémy nikdy neexistovaly, nebyly ani západní právní systémy nikdy moderní, neboť jejich moderní identita je založena na této distinkci.

I v případě práva v současném Afghánistánu platí, že rozlišení archaického a moderního práva samo má vliv na naše poznání. V dějinách střetávání nativního práva a moderního práva nalezneme přinejmenším tři typy užívání této distinkce. Zaprvé, humanitární étos tohoto rozlišení spočíval ve zvětšení a upevnění vzdálenosti a vzájemné nesouměřitelnosti mezi moderními a těmi druhými právními systémy. Zvětšení jejich vzdálenosti na kognitivní úrovni mělo v podstatě ochrannou funkci v situaci faktického přibližování cizích impérií k domorodým populacím. Nepřekonatelnost a absolutnost této distinkce tak chránila původní společnosti před překotnými majetkovými transfery, které se uskutečňovaly všude tam, kde uplatňována nebyla. Zadruhé, smysl této distinkce mohl být i právě opačný; jestliže domorodé populace nemají dosti kvalitní právní systémy nebo se jim dobrodiní práva vůbec nedostalo, je třeba jejich příslušníky chránit prostřednictvím moderního práva a povznést je na úroveň moderních lidí. Zatřetí, tato distinkce mohla být i zneužita, neboť opravňovala majetkové transfery okupací a apropriací, aniž by se právní postavení domorodých populací šetřilo. V kontextu právních autorit v Afghánistánu se pak lze setkat s modernizačním typem užívání distinkce archaického a moderního práva, který má, jak detailně ukazují v kapitole o „afghánském“<sup>29</sup> právu

---

<sup>28</sup> MAINE. H.: *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*. Londýn 1908. Zejména kapitola pátá.

<sup>29</sup> Přestože pro právníky je běžné užívat adjektivum „afghánské“ a pojem „afghánské právo,“ jež zrcadlí juristickou geografii založenou na *de iure* hranicích států, z antropologického pohledu to nemůže být výchozí

reciprocity, značný dopad na naše poznání práva druhých, zejména pak vyčleňuje mobilní právní autority (a soudy složené z právních autorit různých kmenů) z našeho zorného pole.

Ve starší sociální antropologii jsou právní autority (někdy označované jako „rady“) pokládány za „ne plně rozvinuté soudy.“<sup>30</sup> Z hlediska souměřitelností českých soudů a „afghánských“ soudních rad (jako fungujících autorit obchodního práva), však v jejich detailních popisech nenalzáme nic, co by opravňovalo zpochybnění závěru, že tyto rady plně rozvinuté soudy jsou.

Úplné srovnávání českého a afghánského obchodního práva je však bohužel nemožné v důsledku omezené dostupnosti potřebných údajů. Tato práce se proto zaměřuje na komparaci právního řešení jediného problému: legitimacy (ve formě reciprocity) rozhodování obchodního sporu, který přesahuje hranice společenství, k níž náleží právní autorita (například státu nebo kmene), a sociální organizaci poznání práva druhých při tomto rozhodování. K takové komparaci je dostatek údajů ohledně mezikulturního přenosu práva získaných vlastním výzkumem autora, i dostatek spolehlivých empirických zpráv o výzkumech, které byly provedeny v samotném Afghánistánu.

## 1.5 Metodologie výzkumu

Výzkum, který je základem této práce, se v rozmezí let 2009–2015 zaměřil na reálné kognitivní postupy při zjišťování, studiu a aplikaci cizího práva v rámci justičního systému České republiky. Na tyto kognitivní postupy jsem nahlížel jako na právní komparace, neboť jsou vedeny snahou porozumět právu druhých prizmatem českého práva. To se týká srovnávání konkrétních právních institutů i představ o identitě moderního práva a práva druhých. Tyto právní komparace jsou určitým způsobem strukturovány a vykazují určité pravidelnosti. Dle mého názoru mají tyto pravidelnosti vypovídající hodnotu primárně o právním prostředí, v němž se odehrávají. Je rovněž důležité zmínit, že ač jsou tyto právní komparace uskutečňovány českými právními autoritami v České republice, jsou založeny na enormním množství textového materiálu o cizích právních řádech, který byl do českého prostředí přenesen z různých, blízkých i vzdálených zemí, povědomých a blízkých právních kultur i z kultur téměř neznámých a velmi odlišných. Tyto symbolické reprezentace cizího práva (globálně cestující, cirkulující textové dokumenty) jsou lokalizovány v českém

---

ohraničení studované jednotky, jak bude zejména demonstrováno v kapitole o právních sodalitách v Afghánistánu.

<sup>30</sup> BOHANNAN, P.: *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*. op. cit., s. 18–19.

justičním kontextu, kam se dostaly mnoha kanály, od internetu až po zajištěnou poštu diplomatických a konzulárních cest, nebo cestou neformální osobní konzultace s cizími právními autoritami či příslušnými specialisty. Tento výzkum se v první části nezaměřuje na Afghánistán, nýbrž se zabývá prostředím a povahou komparativních strategií uplatňovaných při tomto setkávání s právem druhých na určité obecné úrovni. Teprve v druhé části se omezuje na poznání právních systémů v Afghánistánu. Omezení výzkumu na Afghánistán a některé další země bylo nutné vzhledem k neustále se zvětšujícímu objemu textového materiálu, který se týkal nejrůznějších evropských a mimoevropských zemí. Značné množství těchto symbolických reprezentací práva druhých (i empirických poznatků o jejich užívání) tak muselo být obětováno, aby tato práce mohla být uzavřena. S ohledem na problematiku justičního provozu jsou prezentována jen ta data, která se ukázala jako klíčová vzhledem k postupné krystalizaci výzkumné otázky a tématu, na které jsem se posléze zaměřil. Jelikož předmětem zájmu této práce je právní kognice v kontextu práva recipacity a multiplicity právních systémů, mohly být konkrétní podrobnosti případů z této práce vymístěny, což vyřešilo řadu etických otázek ohledně publikace dat a jejich interpretace.

Tyto právní komparace se odehrávají na zadním dvorku justice. Jsou skryté běžným outsiderům. Mikrokosmos právních komparací v rámci aplikace cizího práva však nestojí na tajemstvích. Jedná se spíše o údaje, k nimž je prakticky nemožné dostat se bez terénního výzkumu. Přístupnost dat v rámci terénu závisela primárně na důvěrnosti, zájmu a porozumění. Mnoho informantů mělo jen velmi mlhavou představu o podstatě tohoto výzkumu, stejně jako o povaze současné antropologie. Mnozí ji pokládali za abstraktní, teoretickou a filosofickou na základě juristického rozlišení právní teorie a právní praxe, které příliš neodpovídá skutečné antropologii. Byl jsem rovněž pokládán za sociologa s dotazníkem, což v některých případech vedlo k problematičtým momentům v rozhovoru. Mimo rozhovory, v neformálních situacích jsem někdy vsunul do debat „nepraktické“ téma, takže například právní povaha korporace v afghánském právu mohla být uplatněna jako legitimní předmět diskuze pouze tehdy, byla-li prezentována jako problém právní praxe. Tento postup, byť byl poměrně plodný, však autor záhy opustil rovněž s ohledem na jeho nejasný status (patrně se jednalo o experimentování s terénem). Pouze několik účastníků tohoto výzkumu mělo tak mimořádné libido sciendi či libido speculandi, že výzkumník mohl do diskuze bez obav zavést jakékoliv hypotetické téma.

Do svého etnografického terénu jsem vstoupil původně jako jeden z právních odborníků ministerstva spravedlnosti poskytujících asistenci českým soudům v oblasti mezinárodní justiční spolupráce. V podstatě jsem zjišťoval a zkoumal právo druhých (cizí právo) pro potřeby jeho praktické aplikace českými právními autoritami. Tato platforma mi poskytla vhodné východisko pro účast v debatách nad konkrétními symbolickými reprezentacemi cizího práva. V těchto debatách jsem mohl přímo pozorovat, (1) jak se vyvíjí poznání oživující tyto reprezentace, (2) kterými směry se ubírá jejich pochopení, (3) jaké strategie jsou v tomto kognitivním procesu uplatňovány a (4) jaké prvky jsou v něm rozhodující. Ačkoliv tato pozorování byla mimořádně zajímavá a přinášela mnoho poutavých příhod, má inklinace k sociálním vědám vedla k distanci, která umožnila reflektovat tyto zkušenosti nezvyklým (totiž neprávnickým) způsobem.

Empirický materiál pro tuto práci sestává z analýzy debat, textů a rozhovorů s odborníky na cizí právo, zejména soudci. Zahrnuje neformální interakce a v nich probíhající vývoj právních argumentů o neznámých právních institutech a analyzování jejich textových reprezentací. Ty jsou doplněny o hloubkové semi-strukturované rozhovory s 35 informanty z řad soudců a specialistů, kteří se značnou část svého profesního života věnovali nebo věnují otázkám spojeným s problematikou aplikace cizího práva. Tyto rozhovory byly provedeny pro účely revidování mého názoru a týkají se více finální fáze užití cizího práva českými soudy. Přestože jsem se domníval, že zkoumaný etnografický terén je prakticky vyčerpán, přinesly tyto rozhovory mnohé zvraty v mém chápání zkoumané problematiky a četné překvapivé vhledy. Mnozí informanti byli mimořádně nápomocní a poskytli mi rovněž písemné materiály, k nimž jsem neměl dříve přístup. Mnoho případů reálných právních komparací jsem tak mohl poznat z více perspektiv a individuálních náhledů osob, které jsou v pozici právní autority, a přímo se setkávají s právem druhých. Jakousi terénní základnou pro výběr informantů bylo jednak každoroční zasedání vnitřní justiční sítě ve věcech mezinárodní justiční spolupráce v civilních věcech (zpočátku konané dvakrát ročně), jednak kontakty založené na přátelství, známostech či doporučeních.

Celkový počet soudců, kteří aplikují cizí právo častěji než jen náhodně, je poměrně malý. Na základě účasti soudců na zmíněném zasedání, lze odhadnout, že to není více než 80 soudců v celé české justiční soustavě. A i tak je třeba toto číslo chápat jako příliš vysoké. Ač se každý civilní soudce může ve své profesní dráze setkat s jiným než českým právem, není zde žádná formální specializace. Český právní systém je založen na vlastním studiu práva jiné země ze strany soudců, jemuž může asistovat na jeho žádost právní odborník

zaměřující se na cizí právo. Avšak ani tento odborník není přesně specializován na konkrétní zemi ani region. Případně se může v řízení objevit znalec cizího práva, avšak takovou situaci je třeba pokládat za zcela výjimečnou. Přestože účast znalce cizího práva český právní systém připouští, ve skutečnosti jsem takový případ po celou dobu svého výzkumu nezaznamenal, ani jsem se o něm nedoslechl. Na jednotlivých soudech je nicméně silná neformální tendence přiřazovat případy přeshraničních sporů stále stejným soudcům. Přestože mezi soudci je mnoho „osamělých běžců,“ existují mezi nimi rovněž neformální vazby, které činí radu od kolegy jednoduše dostupnou. Dochází tak k určité distribuci a sdílení zkušeností s právem druhých. Kromě toho soudci nemohou být chápáni jako izolovaní jednotlivci, neboť jsou propojeni rovněž formálně prostřednictvím apelačního systému<sup>31</sup> a obecně skrze hierarchii soudní soustavy. Avšak přestože je apelační systém významným pojítkem pro sdílení poznání cizího práva, neformální konzultace s kolegy ze stejného soudu nebo z jiných soudů je neméně důležitá. Zejména to platí v případech, které *nejdou* napadány opravnými prostředky.

Formální hierarchie soudů byla v tomto výzkumu zvláště reflektována. Při realizaci semi-strukturovaných rozhovorů jsem se setkal se soudci na třech stupních české soudní soustavy, kde jen Nejvyšší soud byl reprezentován třemi soudci a třemi odborníky ze zahraničního oddělení tohoto soudu. Nejvyšší soud se šesti (respektive sedmi) informanty představuje tedy nejlépe reprezentovaný soud v tomto výzkumu. Souvisí to patrně také s tím, že na tomto soudě je specializovaný senát zabývající se cizími soudními rozhodnutími. Kromě toho velké množství neformálních rozhovorů s přáteli – právníky mi poskytlo určitý vhled do právních komparací z nejustiční, avšak právní perspektivy. Vedle toho jsem se obrátil na několik akademických pracovníků s otázkami ohledně „archaického práva,“ které jsem využil v tomto výzkumu jako kontrolní populaci svého druhu pro osvětlení toho, do jaké míry jsou právní komparace prováděné v souvislosti s rozhodovacími procesy soudů specifické.

Pramenné materiály, s nimiž jsem se v terénu setkal, lze rozčlenit do následujících skupin: (1) zákony, konzulární zprávy o zákonech, komentáře, korespondence, dobrozdání, databáze; (2) debaty; (3) rozhovory; (4) pozorování. Data z těchto pramenů lze charakterizovat jako (a) kulturní modely, mentální struktury, právní teorie, abstrakce šetřící čas, a spontánní dovozování; (b) materiální kotvy;<sup>32</sup> (c) překážky, limity, zániky informací,

---

<sup>31</sup> V této práci termín „apelační systém“ užívám obecně, v kontextu všech opravných prostředků včetně dovolání.

<sup>32</sup> HUTCHINS, E. *Material Anchors for Conceptual Blends*. In *Journal of Pragmatics* 37 (2005): 1555-1577.

(d) dilemata, patové situace, slepé uličky (e) výsledky spolupráce, neformální sociální a významové asociace; (f) identity, subjektivity, kolektivity (jedinců a materiálních kotev). Mezi nimi představuje hlavní pramen dat zúčastněné pozorování, analýza dokumentů, debat a rozhovorů.

Tato práce se opírá o výzkum dané problematiky, tj aplikace cizího práva v rámci *comitas gentium* (jako varianty práva reciprocity). Soustředí se tedy na závěrečnou fázi mezikulturního přenosu práva z ciziny do českého justičního systému. Větší část této práce je založena na originálním pramenném materiálu, část týkající se práva v Afghánistánu se pak opírá o výzkumy jiných, avšak originálně je reflektuje a konceptualizuje, takže přináší nové poznatky. Dokumentuje vlastně vnitřní dynamiku mezikulturního přenosu na případu „afghánského práva.“<sup>33</sup> Konceptualizace empirických dat přitom pracuje s kontrastem vyvolaným užitím juristických a antropologických kategorií.

Prostřednictvím zkoumání lokalizace symbolických reprezentací cizího práva v kontextu rozhodovacích procesů českých právních autorit tato práce ukazuje, (1) jak soudci užívají juristické kategorie jako analytické nástroje při zkoumání cizích právních systémů, (2) jaké faktory ovlivňují jejich poznání práva druhých, (3) zároveň – v případě právních systémů v Afghánistánu a Jemenu – jaké části těchto symbolických reprezentací jsou soustavně přehlíženy, a (4) jaké zůstávají v důsledku rozdílností v sociální organizaci práva nevyužitelné. Tato práce se nepřímou zabývá rovněž strategiemi autorů symbolických reprezentací právních systémů v Afghánistánu, kteří svá data situují do diskursivních praktik reformních projektů právní změny. Tato práce se snaží přemostit propast mezi moderní a „archaickou“ právní kulturou tím, že reflektuje předpoklady jejich vzájemných komparací. Zaměření na „archaické“ právní systémy a jejich setkávání (v nejširším slova smyslu) s právní modernitou umožňuje totiž kriticky reflektovat (1) kategorické odlišování „archaických“ a moderních právních systémů a (2) jejich separátní zkoumání právními vědami (v případě moderního práva) a antropologií či humanitními studii (v případě „archaického práva“).

## 1.6 Zpřesňování výzkumných otázek

V této práci jsem vycházel z tradičních antropologických výzkumných otázek týkajících se práva a postupně jsem je zpřesňoval. Do tradiční baterie antropologických otázek o právu patří zejména následující. „Je právo obecně přítomno ve všech společnostech? Jaké jsou univerzální charakteristiky práva všude tam, kde je nalezeno? Jak se právo vztahuje

---

<sup>33</sup> Viz poznámka 27.



k ostatním aspektům kultury a sociální organizace? Je právní rozdílnost rozsahem omezena? Je nutné vycházet ze stejného modelu práva, aby typologie práva mohly být konstruovány? Jsou takové typologie použitelné při pochopení vztahu práva k jiným aspektům kultury a společenské organizace? Jak a proč se právo mění v čase? Co se stane, když se setkají právní systémy různých kulturních skupin? Jaký je vliv většího počtu právních systémů v rámci jedné společnosti? Jak můžeme popsat právní systémy? A za jakých podmínek a jak je porovnání právních systémů možné?<sup>34</sup>

Tento výzkum vyústil v řadu zpřesňujících posunů. Například od otázky, zda je právo kulturní univerzálií lidských společností, jsem dospěl k problému, zda je implicitní sociální organizace západního práva typická pro všechny právní kultury, a jak sociální organizaci práva rozpoznáváme, srovnáváme a kategorizujeme v neznámém sociokulturním prostředí, pokud je odlišná. Od otázky, jaký je vztah mezi kulturou a normativitou, jsem dospěl k problému, jaký je vztah mezi autoritou, reciprocitou a realitou. Ocítl jsem se na škále mezi (1) domácí právní autoritou, (2) jejím rozhodnutím, kterým aplikuje cizí právo, (3) poznáním cizího práva na základě jeho symbolické reprezentace a (4) jeho fakticitou v zemi původu (ne vždy přístupnou), přičemž problém normativity se na této škále stal druhotným. Od hledání podobností a rozdílností mezi právem v „archaických“ či „tradičních“ společnostech na jedné straně a moderních společnostech na druhé straně jsem dospěl k otázce vlivu písma (jako technologie) na charakter právní kultury a její organizace. Od srovnání právních systémů jako metody jsem dospěl k otázce, jak moderní lidé (moderní právní autority) srovnávají právní systémy, a odtud ještě k další otázce, jakým způsobem užívají symbolické reprezentace právních systémů v rámci svých komparativních strategií. Zabýval jsem se rovněž otázkou, jakým způsobem se chovají západní právní kategorie a jejich původní kontexty v interakci se symbolickými reprezentacemi neznámé sociokulturní (a tedy i právní) reality.

S pomocí antropologické analytické výbavy jsem se zaměřil na významy, které jsou zakódovány v symbolických reprezentacích cizího práva jejich autory, významy, které jsou jim přikládány českými právními autoritami, a významy, které jsou jimi přehlíženy. Od vztahu práva a kultury či společnosti jsem dospěl k otázce, jakým způsobem (právní) věda ovlivňuje, zostřuje nebo naopak zkresluje poznání práva druhých jako integrální součásti kultury.

---

<sup>34</sup> NADER, L.: *The Anthropological Study of Law*. In *American Anthropologist*, 67 (1965): 3–32, s. 4.

## 1.7 Od komparace k prostředí komparace

Antropologický výzkum zpravidla nakonec nezkoumá to, co si prvotně vytyčil, způsobem, jaký si k tomu vytyčil. To platí i v této práci. Přes nutné konkretizace je téma nominálně zachováno, prvotní teoretická a metodologická východiska jsou však opuštěna, a to proto, že buď nejsou validní v daném terénu, nebo je již překonal vývoj antropologie, k němuž v mezidobí došlo. V tomto ohledu je nutné poznamenat, že texty, ať už jsou to symbolické (textové) reprezentace cizího práva nebo jiné informace, mohou sice v mnohém inspirovat, rozvíjet a pomáhat, avšak mohou i zrazovat a zavádět na scestí. Skutečnost, že symbolické reprezentace práva druhých jsou přenášeny z jednoho kulturního prostředí do druhého, vyžaduje zvláštní obezřetnost vůči textovému přístupu (vycházení z textů) a jeho rizikům. V samotných debatách zaznamenaných při zúčastněném pozorování i při strukturovaných rozhovorech o právu druhých je reflexe omezenosti textů jako media pro přenos práva druhých u některých informantů patrná. Účastníci výzkumu někdy přímo hovoří o tom, že právo druhých je vždy jen „přibližné právo.“ Již z toho důvodu bylo nutné opustit komparativní metodu jako metodologické východisko a zaměřit se na právní komparace a prostředí, ve kterém jsou uskutečňovány, jako na předmět výzkumu.

Tento posun od komparace jako metody ke studiu malé populace právních autorit a právních odborníků, kteří komparují své vlastní a cizí právo v určitém kontextu za účelem jeho aplikace, tak ve své podstatě představuje způsob objektivizace komparování právních systémů jako kognitivních postupů či strategií. Zároveň tento posun přispívá k tomu, aby se výzkumník vyrovnal s problémem autority, kterou je jeho terén přesycen. Výzkumníkova „autorita představovat si“<sup>35</sup> totiž pramení primárně z vlastní zkušenosti s etnografickým materiálem a z diverzity náhledů různých autorit na stejnou problematiku, která se v terénu projevuje. Jestliže totiž přestaneme uvažovat o komparaci jako o metodě, změní se zároveň základní jednotka analýzy a v důsledku toho i celkový náhled na danou problematiku. Opuštěným (a později reflektovaným) východiskem jsou symbolické reprezentace právních systémů, které jsou pokládány za objektivní právo. Přijatým východiskem je komparativně založené poznání právních autorit (užívaných komparativních strategií), které je částečně distribuováno ve zkoumané populaci, reflexe napětí mezi symbolickou reprezentací práva druhých, která je k dispozici v prostředí českého justičního systému, a skutečným právem v zemi původu.

---

<sup>35</sup> NOREEN, G., PIANTANIDA, M. (eds.): *The Authority to Imagine: The Struggle toward Representation in Dissertation Writing*. New York 2006.

## 1.8 Etnografický terén jako problém výzkumu

V dnešním stádiu vývoje sociokulturní antropologie je legitimní, aby se výzkumník zabýval svým vlastním domovem, svou kulturou a společností. Ve skutečnosti hranice mezi „doma“ a „tam někde venku“ nebyla nikdy zcela jasná. V případě práva mohou být moderní právní aktivity považovány za exotické stejně jako například umění navigace na západních Karolínách.<sup>36</sup> Porozumění nativní perspektivě vyžaduje totiž od antropologa osvojení nativního (juristického) jazyka a logiky, s jakou se užívá. Právní autority lze chápat i jako určitou subkulturu, jejímuž způsobu uvažování a faktorům, které bere toto uvažování v úvahu, často automaticky nerozumí ani právník. V tomto smyslu se můžeme ptát, zda jsme skutečně „doma“ v moderní společnosti a v jejích různých doménách, včetně práva. Jak postuloval Geertz, antropologovým povoláním je ozvláštnit banální praxi.<sup>37</sup> Z tohoto hlediska můžeme vidět, že „terén není jen místem pro výzkum, ale je to i výzkumný problém“<sup>38</sup> či jeden z takových problémů. Nyní se proto zaměřím na vymezení terénu mezikulturního přenosu práva jako hlavního problému komparací „archaického“ a moderního obchodního práva. Tento posun mi umožní přistupovat k problematice právních komparací zvenku. Je nutné podotknout, že jazykem této analýzy je antropologická terminologie, což může činit určité potíže. Některé stejné termíny mohou mít totiž v odlišných disciplinárních kontextech (antropologie a právní vědy) odlišný význam.

Z antropologického hlediska je nutné chápat moderní právo stejně, jako by šlo o nativní, domorodé právo. Zkoumat jej stejnou metodologií, jako se zkoumá domorodé právo. Testovat na něm stejné teorie a hypotézy, jaké se testují na domorodém právu (samozřejmě modifikované s ohledem na výzkumný problém).<sup>39</sup> Jelikož ve zkoumaném právu reciprocity, jakožto specifické oblasti práva obchodního, vstupují do kontextu moderního práva cizí a často velmi exotické právní systémy, mělo by být výsledkem této perspektivy symetrické výzkumné zacházení s moderním právem i exotickým právem. Požadavek symetrie v této souvislosti vyžaduje i nutnost zabývat se tím, jak v tomto terénu (jinak) fungují juristické a antropologické kategorie.

---

<sup>36</sup> GOODENOUGH, W.: *Navigation in the Western Carolines: a Traditional Science*. In NADER, L. (ed.): *Naked Science: Anthropological Inquiry into Boundaries, Power, and Knowledge*, 29-42. Abingdon 1996.

<sup>37</sup> GEERTZ, C. *From the Native's Point of View: On the Nature of Anthropological Understanding*. In *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences* 28, 1 (1974): 26-45, s. 27-30.

<sup>38</sup> CAPUTO, V.: *At 'Home' and 'Away': Reconfiguring the Field for late Twentieth-century Anthropology*. In AMIT, V.: *Constructing the Field: Ethnographic Fieldwork in the Contemporary World*, 19-31. Londýn 2000, s. 29.

<sup>39</sup> Viz též oddíl 1.6 Zpřesňování výzkumných otázek.

## 1.9 Kulturní determinace poznání práva druhých a právní věda

Porozumění právu druhých na pozadí moderního práva je velmi složitý problém. Při jeho řešení hraje roli též kulturní podmíněnost našich poznávacích postupů. Je proto třeba brát v úvahu i to, že když antropolog studuje právo odlišných kultur, musí rovněž znovu interpretovat a definovat představy o právu, které pochází z jeho vlastní kultury. Když tak činí, uvědomuje si totiž ohraničenost a paradoxy moderního uvažování o právu, kterému relativně dominuje „systém západní právní vědy.“<sup>40</sup> Tato ohraničenost je v kontextu mezikulturního přenosu práva problematická, „[n]eboť konceptuální systém západní právní vědy byl vyvinut pouze na základě studia práva západních společností, náleží k západní kultuře a konstituuje její lidové pojetí práva.“<sup>41</sup> Bohannan v této souvislosti uvádí, že „[a]ntropologie, včetně právní antropologie, čelí problému, který je možná unikátní v sociálních vědách; za účelem prezentování výsledků terénního výzkumu bez jejich vážného zkreslení musí být podniknut druhý výzkum ekvivalentních institucí naší vlastní kultury a vědeckých disciplín, které se těmito institucemi zabývají.“<sup>42</sup> Bohannan hovořil o dvou souběžných výzkumech již v roce 1965.<sup>43</sup> Od doby, kdy toto bylo publikováno, stal se zmíněný problém mnohem obvyklejší v sociálních vědách. Uvádím tento postřeh za účelem objasnění jedné důležité věci. To, co Bohannan označuje za „druhý výzkum,“ je ve skutečnosti reflexe „implicitní komparace.“<sup>44</sup> Zaměřujeme-li se na lokalizaci cizího (například afghánského) obchodního práva v českém právním systému jako na určité východisko, stává se tato komparace jedním z primárních a explicitních cílů antropologického výzkumu. Právní věda se tedy stává jedním z jeho problémů. Východiskem se naopak stává analytický pojem práva,<sup>45</sup> který je vystavěn v rámci antropologie práva, který se přitom opírá i o znalosti nezápadních právních systémů.

Pospíšil definoval antropologii práva jako „rigorózní vědu o právu.“<sup>46</sup> Bourdieu ji pak specifikoval následně; „rigorózní věda o právu se odlišuje od toho, co normálně nazýváme právní vědou tím, že ta první chápe tu druhou jako předmět svého studia. Když tak činí,

---

<sup>40</sup> POSPÍŠIL, L., *Etnologie práva: Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha 1997, s. 8.

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> BOHANNAN, P., *The Differing Realms of the Law*, In *American Anthropologist* 67, 6 (1965), s. 33.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> GINGRICH, A., FOX, R. (eds.): *Anthropology, by Comparison*. Londýn 2002, s. 5.

<sup>45</sup> POSPÍŠIL, L., *Etnologie práva: Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. op. cit., s. 14–57.

<sup>46</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law. A Comparative Theory*. Ann Arbor 1971, s. X.

okamžitě opouští dominantní debaty právní vědy, které se týkají práva.”<sup>47</sup> Ortodoxní právní věda se samozřejmě skládá z individuálního úsilí mnoha komplikovaných učenců, z nichž mnozí dokázali překročit její kulturní horizont, nicméně stalo se tak spíše navzdory její kulturní determinaci, než v souladu s ní. Představa o kulturní determinaci právní vědy nám proto umožní lépe pochopit, proč se teoretická a metodologická výbava právní vědy projevuje při mezikulturním přenosu práva a jeho následné aplikaci tak, jak je ukázáno v této práci. Kulturní determinace západního chápání práva se však v žádném případě neomezuje na právní vědy. V sociálních vědách najdeme mnoho studií, které nekriticky akceptují juristické kategorie jako východisko pro reflexi práva v rámci svých výzkumů, i výzkumy, které právo jako signifikantní faktor svého výzkumného pole vůbec nerespektují. Z toho důvodu nalezneme stopy kulturní determinace západního pojetí práva na mnoha nečekaných místech.

Tento postřeh platí i pro právní vědu, která se projevuje v terénu, v moderním typu práva reciprocity (*comitas gentium*).<sup>48</sup> To tvoří organizační rámec pro aplikaci cizího práva zkoumané v této práci. V juristické literatuře je aplikace cizího práva ústřední složkou tohoto práva reciprocity. Aplikace cizího práva je místem reálných právních komparací, uskutečňovaných v rámci mentálních, kognitivních aktivit soudců nebo jiných právních odborníků. Tyto kognitivní aktivity se projevují v lidském jednání (v daném případě v rozhodovacích procesech soudů) a jsou tvarovány svým institucionálním umístěním. Z toho důvodu je v této práci právní srovnávání nahlíženo jako kognitivní činnost, resp. jako soubor komplexních kolektivních kognitivních aktivit propletených s formálně-rituálními praktikami právních autorit, které jsou (1) situovány do specifického organizačního rámce; (2) orientovány na dosažení určitého cíle (vydání soudního rozhodnutí, kterým je cizí právo aplikováno). V tomto ohledu lze etnografická data nalézt v jakémkoliv pramenu, který umožňuje přeorientovat se z konvenční právní analýzy na etnografii konkrétních právních komparací uskutečňovaných v reálném právním životě.

Dva empirické a statistické výzkumy přímo zaměřené na aplikaci cizího práva, se uskutečnily v nedávné době.<sup>49</sup> Tyto výzkumy vzaly za svá právně-doktrinní teoretická

---

<sup>47</sup> BOURDIEU, P., *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. In *Hastings Law Journal* 38, 5 (1986):814–853, s. 817–818.

<sup>48</sup> K pojmu právo druhých a právo reciprocity viz též oddíl 1.1 Vymezení tématu: Právo druhých a právo reciprocity.

<sup>49</sup> SOLENIK, D., HECKENDORN, L. et al. *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its perspective for the Future: Synthesis Report*. Lausanne 2011; ESPLUGUES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES, J., PALAO MORENO, G. et al. *Application of Foreign Law*. Berlín 2011.

východiska. Jejich práce s respondenty a dotazníky tak byla hlavně kvantitativní. Takže, ačkoliv tyto výzkumy vytvořily určitá sociologická data, nepřinesly nové poznání podstaty aplikace cizího práva v rámci *comitas gentium*. Tato sociologická data se tak sice týkají stejné oblasti zkoumání jako tato práce, neříkají však téměř nic o zacházení s právní jinakostí v praxi. V mnoha ohledech tyto výzkumy představují teoretický a metodologický protějšek této práce. Rozdíl mezi nimi a touto prací netkví hlavně v tom, jak určitá data mohou být sbírána a interpretována, nýbrž v řešení otázky, co vlastně relevantní data jsou. Antropologický či etnografický přístup není totiž primárně tvarován ideou legislativní reformy (jako je například unifikace a harmonizace), nýbrž se zaměřuje na fakticitu práva. Z perspektivy antropologické teorie lze právní komparace nahlížet jako setkávání moderního práva a práva druhých a tato setkávání mohou být interpretována jako kognitivní proces.

Právní komparace obecně se odehrávají na různých, rozdílných místech v rámci moderní společnosti, kde se projevují jednak na úrovni kognice, jednak na úrovni chování, tj. v právních rozhodnutích a interakcích, které k nim směřují. Lze je tak lokalizovat „jak uvnitř tak vně myslí lidí.“<sup>50</sup> Rozhodovací činnost právních autorit je tedy pouze jedním z těchto míst. Zároveň je třeba považovat toto místo za nejdůležitější příklad zkoumaných praktik, neboť poznání práva druhých zde přímo ovlivňuje životy osob, sporných stran a účastníků soudních řízení. Právní komparace různých konkrétních příkladů „archaického“ a moderního práva v moderní společnosti ukazují, jak moderní právní autority zacházejí s nejistotou generovanou právem druhých a jejich právním účinkem konkrétní osoby. Z jejich pozorování je také patrné, jak (zejména moderní juristé) právo druhých spojují se svým právem a jak se přitom vyrovnávají se svou moderní identitou. Pozorování těchto aspektů právních komparací přináší pozoruhodně odlišný obraz toho, co se děje s cizím právem v našem kulturním prostředí, než jaký skýtá konvenční juristická literatura. Ta jako by záměrně pomíjela některé kritické detaily obrazu aplikace cizího práva. Soustředí se na formální normativní požadavky a přehlíží fakticitu poznávání cizího práva.

## 1.10 Praktický význam výzkumu

Právo druhých (a cizí právo v rámci *comitas gentium* zejména) je vlastně neznámé jako problém praktické právní kognice, kategorizace a komparace. I ti, kdo mají vhléd

---

<sup>50</sup> HUTCHINS, E.: *Cognition in the Wild*. Cambridge 1995, s. 354.

do relevantní právní praxe, se její kognitivní roviny ve svých akademických publikacích nedotýkají. Je proto vhodné položit otázku, v jakém smyslu je tato problematika zajímavá antropologicky.

Antropologický význam výzkumu aplikace cizího práva lze spatřovat v tom, že přechod člověka z jednoho právního prostředí do druhého je někdy mimořádně obtížný. Zejména tehdy, jsou-li právní kultury, mezi nimiž lidé přecházejí, velmi odlišné. Změna právního prostředí může být velmi složitá ve všech oblastech života a v této životní změně tkví mnohá individuální i společenská rizika. Přechod lidí, tvarovaných v prostředí jednoho právního systému do druhého právního systému, může vést a často vede k dramatickým a někdy i tragickým implikacím. Již Malinowski zaznamenal, že nevhodná aplikace cizích zákonů může na individuální úrovni zapříčinit například sebevraždu<sup>51</sup> nebo na společenské úrovni může způsobit „z dlouhodobého hlediska vyhynutí celé kultury a rasy.“<sup>52</sup>

I v tomto výzkumu jeden z informantů popisoval reakci japonské ženy na česká rozvodová pravidla, včetně neformálních informací tlumočnicků, na jejichž základě se obával její sebevraždy.<sup>53</sup> Důkladné nebo alespoň dostatečně hluboké porozumění cizí právní kultuře, stejně jako reflexivní porozumění vlastním zavádějícím kognitivním sklonům směřujícím (z antropologické perspektivy) k nesprávnému porozumění právu druhých, je tedy velmi důležité. Je základním předpokladem pro to, jak se obdobných rizik vystríhat. Antropologie práva, jako rigorózní věda o právu, má v této souvislosti významný potenciál pro reflexi kulturní podjatosti či skrytého etnocentrismu právních věd i právní praxe. Tento etnocentrismus může totiž objektivizovat a exotizovat. Taková reflexe umožňuje pak omezení jeho záporných dopadů.

Zároveň je třeba zdůraznit, že praktická aplikace cizího práva v rámci *comitas gentium* se velmi liší od jiných kontextů, kde se v moderní společnosti uskutečňují právní komparace. Tato odlišnost vyplývá zejména z výše zmíněné nejistoty poznání práva druhých v relativně omezeném rámci reálných rozhodovacích procesů a nejistotou účinků aplikace cizího práva v životech konkrétních osob. Racionalita komparativních postupů při poznávání práva druhých zde tak často zahrnuje logické aspekty, které vyvěrají spíše z banality reálného právního provozu, než ze specifické povahy určitého způsobu myšlení. Avšak současně z tohoto postřehu plyne jeden z hlavních argumentů této práce; podoba a důvody těchto

---

<sup>51</sup> MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. op. cit., s. 77, 95.

<sup>52</sup> *Ibidem*, s. 93.

<sup>53</sup> Blíže viz část Právo druhých v rámci *comitas gentium*.

právních komparací jsou určovány nejen obecným kulturním prostředím moderního státu, nýbrž i specifickým místem a praktickým, formálně-rituálním kontextem, v kterém jsou právní komparace uskutečňovány.

Jiná místa, na kterých lidé určitým způsobem komparativně zacházejí s právem druhých, se vyznačují spíše nepřímým, než takto bezprostředním dopadem do života lidí. Na základě příček, oddělujících akademickou sféru od praktické a právní od vědní, můžeme jednotlivé kontexty právních komparací umístit do pěti polí; právní praxe (rozhodovací procesy soudů), právní akademie (právnícké fakulty a výzkumné právnícké ústavy), legislativa (komparace prováděné pro zdůvodnění konkrétních změn zákonů), humanitně-antropologické pole (na kterém se dominantně vychází z textů) a empiricky-antropologické pole (na kterém se dominantně provádějí terénní výzkumy). Tato segmentace terénu moderních právních komparací je důležitá pro porozumění, že zdánlivě podobné kategorie (například zvykové právo, archaické právo, cizí právo, neformální právo anebo spravedlnost, praxe, zvyky, normy, morálka atd.) mají různé často vzájemně neslučitelné významy, které jsou s těmito kontexty pevně spojeny. Tyto i jiné kategorie a kontexty konkrétní podobu právních komparací určujícím způsobem tvarují, a nelze je proto opomenout.

### **1.11 Překrývání disciplinárních perspektiv a kognitivní diskurz právních autorit**

Perspektivy antropologie a právních věd jsou za normálních okolností oddělené. Zpravidla se navzájem ani neznají, ani nezužitkovávají odlišnosti svých přístupů. V této práci nicméně využívám překrývání perspektiv (antropologické a právně-praktické). Vlastně využívám odlišnou optiku obou disciplín, které jsou obě pokládány za „legitimní způsob vnímání.“<sup>54</sup> To nám umožní podívat se ze dvou různých úhlů (v určitém ohledu protilehlých) na tentýž kognitivní postup směřující k poznání práva druhých, k němuž dohází při mezikulturním přenosu práva. V této úvodní části je proto vhodné reflektovat odlišný přístup antropologie a právních věd ke komparaci obecně.

Antropologie jako taková je obvykle považována za „komparativní vědu“<sup>55</sup> s bohatou šíří a různorodostí kvalitativních komparativních metod.<sup>56</sup> Zvláště v poslední době

<sup>54</sup> BOURDIEU, P.: *Habitus, code et codification*. In Actes de la recherche en sciences sociales, 64 (1986): 40–44.

<sup>55</sup> GINGRICH, A., FOX, R.: *Anthropology, by Comparison*. op. cit., s. 27.

<sup>56</sup> BOHANNAN, P.: *Ethnography and Comparison in Legal Anthropology*. In NADER, L.: *Law in Culture and Society*, 401–418. Oakland 1997; GLUCKMANN, M.: *Concepts in the Comparative Study of Tribal Law*. In



antropologie prožívá renesanci komparativních přístupů.<sup>57</sup> Cílem antropologických komparací je často dosažení obecných závěrů o nějakém konkrétním jevu (například o právu) nebo identifikování faktorů, které určují rozdílnosti a podobnosti kulturních jevů. Pospíšil například považuje komparativní dimenzi za eminentní přednost antropologie před právní vědou, neboť antropologie práva hledí na „společnosti komparativně bez ohledu na to, jak 'primitivní' nebo 'civilizované' jsou, a nerozlišuje kvalitativně ve prospěch jedné společnosti oproti druhé.“<sup>58</sup> Antropologie práva je někdy pokládána za „extenzi srovnávacího práva, jmenovitě srovnávací právní kultury.“<sup>59</sup> Ve skutečnosti je antropologie práva zdůrazňující primát induktivní tradice v určitých ohledech spíše protipólem srovnávacího práva. Srovnávací právo vychází totiž z tradic „universitní jurisprudence,“<sup>60</sup> která se vyvinula v druhé polovině osmnáctého století v západních absolutistických monarchiích jako „rigorózně deduktivní věda.“<sup>61</sup> Patrně také z tohoto důvodu bylo srovnávací právo v poslední třetině dvacátého století charakterizováno jako „spící šípková Růženka“ právních věd.<sup>62</sup> „Komplex šípkové Růženky“ srovnávacího práva byl charakterizován takovými rysy jako absence teorie, nedostatek kritické sebereflexe a nezáměr nekomparativních profesorů práva o komparativní metodu.<sup>63</sup> Přes nynější zvýšený zájem o srovnávací právo se ještě před několika lety zdálo, že srovnávací právo „zamrzlo v čase.“<sup>64</sup> Jeho klasifikace byly kritizovány za to, že byly založeny na libovůli jejich autorů, srovnávacích právníků, a za to, že „za kategorickými tvrzeními“<sup>65</sup> nacházíme jen jejich osobní preference právních systémů.

Jedním z bodů, v němž se antropologie se srovnávacím právem striktně rozchází, je také provincializace textového přístupu. Tento přístup přibližuje právní vědy spíše

---

NADER, L.: *Law in Culture and Society*, 349–373. Oakland 1997; HOLÝ, L.: *Comparative anthropology*. Oxford 1987; KUPER, A.: *The Social Anthropology of Radcliffe-Brown*. Londýn 2004; MOORE, S.: *Comparative Studies - Introduction*. In NADER, L.: *Law in Culture and Society*, 337–348. Oakland 1997.

<sup>57</sup> GINGRICH, A., FOX, R.: *Anthropology, by Comparison*. op. cit., s. 40.

<sup>58</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. IX–X.

<sup>59</sup> FIKENTSCHER, W., *Law and Anthropology: Outlines, Issues, Suggestions*. Mnichov 2009, s. 35.

<sup>60</sup> DONAHUE, C.: *Comparative Law before the Code Napoleon*. In REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006, s. 24.

<sup>61</sup> Ibidem.

<sup>62</sup> GUTTERIDGE, H.: *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge 1971.

<sup>63</sup> FRANKENBERG, G.: *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*. In *Harvard International Law Journal* 26 (1985): 411–455.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> ZUMBANSEN, P.: *Comparative Law's coming of Age? Twenty Years after Critical Comparisons*. In *German Law Journal* 6, 7 (2005): 1073–1084, s. 1073, 1084.

humanitním studiím než sociálním vědám. Distinkce mezi moderním právem a právem druhých bývá někdy zaštiťována rozlišením literárních a neliterárních společností. Pravdou je, že kdybychom považovali moderní právo výlučně za právo psané, postrádala by antropologie moderního práva smysl. Co by totiž bylo možné zachytit v písemném popisu, jestliže by již bylo vše napsáno? Antropologie však následuje spíše Malinowského odpověď na otázku, kde bychom mohli nalézt právo, když ne v psaných zákonech. Malinowski ve své předmluvě k Argonautům Západního Pacifiku odpovídá: „tyto věci, ač vykryštalizovaly a ustálily se, nejsou nikde formulované. Není zde žádná psaná ani explicitně vyjádřená sbírka zákonů, a jejich celá kmenová tradice, celá struktura jejich společnosti, je vtělena do toho nejvíce prchavého ze všech materiálů: lidské bytosti.“<sup>66</sup> Antropologie tak zásadně rozšiřuje rozmezí možných komparací i na právní systémy, které se projevují velice neobvyklými formami. Zároveň tak prohlubuje pojetí práva obecně. Doplnuje své pojetí práva o ty jeho aspekty, které z něj právní vědy spíše vyčleňují (například emocionalita, chování a kognice).

Ani dominantně textová povaha moderního práva by neměla vést antropologického výzkumníka k tomu, aby se při jeho studiu omezoval pouze na (právní) texty, které beztak připouštějí mnohost interpretací. Moore upozorňuje na to, že zákon, ostatně jako každý text, je v každé nové situaci vždy znovu „přirozeně náchylný k mnoha interpretacím.“<sup>67</sup> Antropolog by však zároveň neměl právní texty vynechat jako něco, co patří do domény právní vědy. V tomto bodě by proto mělo dojít k překrytí perspektivy právní vědy a antropologie. Ani moderní (tzv. psané) právo totiž nefunguje pouze jako psaní a čtení, zapamatování a citování textů. Takové pojetí práva je příliš mechanické. Právní text je třeba vnímat spíše jako projekt a právní praxi jako jeho realizaci. Texty právních předpisů tak představují pouze jakési materiální kotvy (pojem z kognitivní antropologie),<sup>68</sup> na které navazuje kognitivní, spontánní diskurz. Pokud přistupujeme k modernímu právu jako k právu nativnímu, je třeba formální aspekty moderního práva doplnit přinejmenším o aspekty kognitivní.

Právo reciprocity v moderním kontextu zahrnuje z hlediska právní vědy formální pravidla, která určují, jaký právní systém (případně systémy) bude aplikován v dané věci (tzv. kolizní normy), a jaká právní autorita kterého státu je oprávněna danou věc rozhodovat (tzv. jurisdikční normy). V této práci se však s pojednáním o těchto formálních právních

---

<sup>66</sup> MALINOWSKI, B. *Argonauts of the Western Pacific*. op. cit., s. 10–11.

<sup>67</sup> MOORE, S.: *Secular Ritual: Forms and Meanings*. In MOORE, S., MYERHOFF, B.: *Secular Ritual*, 3–24. Assen 1977.

<sup>68</sup> HUTCHINS, E. *Material Anchors for Conceptual Blends*. op. cit.

normách (kolizních a jurisdikčních) nesetkáme. Není tomu tak proto, že by nebyly součástí terénu, nýbrž proto, že stojí na okraji problému, na který se zde soustředím (zacházení s právní jinakostí). Juristická perspektiva se na tyto formální normy naopak soustředí a omezuje se na ně. Právní vědci jsou si bezpochyby vědomi toho, že jsou zde i konkrétní zkušenosti právní praxe s právem druhých, avšak ze svých pojednání je vyčleňují. Význam konkrétních zkušeností s aplikací cizího práva a jeho kontextem je v právních pojednáních zpravidla redukován na nulu. Kulturní a právní význam přiřkládaný právu druhých je tak formován soudem v rámci konkrétního sporu či řízení. Jelikož není zaznamenáván, je následně zpravidla zapomenut.

V této práci jde tak s trochou nadsázky o „záchranný výzkum“ spontánního, kognitivního diskurzu aplikace cizího práva uvnitř kultury psaného práva. Pouze na základě dat z této oblasti lze totiž odpovědět na otázku, jakým způsobem moderní právní autority komparují právní systémy v rámci reálných situací právního provozu (a proč mají zjištěné právní komparace danou podobu). Tento kognitivní diskurz je jakýmsi souběžníkem oficiálního formálního diskurzu, který je zachycen především v psaných textech a v tom, čeho jsou si právní autority vědomy jako svých formálních povinností. Kognitivní diskurz by bylo možné odhalit částečně rovněž archivní prací zaměřující se na užití práva druhých přímo v soudních rozhodnutích, avšak tato cesta by jej nezachytila v jeho komplexnosti. Zachytila by jej pouze ve velmi malých fragmentech. Je to tedy právě zde – u kognitivních aktivit právních autorit – kde antropologie právní modernity začíná se svými tradičními metodami zúčastněného pozorování a semistrukturovaných rozhovorů. Ke kognitivnímu diskurzu moderních právních autorit totiž autoritativně strukturované právní vědění nesahá.

Neexistuje sice jakýkoliv důvod, proč by právní věda měla kognitivní aspekty práva (ale i emocionální a behaviorální) a priori diskriminovat ve prospěch aspektů formálních a normativních, avšak fakticky se tak děje. Obdobně jsou opomíjeny určité právní systémy, konstruuje-li právní věda obecné právní kategorie. Zejména je takto přistupováno k decentralizovaným, segmentárním společnostem. Právní věda někdy upírá existenci práva i některým etablovaným státům,<sup>69</sup> ač na teoretické úrovni mezi sociálními vědami a právními vědami panuje obecná shoda v tom, že komparace a verifikace je třeba uskutečňovat z kritické distance a vyhýbat se jakýmkoliv apriorním předpokladům. Je zde patrně souvislost mezi hlubokým (anebo mělkým) poznáním práva a komparativním rozmezím, jehož rozsah je

---

<sup>69</sup> RUSKOLA T., *Legal Orientalism*. In Michigan Law Review 101, 1 (2002): 179–234.

určován odpovědí na otázku, jaké právní (či normativní) systémy jsou ještě zahrnovány do komparací a jaké již ne.

Překrytí právní (juristické) a antropologické perspektivy nám také pomůže vyhnout se tomu, abychom chápali autoritativní perspektivu informantů v daném terénu za samozřejmou, ať už jde o formální nebo kognitivní diskurz.<sup>70</sup> Nejde přitom o to rozmlžovat distinkci mezi nativní (v daném případě právní) a antropologickou perspektivou.<sup>71</sup> Spíše než o smísení perspektiv jde o udržování striktního kontrastu mezi nimi. Jak totiž uvidíme v této práci, kontextualizace antropologického pojetí práva v terénu kognitivních postupů moderních právních autorit umožňuje lépe pochopit svébytnost samotných informantů. Skutečnost, že sami informanti mohou tyto perspektivy zaměňovat nebo prohazovat některé jejich prvky, nezabavuje antropologického výzkumníka potřeby rozlišování infra-jazyka jeho vlastní analýzy a nativního (byť také analytického) jazyka užívaného k poznání práva druhých. Jakkoliv se může zdát umělé spojovat v jednom terénu analytické perspektivy, které v něm ve skutečnosti obvykle spojeny nebývají, je to účinný způsob, jak osvětlit podstatu právního komparování obou (tj. antropologické i juristické perspektivy).

Setkávání s právem druhých v rámci srovnávacího práva je zpravidla založeno na představě dvou analyticky odlišných jednotek (dva státy, dva kmeny, dvě komunity). Tento v jiných kontextech legitimní přístup se však nehodí pro účely porozumění způsobu užití a konceptualizace jednoho právního systému v prostředí druhého právního systému. Při aplikaci cizího práva se totiž proplétají kognitivní postupy směřující k vytvoření významu cizího práva s formálně-rituálními postupy, jimiž je cizí právo integrováno do domácího právního systému.

Například aplikace afghánského obchodního práva jako cizího práva v České republice však také není situace, jaká by byla obvykle zkoumána antropologickými nebo etnografickými metodami. V tradičně pojatém antropologickém výzkumu by afghánské obchodní právo figurovalo patrně jako jedna ze zkoumaných oblastí dlouhodobého terénního pobytu přímo v Afghánistánu.<sup>72</sup> Vzdálenost od výzkumníkovy domova by rovněž umožnila zachovat si představu dvou odlišných právních jednotek (států). V tomto ohledu by se tak antropologická perspektiva shodovala s perspektivou srovnávacího práva. V jiných

---

<sup>70</sup> Srov. LATOUR, B.: *The Making of Law: Ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge 2010. Latour zaujal mnohá hlediska svých informantů, soudců, jakoby byla jeho vlastní, což ovlivnilo jeho porozumění právní modernitě na obecné rovině.

<sup>71</sup> AMIT, V.: *Constructing the Field: Ethnographic Fieldwork in the Contemporary World*. Londýn 2000, s. 12.

<sup>72</sup> MARSDEN, M.: *Trading Worlds: Afghan Merchants across Modern Frontiers*. Oxford 2016.

ohledech by se samozřejmě lišila. Metoda srovnávacího práva je totiž založena na juxtapozici (položení vedle sebe) afghánských a domácích psaných zákonů. Aplikace cizího práva v domácím kontextu se však spíše podobá postupu tlumočnicka, který se snaží pochytit podstatu sdělení místo, aby se snažil o doslovný překlad. Při zkoumání, jak jsou například právní systémy z Afghánistánu situovány do prostředí domácího právního systému, tedy primárně nejde o kuriózní informace o afghánském právu, nýbrž o způsob směšování domácího práva a práva druhých.

Směšování nebo naopak vyčleňování je totiž příznačné pro jednotlivé kontexty právních komparací. V konkrétních komparacích lze tak vysledovat určité konfigurace právních podobností a rozdílností – styčných bodů či základních kamenů jejich realizace. V těch kontextech, kde převládá spíše hledání konkrétních právních podobností, je cílem zacházení s právní jinakostí harmonická aplikace cizího práva v návaznosti na domácí právní rámec (právní komparace jako *mediace*).<sup>73</sup> Hledání právních rozdílností je na druhou stranu příznačné pro komparace nemající takový praktický účel. Tyto komparace lze pokládat za akty purifikace. Jejich cílem je vymezení identity moderního práva na základě separace od práva druhých (právní komparace jako *purifikace*).<sup>74</sup> Obě komparativní strategie však vždy kombinují právní podobnosti a rozdílnosti. Jde tedy spíše o to, jaké prvky se kde stávají rozhodujícími. Antropologicky orientovaný výzkumník v ideálním případě symetricky zdůrazňuje jak právní rozdílnosti, tak právní podobnosti, avšak v reálném světě mají právní komparace vždy určitý *étos*, funkce a cíle, a jsou určitým způsobem situovány a distribuovány.

## **1.12 Identita moderního práva a její vliv na poznávání práva druhých**

Vymezování identity moderního práva na základě komparace s právem druhých není primárním předmětem této práce. Na druhou stranu diskurzivní praktiky směřující k tomuto vymezení významně ovlivňují koncept práva užívaný moderními právními autoritami například při poznávání afghánského obchodního práva. Jestliže je do poznání práva druhých implantováno naše pojetí práva, stává se pak právo druhých hybridem. Z hlediska vymezení moderního práva právo druhých skutečně přechází přes dvě dělící příčky konstituující mysl moderních právníků: příčku oddělující právo a fakt a příčku oddělující domácí právo a právo

---

<sup>73</sup> Srov. LATOUR, B.: *We have never been modern*. op. cit., s. 11, 41.

<sup>74</sup> Srov. *Ibidem*.

druhých. Tyto dělicí příčky odkazují na velká moderní rozdělení společenské domény oddělující přesné vědění (skutečnosti) a výkon moci (normy),<sup>75</sup> stejně jako nás a druhé.<sup>76</sup> Při mezikulturním přenosu jsou právní systémy v Afghánistánu odpojovány od původního „afghánského“ kontextu, jsou podrobovány mnohým úpravám a transformacím a nakonec jsou připojovány prostřednictvím nových asociací k západnímu právnímu rámci. Symbolické reprezentace právních systémů Afghánistánu tedy „jsou to, co koluje po celé délce reverzibilního řetězce transformací, na každém kroku ztrácejí některé vlastnosti, aby současně získaly jiné, což je činí kompatibilními s již zavedenými středisky uvažování“<sup>77</sup> – tedy v daném kontextu s moderními soudy.

Právní věda (doktrína) však tímto způsobem danou situaci vůbec nechápe. Právo v Afghánistánu je pro ni zpravidla „státní právo Afghánistánu,“ které je nahlíženo jako neměnný objekt, ve své celistvosti neproblematicky přemístěný z jednoho kontextu do druhého.<sup>78</sup> Právní doktrína tedy předpokládá, že právo nacházející se v Afghánistánu bude přesně totéž právo, jako afghánské právo aplikované českým soudem; tj. statický fakt, hotový, přichystaný objekt své aplikace, který je nutné nanejvýš přeložit a interpretovat.<sup>79</sup>

V této práci se proto zabývám sociálními, kulturními, materiálními a v neposlední řadě také organizačními transformacemi, které nastávají na cestě práva druhých z Afghánistánu či jiné ciziny do České republiky, a jejich pravidelnostmi. Právo druhých není v rámci svého mezikulturního přenosu možné chápat ani jako právo (v antropologickém smyslu), ani jako fakt, nýbrž jako vědění nebo jako „arte-fakt,“<sup>80</sup> tj. jako symbolickou reprezentaci práva druhých, která je nestálá, nedokončená a neúplná. Jakákoliv jiná symbolická reprezentace práva druhých může totiž doplnit nebo zcela změnit její význam. Teprve v aktu finální aplikace afghánského obchodního práva jako cizího práva dochází k opětovné

---

<sup>75</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>76</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>77</sup> LATOUR, B.: *Circulating Reference: Sampling Soil in the Amazon Forest*. In LATOUR, B.: *Pandora's Hope: Essays on the Reality of Science Studies*, 24–79. Cambridge 1999, s. 71–72.

<sup>78</sup> LATOUR, B.: *Reassembling the Social – An Introduction to Actor-Network-Theory*. Oxford 2005, s. 39.

<sup>79</sup> To však ještě neznamená, že je náhled právní doktríny mylný. Je totiž velmi praktický. Zda lze afghánské a české obchodní právo pokládat za statické, neměnné objekty nebo dynamické, měnící se překlady a interpretace, autonomní právní jednotky nebo právní hybridy, fakta nebo arte-fakta, fakta nebo normy atd., závisí zcela na perspektivě, ze které je zkoumáme (soudce, advokát, znalec, odborník na cizí právo, srovnávací právník, antropolog, sociolog etc.). Není to však ani právo druhých, ani domácí právní autorita, kdo dává právním komparacím definitivní tvar. V tomto ohledu hraje ústřední roli situovanost kognitivních a formálních procesů zacházení s právní jinakostí, tj. prostředí, kde se tyto procesy odehrávají (viz též dále).

<sup>80</sup> LATOUR, B.: *Science in Action: How to Follow Scientists and Engineers through Society*. Cambridge 1987, s. 21–62.

stabilizaci takové symbolické reprezentace. Stává se z ní opětovně právo, byť právo změněné a umístěné do jiného sociokulturního kontextu.

S vymezováním identity moderního práva souvisí rovněž existence zákonných ustanovení, která umožňují soudci odepřít aplikaci cizího práva (označované jako *ordre public* či výhrada veřejného pořádku). Na jejich základě může soud totiž od aplikace cizího práva upustit, i když by k ní byl jinak povinen na základě zmíněných kolizních norem, byla-li by taková aplikace v rozporu s veřejným pořádkem (*ordre public*). V poslední třetině devatenáctého století byla tato výhrada veřejného pořádku poněkud výstižněji označována jako „odporová pravidla“ (*repugnancy rules*)<sup>81</sup> upravující situace, kdy právo druhých vzbuzovalo u moderních právních autorit odpor. Již ze samého označení těchto pravidel je přitom patrné, že součástí právní jinakosti může být významná dimenze emocionality.

Výhradu veřejného pořádku lze reflektovat dvěma zcela protichůdnými interpretacemi. Zaprvé, v kontinentální právní kultuře jsou soudci ve svém rozhodování vázáni zákony a tato premisa se vztahuje i na cizí zákony v kontextu aplikace cizího práva (či jiných oblastí *comitas gentium*). V jistém smyslu je tak právu druhých přisuzována moc změnit soudcovu kulturní identitu, a proto zde musí existovat možnost vyhnout se takové změně identity odepřením aplikace cizího práva. Identita soudce, a tím i práva, je dle této interpretace závislá na tom, jakými zákony se soudce řídí (právní autority jsou tím, čím jsou jejich zákony). Zadruhé, odepřít aplikaci cizího práva je možné na základě protikladného důvodu, dle něhož je podstatné, čím právní autority jsou. Na první pohled se zdá, že i v tomto případě má identita práva přednost před identitou soudce, avšak pouze dokud si neuvědomíme, že veřejný pořádek není nikde definovaný jako normativní systém konkrétních pravidel. Vymezení takto vágní kategorie je proto závislé zejména (avšak nikoliv pouze) na soudci. Veřejný pořádek totiž spolu s ním vymezují i jiné autority, které se na konkrétní rozhodovací činnosti nepodílí, avšak jejich postoje jsou soudcem rovněž respektovány (ať už bezděky nebo záměrně). Podstatná proto je identita lidí, kteří uskutečňují právo ve své rozhodovací činnosti nebo je mimo ni vymezují, nikoliv identita práva jako takového. Je tedy na „společnosti,“ aby vymezila, kdo jsme a na čem nám záleží, nikoliv na právu, které je tak vnímáno spíše jako servisní technologie společnosti. Ať už výhradu veřejného pořádku interpretujeme jakkoliv, je třeba si uvědomit, že jejím kognitivním základem je separace práva druhých a domácího práva (purifikace), na rozdíl od aplikace

---

<sup>81</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages: Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*. New York 2015, s. 3, 84, 99, pozn. 41.

cizího práva, jejímž kognitivním základem je smísení či navázání práva druhých na rámec domácího práva (mediace, hybridizace).

### 1.13 Zacházka přes soud

Latour uvádí, že jestliže chceme správně pochopit jevy moderní kultury, je třeba udělat si „zacházku přes laboratoř.“<sup>82</sup> Čili, máme-li pak správně pochopit právní modernitu, je třeba vzít to oklikou přes soud, právní autoritu. Přestože v moderní společnosti existují, jak jsem již uvedl, i jiná místa, kde se uskutečňují právní komparace, upřednostnil jsem před nimi právní praxi. Soud je totiž prvořadým místem navazování práva druhých a domácího práva. V jeho činnosti při aplikaci cizího práva se spojuje mnoho aspektů komparativních kognitivních aktivit, jež jinde zůstávají oddělené (právo a fakt) a jsou proto převážně místy purifikace. Oproti Geertzově představě, že „západní polarizace mezi použitelným právem a relevantním faktem“<sup>83</sup> představuje ústřední charakteristiku moderního práva, však aplikace cizího práva představuje (i) v tomto ohledu *hybrid par excellence*. Západní právní autority totiž právo druhých zjišťují a zkoumají jako fakt a aplikují jej jako právo. Tato transformace z faktu na právo zahrnuje přinejmenším na vyšších soudech, jak jsem zjistil, přechodový rituál mezi neformálními konzultacemi s kolegy (studium) a zasedáním senátu k právní úvaze (aplikace).

Právo druhých tak v této souvislosti *není* primárně příkladem nmoderního způsobu právního myšlení, které by bylo nějakým zásadním způsobem odlišné od toho našeho. V kontextu aplikace cizího práva (a *comitas gentium* obecně) nedávají binární charakteristiky jako afektivní/racionální, abstraktní/konkrétní nebo integrativní/analytické žádný znatelný smysl. Soud dává implicitně najevo, že stejně jako jazyk a gramatika, je jakékoliv právo a právní systém přenositelný a přeložitelný. Soud dává najevo i to, že cizí hmotněprávní normy mohou být situovány do kontextu domácích (zejména procesních) norem. Navzdory časté a patrné omezenosti informací o právu druhých soudci ani jiní justiční odborníci nedávají najevo pochybnost o souměřitelnosti a porovnatelnosti práva druhých s jejich vlastním právem. Tato obecná víra v právní podobnost však kontrastuje se zmíněnou výhradou veřejného pořádku a ochotou odepřít aplikaci cizího práva v určitých případech. Výrazná omezenost informací o právu druhých, které má soud k dispozici, stejně jako výrazná omezenost jazykové výbavy a kulturních zkušeností soudců, přispívá

---

<sup>82</sup> Ibidem, s. 111–113.

<sup>83</sup> GEERTZ, C. *Law and Fact in Comparative Perspective*. In GEERTZ, C. *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York 1983, s. 222.



ke spoléhání se na (často vícenásobné) překlady. Ve výsledku je tak cizí právo, které má soud k dispozici, „citací citace citace“ či „překladem překladu překladu.“ Nejistota a problémy, které z toho vyplývají, se ještě zvětšují v případech, kdy je právem druhých právo nadstandardně odlišné.

Je rovněž patrné, že soudci pracují s omezenou informací o cizích právních normách v jistém smyslu bez kognitivní diskriminace. Na zákony jakéhokoliv původu totiž aplikují stejnou logiku a způsob dovozování, stejné kulturní předpoklady a teoretická východiska, jako na zákony své vlastní země. Jelikož je význam cizího práva „logicky“ situován do kontextu společenského života „tady“ a nikoliv „tam,“ zůstává v mnoha případech nerozřešenou otázkou, zda právní rozhodnutí českého soudu aplikující cizí právo dává smysl i z hlediska původní, cizí právní logiky a původního sociokulturního kontextu. Tj. například při předestření českého právního rozhodnutí aplikujícího afghánské obchodní právo obchodnímu soudu v Afghánistánu.

#### **1.14 Mezikulturní přenos práva jako problém legitimní autority**

Možnost mezikulturního přenosu práva a jeho osvojení na základě četby je hlavním zdrojem legitimacy a autority rozhodování domácího soudu ve vztahu k účastníkům sporu, kteří jsou někdy sami více obeznámeni s vlastním právním a kulturním kontextem, než soudce. Tato legitimita se problematizuje zejména v případech, kdy je právo druhých natolik odlišné, že cizí představa o tom, co je právo a co nějaký jiný typ normativity (zvyk, mravnost apod.), nekoresponduje s představami soudce. Problematizuje se ještě více, když rozdílnost spočívá nikoliv přímo v obsahu práva, ale v jeho sociální organizaci. Tak je tomu právě v případě práva v Afghánistánu a Jemenu, na které se v této práci zaměříme. Domnívám se, že právě tuto problematickou legitimitu měl na mysli Mauss, když poukazoval na to, že „[p]rávo zůstává mezi námi nevědomé a stane se vědomým pouze v případě sporu (například manželská smlouva). Opak nacházíme v archaických společnostech. [...] Jistý postoj stále uvědomělosti práva je typický pro archaické národy, které v žádném případě nežijí v přírodním stavu, jak si představovali první Evropané.“<sup>84</sup>

České soudy, stejně jako všechny kontinentální soudy, jsou podřízeny doktríně *iura novit curia* (soud zná právo). Ve vztahu k právu druhých to v praxi znamená, že se soudci nemohou ptát účastníků sporu na právo, nemohou je od nich požadovat (byť si někdy sami účastníci soudního řízení své právo s sebou přinesou). Na druhou stranu soudci sami nemohou

---

<sup>84</sup> MAUSS, M.: *Jural Phenomena*. In MAUSS, M.: *The Manual of Ethnography*. Oxford 2007, s. 107.

ani provádět vlastní právní výzkum na vzdálených místech planety. Zároveň je vysoce nepravděpodobné, že by mohl český soud neformálně konzultovat skutečnou právní autoritu v tak velmi vzdálené a odlišné zemi, jakou je například Afghánistán (byť mezi některými z evropských zemí vzájemné neformální konzultace soudců vzácně probíhají). V důsledku toho je „afghánské právo“ vytvořeno českými soudy bez Afghánců (ve smyslu státních příslušníků Afghánistánu), pouze za pomoci materiálů, do kterých je toto právo vepsáno.

Afghánské právo bez afghánských právních autorit (cizí právo) je proměněnou, původně integrální součástí identity afghánských účastníků řízení. V rámci *comitas gentium* tak dochází k osvojování právních aspektů identity druhých. Z této skutečnosti vyvěrá zapeklitý rébus. V prostředí terénu je zřejmé, že způsob uvažování a kognitivního zacházení s právní jinakostí není jen logický výsledek vyvstávající z interpretace z cizích pravidel nebo z kolize cizích a domácích právních pravidel. Jedná se naopak spíše o výsledek synchronizace komplexního sociokulturního uspořádání domácího práva, organizačního uspořádání mezikulturního transferu a procesů dekontextualizace práva v zemi původu a jeho opětné kontextualizace v novém, českém prostředí. Při této synchronizaci přitom působí mnoho aktérů (včetně například terénního výzkumníka, tlumočnicka, překladatele apod.). Na soudce tak nelze nahlížet jako na izolovanou jednající a uvažující osobnost, nýbrž spíše jako na ústřední bod sítě mnoha jiných autorit, které představují ne zcela zřejmé síly, *éminence grise* jeho právního poznání.

Otázka mezikulturního přenosu práva je tedy komplexním a podstatným předpokladem právních komparací. V zemi původu práva druhých je podmínkou jakéhokoliv mezikulturního přenosu práva určitá míra jeho otevřenosti vnějšímu světu. Jednotlivé společnosti mají v tomto různé přístupy. Osvojit a přenést právo druhých do jiného kontextu mohou však také výzkumníci nezávisle na vůli cizích států. Osvojení jako celek tedy závisí jak na moderních právních autoritách v zemi určení, kde se aplikuje cizí právo, tak na těch, kdo provádí výzkumy nativního právního prostředí v zemích původu či na zemi (státu) původu. V obou případech často dochází k nepřesné izolaci cizí právní normativity a k jejímu značnému zploštění. Přitom v důsledku dekolonizace po druhé světové válce, která se přirozeně týkala i mezinárodní zdvořilosti, se mezikulturní přenos práva začal týkat i nestátních právních systémů. V této souvislosti je však třeba upřesnit, že i dříve se hojně užívala „doktrína o povinnosti dobyvatele zachovat původní právo.“<sup>85</sup> Problémy spojené

---

<sup>85</sup> MOMMSEN, W., DE MOOR, J.: *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in 19th- and 20th-century Africa and Asia*. Oxford, New York: 1992, s. 29.

s přenosy těchto nestátních, někdy literárně zcela nepodchycených právních systémů, jsou přitom značné. Proces redukce nativní právní kultury na přeložitelné a přenositelné textové informace je uskutečňován skrze transformace těžko uchopitelného a enigmatického sociokulturního originálu.

Přenášené textové informace o nestátních právních systémech se nadto stávají něčím jiným, než je původní, autentická či před-diskursivní realita přenášeného práva druhých. Přesto je nutné vidět tuto transformaci – převedením „divokých“ ústních právních systémů nerozlučně spojených s komunitními nebo kmenovými právními autoritami na textové jednotky – v kontextu moderního pojetí právní jistoty. V případě Afghánistánu se tento problém týká i nestátních právních systémů regulujících obchod. Toto „archaické“ obchodní právo se však moderní „racionalizací“ a „kodifikací“ téměř dokonale vymyká. Důsledky tohoto vymykání pro legitimitu českých soudů v obchodním sporu v očích cizinců nejsou však zcela viditelné. Soudce si tohoto vymykání například skutečného afghánského obchodního práva z jeho osvojitelnosti moderními právními autoritami není zcela vědom. Často se o něm zkrátka nedozví. Nejvíce znepokojující a přitom téměř dokonale neviditelná je přitom nekompatibilita tohoto práva druhých se západním pojetím zákona jako přenositelného textu (mobilního zákona). V průběhu mezikulturního přenosu práva od jeho kořenů v kultuře původu až po jeho poznání a aplikaci v kultuře určení, se proto snažím zachytit bod konverze „od neznalosti k jistotě, od slabosti k moci, od vlastního sebedopceňování tváří v tvář světu k jeho ovládnutí.“<sup>86</sup>

Cíl antropologa je v tomto ohledu jednoznačný; sledovat změnu práva druhých v důsledku jeho dislokace a výsledek porovnat s původním kontextem. Při popisu změn v právu druhých, ke kterým dochází během jeho přenosu z jeho mateřské kultury do západního právního rámce, se antropolog pokouší v první řadě pochopit změny kontextů a navázání práva na ně. Z tohoto hlediska je právo především dynamické vědění (i tehdy, je-li soustředěno v textech).

Afghánské obchodní právo, pokud se na závěr této části zaměříme pouze na náš hlavní příklad, tedy prochází mnoha změnami, než je v konečné mobilní podobě dáno k dispozici moderním soudcům, daleko od země svého původu. Sociální život a kulturní instituce země původu jsou vyčleněny z jeho obrazu jako dle „zdravého rozumu“ či „logiky věci“ právně irelevantní. Interpretace afghánského obchodního práva je realizována například v kanceláři soudu, v debatách nebo v elektronických konzultacích mezi soudci a odborníky na cizí právo.

---

<sup>86</sup> Ibidem, s. 30.

Samo kancelářské prostředí zvláště kontrastuje s místem původního uskutečňování afghánského obchodního práva – ve shromáždění lidí sedících na otevřeném venkovním prostranství, ve stromovém stínu nebo na „perských“ kobercích velké strohé místnosti.

## 2. COMITAS GENTIUM: KOOPERACE VE VZTAZÍCH MEZI PRÁVNÍMI AUTORITAMI Z RŮZNÝCH ZEMÍ V PŘESHraniČNÍCH OBCHODNÍCH SPORECH

### 2.1 VymeZování comitas gentium jako moderního práva reciprocity

Po staletí byly přeshraniční vztahy mezi právními autoritami z různých zemí vymeZovány v organizačním a konceptuálním rámci mezinárodní zdvořilosti či přesněji comitas gentium.<sup>87</sup> Comitas gentium je někdy pokládána za „mezinárodní mravnost,“<sup>88</sup> která umožňuje obchodování přes hranice zemí, jejichž vnitřní právní standardy obchodní směny se různí. V čem je tato mravnost pozoruhodná a jak to, že o ní lze mluvit jako o právu reciprocity (které stojí na „moderní“ straně našeho srovnání)? Comitas gentium upravuje postup soudů při řešení přeshraničních obchodních sporů (a i sporů s obchodem souvisejících), aniž by bylo nutné stanovit společná pravidla obchodní směny. Respektuje totiž skutečnost, že „[p]rávní systém je součástí určité společnosti, proto se nutně – i když nevýslovně – opírá o 'mravy' dané společnosti.“<sup>89</sup> Comitas gentium tak nedopadá přímo na transakce obchodníků z různých zemí s odlišnými právními systémy a mravy. Naopak dopadá pouze na interakce právních autorit z těchto zemí, a to za účelem nastolení legitimacy právního rozhodnutí ve vztahu k oběma sporným stranám, a jeho vynutitelnosti v obou zemích. Je to tedy kodex řešení kolize různých právních systémů, různých mravností. Legitimity právního rozhodnutí vůči obchodníkům s různými právními standardy obchodního chování se přitom dociluje prostřednictvím reciprocity ve vztazích mezi právními autoritami různých zemí (nikoliv tedy reciprocity ve vztazích mezi obchodníky). Například český soud uzná rozhodnutí íránského soudu v případě, že íránský soud v tomto svém rozhodnutí aplikuje české právo. Nebo české soudy uznávají rozhodnutí íránských soudů (aplikujících íránské právo), pokud i íránské soudy uznávají rozhodnutí českých soudů (aplikujících české právo). Nebo český soud uzná rozhodnutí íránského soudu aplikující například turecké právo, pokud se na tureckém právu dohodly strany obchodního kontraktu, neboť íránský soud by také uznal rozhodnutí českého soudu, které respektuje společnou vůli sporných stran, řídit se tureckým právem.

---

<sup>87</sup> Tento koncept obvykle zahrnuje aplikaci cizího práva namísto domácího práva, uznávání a výkon cizích rozhodnutí (včetně implicitního uznání práva cizích rozhodnutí) a extra-teritoriální implikace domácího nebo cizího práva, včetně mezinárodní justiční spolupráce zahrnující například zasílání cizího práva, provádění důkazů v cizině a doručování soudních písemností do ciziny.

<sup>88</sup> ORAKHELASHVILI, A.: *The Position of the Individual in International Law*. In California Western International Law Journal 31, 2 (2001): 241–276, s. 241.

<sup>89</sup> SOKOL, J.: *Dluh života: články, eseje, glosy*. Praha 2016, s. 280.

Na *comitas gentium* lze však nahlížet jako na mravnost pouze, díváme-li se na vztahy mezi národy, které na ni přistupují ze své vnitřní svobodné vůle (řeceno velmi abstraktně). Jakmile však sestoupíme o příčku níže na úroveň konkrétní společnosti, jedná se o závazný kodex chování domácí právní autority vůči cizí právní autoritě, tj. o právo. Toto právo není v každé zemi stejné. Každá společnost přistupuje totiž k recipročním vztahům s cizími právními autoritami po svém, i když je nutné přiznat, že mnohé podobnosti těchto přístupů přirozeně vyplývají z častých vzájemných styků a spolupráce mezi (nejenom právními) autoritami různých zemí.

Obecně lze říci, že každý stát stanoví pro své vlastní občany a orgány včetně soudů pevná, autoritativně sankcionovaná pravidla zdvořilosti směřující k cizincům obecně i k orgánům cizího státu zvláště (právo pohostinnosti). Moderní právo reciprocity *comitas gentium* je součástí tohoto širšího práva pohostinnosti.

### 2.1.1 Dva okrsky reciprocity

„Archaické“ či „tradiční“ varianty práva pohostinnosti jsou v sociální antropologii tradičně charakterizovány jako neformální a někdy dokonce jako neprávní kulturní jevy.<sup>90</sup> *Comitas gentium* je naopak vymezována zpravidla normativisticky a formálně. Tyto dvě inklinace jejich popisů značně stěžují srovnání *comitas gentium* s dalšími příklady práva pohostinnosti Pitt-Riversovy srovnávací sítě,<sup>91</sup> kterou zde užívám jako východisko pro klasifikaci *comitas gentium* v kontextu práva pohostinnosti. Sám Pitt-Rivers k tomu nemalou měrou přispívá, když například tvrdí, že „host nemůže být host [...] tam, kde má práva a povinnosti.“<sup>92</sup> Avšak jestliže kodex pohostinnosti zahrnuje možnost nevhodného chování a překročení pravidel (například uvěznění hosta<sup>93</sup> nebo přílišné využívání pohostinnosti<sup>94</sup>), může být alespoň předběžně klasifikováno jako právo, neboť jak host, tak hostitel se řídí pravidly, která je možné porušit. Například Westermarck<sup>95</sup> uvádí, že když do marocké vesnice přijde host, je povinna ho hostit domácnost, která sídlí v prvním domě zprava ve směru, kterým cizinec přišel. Takové pravidlo lze v rámci konkrétní vesnice změnit, vynutit, stejně jako vesnická autorita může řešit spor ohledně této povinnosti, není-li jisté,

<sup>90</sup> Právo pohostinnosti je v antropologii pokládáno za neprávní a bezformální například Westermarckem (WESTERMARCK, E.: *Ritual and belief in Morocco*. op. cit., I. s. 227f.).

<sup>91</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 514.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> MARSDEN, M.: *Trading Worlds: Afghan Merchants across Modern Frontiers*. op. cit., s. 129.

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> WESTERMARCK, E.: *Ritual and belief in Morocco*. op. cit., I. s. 227f.

odkud cizinec přišel apod. Samozřejmě, že ne všechny normativní aspekty pohostinnosti mají právní charakter. Jsou zde i mnohé aspekty například etické a náboženské. Avšak jednoznačné zařazení pohostinnosti do rámce čisté neformálnosti a čisté bezprávnosti, se kterým se u některých autorů setkáváme,<sup>96</sup> je třeba chápat jako důsledek nedostatečně reflektovaného etnocentrismu. Formalita i právo jsou v různých kontextech definovány různě, stejně jako mnohé jiné významotvorné prvky interakce místních autorit s cizinci. To právě činí pohostinnost (a v jejím rámci i právo pohostinnosti) velmi problematickou a delikátní v mezikulturní komunikaci.

Archaická i moderní varianta práva pohostinnosti je vystavěna tak, aby chránila jak cizince, tak místní před jakoukoliv újmou, která může vyvstat z těchto nejistot mezikulturního obchodování, ať už jsou vědomé či nikoliv, a aby chránila proti jakémukoliv typu narušení ustáleného místního řádu.

Tradiční antropologická pojednání<sup>97</sup> upozorňují na to, že jak hostitel, tak host jsou potenciálním zdrojem nebezpečí a rizika (ne nutně definovaného jako nepřátelství), a také na to, že právo pohostinnosti je zpravidla situováno mezi různé kultury, stejně jako *comitas gentium* je situována v prostoru mezi právními systémy, a „je a vždy musí být nejisté.“<sup>98</sup> Vedle zdůrazněné nejistoty této mezikulturní nebo mezinárodní mravnosti však některá antropologická pojednání upozorňují rovněž na to, že na úrovni místního společenství je možné zaznamenat i právo pohostinnosti sestávající z vynutitelných povinností členů tohoto společenství vůči cizinci, autoritativně prosazovaných pouze uvnitř tohoto společenství.<sup>99</sup> Pro správné pochopení vztahu práva a pohostinnosti je proto rozhodující analytické rozlišení prvního a druhého okrsku směny, které je úhelným kamenem Pitt-Riversovy srovnávací teorie práva pohostinnosti. Pitt-Rivers zavedením tohoto rozlišení navazuje na starší autory, jako je Benveniste, a uvádí například následující citaci:

“První [ekonomická směna (*reciprocita*) – pozn. autora], podléhající kontraktu, může být uskutečněna souběžně nebo roztažena přes určité časové rozmezí. Druhá, směna milosti, je souběžná

---

<sup>96</sup> Ibidem.

<sup>97</sup> Například TURNER, B.: *Asyl und Konflikt von der Antike bis heute. Rechtsethnologische Untersuchungen*. Mnichov 2004, s. 416 a násl.

<sup>98</sup> DE NOVA, R.: *The First American Book on Conflict of Laws*. In *The American Journal of Legal History*, 8, 2 (1964): 136-156, s. 137.

<sup>99</sup> Například PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit.

pouze v podání ruky nebo aktu objetí, a obvykle vyžaduje iniciační gesto následované reakcí, jako u pohostinnosti nebo oplácení dobrodiní.”<sup>100</sup>

Aplikace cizího práva i mezikulturní přenos práva (moderní právo reciprocity), který jí předchází, jsou uskutečňovány mimo rámec obchodní směny v „druhém okrsku směny,“ neboť jsou realizovány jako projev úcty nebo za účelem projevu úcty.<sup>101</sup> Stejně jako v případě marockých vesnic, kdy hosta hostí první domácnost ve vesnici zprava, je pohostinnost předpokladem obchodu pouze, pokud se do ní zapojuje více vesnic (států). Dané pravidlo pohostinnosti se totiž nevztahuje ke konkrétnímu obchodnímu kontraktu ani k obchodníkovi, který se pohybuje mezi vesnicemi (není vůči němu reciproční), nýbrž přináleží ke vztahům mezi vesnicemi. Obchodník pouze jednostranně plní povinnosti hosta a vesnice mu jednostranně poskytuje pohostinnost. Kodex pohostinnosti povzbuzuje obchod, vytváří pro něj přívětivý rámec, avšak mezi vesnicí a obchodníkem nenalezneme vztahy reciprocity. Konkrétní obchodní kontrakty jsou však uzavírány mezi konkrétními obchodníky z různých vesnic. Vztahy reciprocity tedy nalezneme jednak ve směnných vztazích mezi konkrétními obchodníky z různých vesnic (první okrsek směny), jednak ve vztazích mezi jednotlivými vesnicemi, kdy se jimi dává najevo respekt jedné vesnice k druhé. Vztahy reciprocity mezi vesnicemi (stejně jako vztahy mezi státy nebo kmeny) tak přispívají k utváření „normálního okrsku směn, v kterém se dává, aby bylo získáno protiplnění.“<sup>102</sup> Nevyjasněn však zůstává vztah mezi prvním a druhým okrskem směny (vztah mezi vztahy vesnic, států či kmenů na jedné straně a směnnými vztahy obchodníků na druhé straně). Vodítkem pro objasnění této souvislosti nám může být Pitt-Riversova poznámka, že „normální okrsek směn“ zároveň reflektuje „totalitu lidských vztahů s božstvy“<sup>103</sup> a je závislý na „druhém okrsku, velkorysosti a uznání, které je poskytováno, aniž by se uvažovalo o návratu toho, co je nabízeno.“<sup>104</sup> V kontextu moderního práva tuto poznámku interpretuji tak, že obchodování přes hranice států reflektuje zároveň totalitu vztahů obchodníků se státy. To se projevuje i při aplikaci cizího práva v rámci *comitas gentium*. Státy jsou v obchodní

---

<sup>100</sup> BENVENISTE, E.: *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes, Vol. I, Economie, parenté, société*. Paříž 1969, přeložen a citován dle PITT-RIVERS, J.: *The Place of Grace in Anthropology*. In HAU: Journal of Ethnographic Theory 1, 1 (2011): 423–450, s. 430.

<sup>101</sup> Srov. PITT-RIVERS, J.: *The Place of Grace in Anthropology*. In HAU: Journal of Ethnographic Theory 1, 1 (2011): 423–450, s. 430.

<sup>102</sup> BENVENISTE, E.: *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes, Vol. I, Economie, parenté, société*. Paříž 1969, přeložen a citován dle PITT-RIVERS, J.: *The Place of Grace in Anthropology*. op. cit., s. 430.

<sup>103</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Place of Grace in Anthropology*. op. cit., s. 430.

<sup>104</sup> *Ibidem*.



směně neustále přítomny mimo jiné jako součást právního statusu a sociální identity obchodníků.

Pitt-Rivers ztotožňuje právo pohostinnosti s „problémem, jak zacházet s cizinci“<sup>105</sup> a poukazuje tak na to, že přechod jednotlivce z jedné archaické společnosti do druhé byl v antickém Středomoří doprovázen ustavováním vztahů umělého příbuzenství (patron a klient), v jiných kontextech byl pak doprovázen iniciačními rituály, které vymezily postavení cizince v hostící komunitě na základě zkoušky některých jeho vlastností.<sup>106</sup> Je zřejmé, že při těchto praktikách, které byly založeny na prokázání faktických atributů osoby cizince, nebylo nutné a ani možné přenášet s ním i jeho právní status, který cizinec nabyt v jiné komunitě. Tím ovšem nevznikala ani potřeba mít k dispozici právo společenství jeho původu. Z tohoto hlediska je právě aplikace cizího práva atribut, který odlišuje moderní *comitas gentium* od archaických variant práva reciprocity. Je proto žádoucí zahrnout *comitas gentium* do Pitt-Riversovy „komparativní sítě“<sup>107</sup> různých druhů a forem práva pohostinnosti, v jejichž náruči probíhá obchodní směna, jako jeho specifickou odrůdu. Toto zahrnutí lze uskutečnit přes sdílené a vzájemně související problémy: problém autority a problém reciprocity.

Reciprocita je termín užívaný s vysokou frekvencí českými právními autoritami v kontextu aplikace cizího práva a práva cizích právních rozhodnutí. Jsme-li v tomto terénu, můžeme se s ním setkat několikrát denně. Tato reciprocita se však nekryje s konvenčním antropologickým porozuměním reciprocity jako základu ekonomiky dávání darů a protidarů, ani s juristickou představou o vyváženosti smlouvy.<sup>108</sup> Spíše je to reciprocita, kterou mohou projevit pouze ti, kdo představují právo a zároveň patří k odlišným sociálním skupinám s jinými právními systémy. Přidržíme-li se předchozího příkladu, pak těmto vztahům mezi právními autoritami různých států odpovídají vztahy reciprocity marockých vesnic. V právně-antropologické literatuře jim nejvíce, i když ne zcela přesně, odpovídá Malinowského pojednání o právu.<sup>109</sup>

Je-li pak taková reciprocita někde písemně zachycena, je to ve smlouvách mezi státy, nikoliv v kontraktech mezi obchodníky. Avšak v případě mnohých států, s jejichž soudy české právní autority vstupují v kontakt, není vyjádřena v jakémkoliv mezistátním právním

---

<sup>105</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 501.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 503.

<sup>108</sup> K vyváženosti vzájemného plnění stran jako existenční podmínce smlouvy viz BEJČEK, K. et. al, *Kurz obchodního práva: Obchodní závazky*. Praha 2003, s. 9.

<sup>109</sup> MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. op. cit.

dokumentu. Obchodníci jsou z logiky věci ochuzeni o přímou participaci na tomto typu reciprocity. Nemohou ji přímo uskutečnit, nastolit ani přímo vynutit jako svá oprávnění. Jak to naznačuje Pitt-Rivers, když píše o cti chudých: neexistuje „žádná reciprocita než ta skrze božstvo.“<sup>110</sup> Stejně neexistuje žádná reciprocita, než ta skrze právní autoritu, a to ve dvojnásobném smyslu. Jednak obchodníci, kteří jsou účastníky určitého sporu, jsou v tomto ohledu opravdu chudí – nedisponují možností sami autoritativně proklamovat právo ve sporu. Přestože mohou být držiteli právního vědění, jsou ve sporu „zbaveni [autoritativního – pozn. autora] statusu a [právní – pozn. autora] autority.“<sup>111</sup> Jednak jejich právní rovnost je ustavena zákonem a vynucována právními autoritami. Jak je zejména patrné v přeshraničních obchodních sporech, rovnost vztahů mezi obchodníky není samozřejmostí. Již proto ne, že právní autorita, která je spojená s určitou (například) marockou vesnicí, moderním státem, jemenským kmenem nebo afghánským bazarem, má tendenci ve sporech upřednostňovat místní obchodníky před cizími. Může totiž snadněji prověřit tvrzení místních obchodníků, zatímco cizí obchodníci nemusí nést následky za svá tvrzení, pokud se následně ukáže jejich nepravdivost, jelikož z daného místa odejdou a ocitnou se tak mimo dosah jurisdikce místní právní autority.

Tyto dva momenty nejsou v širší komparativní perspektivě triviální. Vedle seskupení moderních států, které garantují svobodu smlouvy a rovnost soukromoprávních vztahů, se lze setkat i s patriarchálními příbuzenskými systémy, ve kterých jedna osoba či skupina osob činí právní rozhodnutí ohledně chování jiných členů rodiny, klanu apod., (relevantní pro mezinárodní rodinné právo). A také se lze setkat s obchodními asociacemi, ve kterých je rovněž rozhodující rodinná nebo klanová právně-autoritativní struktura či její ekvivalent (relevantní pro mezinárodní obchodní právo a přeshraniční obchodní spory). Tyto „patriarchální“<sup>112</sup> aspekty obchodu mohou zůstat relevantní v kontextu archaického práva reciprocity, avšak v rámci moderního práva reciprocity (*comitas gentium*) dochází, jak uvidíme dále, k vyčlenění původních právních autorit z přenášeného práva, což ve svých důsledcích může vést i k určité desintegraci původní sociální struktury, která zůstala „doma“ (tj. nebyla přenesena do západního právního rámce). V kontextu migrace lze proto uvažovat o tom, že *comitas gentium* je účinný nástroj pro desintegraci patriarchálních struktur v rodinných i obchodních formách sociálního sdružování. V tom lze také spatřovat

---

<sup>110</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 511.

<sup>111</sup> TURNER, V.: *Dramas, Fields, and Metaphors: Symbolic Action in Human Society*. Ithaca 1974, s. 259.

<sup>112</sup> Výraz „patriarchální“ zde užíváme spíše obecně, a to k označení právních systémů, které jsou založené na autoritativně-příbuzenských vazbách.

důvod, proč představitelé patriarchálně nebo obdobně autoritativně organizovaného obchodu mají sklon držet své obchodní aktivity stranou státních soudů.<sup>113</sup> V tomto smyslu lze právní rovnost chápat také jako vedlejší produkt exkluze nestátní právní autority z hlubších vrstev cizí identity.

Na jednu stranu se tedy pohostinnost v moderní *comitas gentium* projevuje tak, že na individuální úrovni je ze strany justičního systému hostičího státu prokazováno cizímu obchodníkovi ve sporu (nebo jehož status byl zpochybněn) stejné uznání jeho sociální identity a právního statusu, jako je prokazované obchodníkovi tuzemskému. Aby to například v případě obchodníka, který jedná v rámci obchodní společnosti, bylo možné, musí domácí právní autorita poznat právo jeho státu upravující status obchodních společností v obecné rovině. Uznání právního statusu (identity) cizích obchodníků je tak na praktické úrovni provázáno s právním systémem cizího státu. Toto uznání je tedy mediováno přes ty aspekty identity obchodníků, které jsou navázány na cizí společenství. Obchodníkovi – cizinci je tak poskytováno rovné postavení v kontextu domácího práva při zachování jeho jinakosti podobně, jako bylo antickému obchodníkovi prokazováno uznání ze strany hostičí středomořské obce, neboť zosobňoval cizí božstvo. Avšak na rozdíl od této antické situace není právo jako součást kulturní identity prostřednictvím *comitas gentium* limitováno „pouze na území, nad nímž [...] si on [cizí soud – pozn. autora] nárokuje autoritu.“<sup>114</sup>

Na druhou stranu se však pohostinnost v rámci *comitas gentium* projevuje i tak, že ve velké míře modifikuje status a „patriarchální“ identitu obchodníků (přinejmenším na kognitivní rovině), pokud neodpovídají moderním nárokům a očekáváním rovnosti ve vzájemných vztazích.

### 2.1.2 „Stín práva“

Setkání obchodníka – cizince s moderní právní autoritou je však výjimečná situace, neboť drtivá většina transakcí se odehrává bez její přítomnosti (pokud samotné soudní řízení lze pokládat za způsob uspořádání obchodní transakce). *Comitas gentium* je proto jen jednou složkou moderního kodexu pohostinnosti. Přesto však *comitas gentium* přispívá k ustavení a trvání normálního okruhu směny stejně, jako jakékoliv jiné právní pojetí reciprocity přispívá k časoprostorové strukturaci směny archaické. V kontextu afghánského obchodního práva

---

<sup>113</sup> Soudci, s kterými jsem se setkal, několikrát zdůrazňovali markantní nepoměr mezi počtem obchodních sporů a mnohostí obchodních vztahů s cizinci v České republice v tom smyslu, že nízký počet obchodních sporů je až zarážející.

<sup>114</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 514.

je účinek, jaký má soudní proces na normální směnu, méně nejasným, než je konvenční vysvětlení, které se opírá o dichotomii normativity a fakticity:

„i když obchodníci upřednostňují řešení sporů mimo soudy, jejich obchodování a plnění smluv se odehrává ve stínu práva. S vědomím, že soudy jsou připraveny řešit spory ze smlouvy na základě určitého objektivního souboru pravidel, často vede k více zdůvodněným vyjednávacím pozicím a rychlejšímu dosažení kompromisu. Kde soudy neexistují, aby vynutily obchodní právo, svémoc skrze násilí je docela běžná.“<sup>115</sup>

V kontextu decentralizovaného afghánského obchodního práva (právních systémů v Afghánistánu a jejich vzájemných vztahů reciprocity) je tak ustavena souvislost mezi prvním a druhým okrskem směny pomocí metafory „stínu práva,“ který dopadá na směnu, i když obchodníci nejsou ve sporu a i když tento spor není předestřen k řešení právní autoritě. Obchodní partneři tedy ve svých transakčních strategiích reflektují nejen jednotlivé právní systémy a způsob rozhodování jejich právních autorit, nýbrž i vztahy mezi nimi, jelikož na jejich přeshraniční transakce mohou dopadat stíny různých právních systémů. Právo reciprocity pak umožňuje obchodníkům určit jurisdikci a aplikovatelné právo *ex ante*. Přestože tedy v juristickém pojetí *comitas gentium* je problém právní autority vytěsněn na okraj, vztahy mezi právními autoritami různých států ve skutečnosti vrhají stín na přeshraniční obchodní směnu.

Kultura cti (proklamovaná někdy samotnými obchodníky) vylučuje často vztah k jakékoliv právní autoritě ze svého pojetí zdůrazňováním transakčních praktik založených na vzájemné důvěře (vzájemné směně cti). Tyto proklamace obchodníků lze však chápat spíše jako součást jejich strategií za účelem zvyšování vlastní kredibility, než jako přesvědčení o čisté kultuře cti při obchodování. Macaulay<sup>116</sup> totiž poukazuje na to, že právníci z týchž obchodních společností, jejichž obchodní představitelé se tváří, že právo je pouze pro druhořadé obchodníky, naopak zdůrazňují potřebu písemných obchodních kontraktů, jejichž obsah je založen na imaginativním předjímání porušení vzájemné důvěry. Tím do obchodních směnných vztahů vnášejí naopak kulturu práva. V tomto smyslu moderní obchodníci stejně jako moderní právníci nepopírají zřejmý vztah mezi právem (v daném případě druhým okrskem reciprocity) a směnou (prvním okrskem reciprocity), ale spíše jej potvrzují (byť tak obě skupiny činí z protichůdné perspektivy).<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 19.

<sup>116</sup> MACAULAY, S.: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. op. cit., s. 58.

<sup>117</sup> MACAULAY, S.: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. op. cit.

Význam práva reciprocit lze tak spatřovat právě v této sociální funkci, totiž, že přeshraniční obchodní směna probíhá, ne-li ve stínu právního systému konkrétního státu, pak tedy ve stínu „směny cti“<sup>118</sup> mezi právními autoritami různých států, když prokazování úcty cizímu suverénovi zahrnuje i takové projevy, jakým je aplikace cizího práva.

Jinými slovy, formální a kognitivní „transakce“ uskutečněné mezi spornými stranami a soudem v rámci procesu, stejně jako „transakce“ mezi domácí a cizí právní autoritou v rámci téhož procesu, vrhají stín na obchodní transakce, které jsou předmětem sporu.

Přeshraniční obchod založený na právní rovnosti mezi cizinci a místními lze tedy jen s obtížemi interpretovat jako „objektivní“ smluvní vztahy mezi ekonomickými aktéry nebo „čisté“ obchodní vztahy. Tyto vztahy se opírají o rozsáhlou síť právních autorit, které tento obchod umožňují. Skýtají totiž obchodníkům vědomí, že normativní rámec, ve kterém byl obchodní kontrakt uzavřen, může být přenesen i do jiné země. Ačkoliv síť právních autorit vrhající stín na obchodování přes hranice, se může někdy osamostatnit od státu (*lex mercatoria*), je to skutečná infrastruktura, na jejímž základě může tento obchod fungovat. Právní rovnost není tedy samozřejmá, avšak závisí na síti „spojujících stanovišť“ právních autorit,<sup>119</sup> jejichž vzájemné vztahy cti představují vlastní sociální organizaci vztahů mezi různými právními systémy.

Ani pohostinnost marockých vesnic, ani mezinárodní zdvořilost moderních soudů, například ve formě uznání cizí právní autority, její jurisdikce, jejího právního rozhodnutí či práva, není oplácena v rámci téhož sporu tak, jako je například převáděno zboží a peníze v rámci téhož kontraktu. Z toho důvodu je reciprocitu mezi právními autoritami různých států třeba přiřadit k „systému nerozlišené směny.“<sup>120</sup> Tento moment by neměl chybět v interpretacích vztahu práva a reciprocit. Reciprocita se jednak objevuje na dvou úrovních vztahů (mezi státy a mezi obchodníky), jednak reciprocita mezi státy se týká celkového chování státu, nikoliv pouze konkrétní právní autority. Pokud ji budeme hledat pouze na úrovni obchodníků, kteří mezi sebou uzavírají přeshraniční smlouvy, museli bychom přitakat závěru, že zohledňování reciprocit v jejich obchodních vztazích by z dlouhodobého hlediska muselo být pokládáno za nerealistické „super-racionální chování.“<sup>121</sup> Jenže tento pohled opomíjí nejen zvláštní charakter reciprocit, která se objevuje ve vztazích

---

<sup>118</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 513.

<sup>119</sup> LATOUR, B.: *Reassembling the Social – An Introduction to Actor-Network-Theory*. op. cit., s. 219–246.

<sup>120</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Place of Grace in Anthropology*. op. cit., s. 438.

<sup>121</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 29–30.

mezi „systémy práva v konfliktu,“<sup>122</sup> ale i její existenci. Vztahy této „druhé“ reciprocity přitom fungují souběžně s recipročními vztahy jednotlivých obchodníků, ve vzájemných vztazích společenstev jako celků. Z toho hlediska je třeba každý obchodní kontrakt mezi jednotlivci situovat do širšího rámce vztahů mezi sociálními skupinami a podskupinami (státy, kmeny, vesnicemi).

V tomto poznání nám však obvykle brání konvenční idea hierarchie. Ta je obvykle definována jako vertikální vztahy poslušnosti lidí vůči autoritě. Konvenční idea rovnosti je pak vymezena pomocí absence autority ve vztazích, které jsou horizontální. Tento protiklad rovnosti a hierarchie je založen pouze na představě jednostranného respektu, aniž by byl vzat v úvahu respekt vzájemný. Pokud bychom však uvažovali o dichotomii rovnosti a hierarchie pouze v úzkém rámci jednostranného respektu, popřeli bychom vztah mezi prvním a druhým okrskem reciprocity (definovaný například v kontextu afghánského obchodního práva metaforicky jako „stín práva“).<sup>123</sup> Nicméně, jak uvidíme dále, analogie užívané českými soudci v rámci vysvětlení rozdílu mezi aplikací domácího a cizího práva naznačují, že jednak rovnost není zbavena problému autority, jednak reciprocita není svázána jen s rovností. *Comitas gentium* jako etnografický terén tak komplikuje naše konvenční porozumění vztahům mezi autoritou, hierarchií, rovností a reciprocitou. V tomto terénu je totiž patrné, že hierarchie je kompatibilní s reciprocitou, která je kompatibilní s autoritou a ta je kompatibilní s rovností.

### 2.1.3 Antické a středověké odstíny *comitas gentium*

Skutečnost, že právo pohostinnosti bylo v moderním kontextu transformováno do abstraktních principů a univerzalizovaných, objektivních kategorií a – spolu s konceptem suverenity – bylo odděleno od osobních vztahů,<sup>124</sup> rovněž ztěžuje zahrnutí *comitas gentium* do Pitt-Riversovy komparativní sítě.<sup>125</sup> Jak jsem již naznačil, Pitt-Rivers konvenčně popisuje právo pohostinnosti jako soubor vřelých, osobních vztahů, které jsou autentické v tom smyslu, že do nich nezasahuje žádná vnější technologie.<sup>126</sup> Na druhou stranu však *comitas gentium* má určité antické a středověké odstíny, jejichž náznaky toto zahrnutí umožňují. Takové instituce pohostinnosti, jako jsou ochrana poskytovaná na základě příbuzenství

---

<sup>122</sup> MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. op. cit., s. 100–111.

<sup>123</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 19.

<sup>124</sup> COLE, T.: *International Recognition*. op. cit., s. 165.

<sup>125</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 514.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

a umělé příbuzenství mezi klientem a patronem, mohou vést k reflexi toho, že prvek příbuzenství lze rozkrýt i v moderní *comitas gentium*, avšak nikoliv na úrovni jednotlivců, nýbrž mezi absolutistickými dynastiemi evropských říší, předchůdců moderních států, které byly propojeny manželskými svazky a jejichž ochrana skrze příbuzenství dopadala i na jejich poddané (pozdější občany). Můžeme se zde tak setkat se středověkým „vrchním“ příbuzenstvím mezi dynastiemi, potažmo státy, jehož dobrodiní dopadalo na mobilní populaci monarchie. Vztah poddaných a absolutistické monarchie (a posléze státní občanství) lze pokládat za jistou formu umělého příbuzenství, neboť panovník sám a později stát přebíral roli patrona cizinců pobývajících na jeho území. Přestože staré vazby a konceptualizace se rozplývají v moderních způsobech popisu v důsledku toho, jak se z poddaných stali občané, lze jen těžko popřít historickou souběžnost objevení absolutistických monarchií a *comitas gentium*.

Pitt-Riversova komparativní síť<sup>127</sup> zahrnuje řadu kulturně velmi vzdálených případů, které ukazují, že nepřátelství či neposkytování práv cizincům, které zmiňuje Savigny,<sup>128</sup> nejsou jedinou alternativou ke *comitas gentium*. Například je to „obchodování ve jménu Boha, pod jeho ochranou“<sup>129</sup> nebo množství „ordálií vstupu,“ z nichž cizinec vyjde s novým statutem buď jako „psanec, který může být beztrestně haněn a zničen“<sup>130</sup>, nebo jako nová autorita v rámci přijímající komunity.<sup>131</sup> Z tohoto hlediska je *comitas gentium* možné do této sítě situovat prostřednictvím pozůstatků středověkých a antických aspektů v moderním pojetí státu. Zdá se tedy, že přechod mezi moderními a před-moderními prvky *comitas gentium* vykazuje spíše znaky kontinuity skrze adaptaci, než absolutního předělu.

V této souvislosti je třeba poukázat na to, že všechny zmiňované před-moderní varianty práva pohostinnosti ukazují, že hlavní překážkou obchodní mobility, pohybu osob, zboží a služeb, nebyl nějaký konflikt mezi identitami obchodníků, nýbrž časoprostorové limity jejich identit. Některé aspekty těchto identit (například autoritativní struktury) jsou totiž vázány k určitému místu a nemohou cestovat, takže v případě obchodního sporu v určitém místě dochází k preferenci místního obchodníka před cizím ze strany právní autority.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> SAVIGNY, F.: *A Treatise on the Conflict of Laws*. op. cit.

<sup>129</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 510.

<sup>130</sup> Ibidem.

<sup>131</sup> Ibidem, s. 506.

<sup>132</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 40.

Dle Greifa<sup>133</sup> ohraničenost obchodování vyplývá tedy z otázky důvěry, kterou se v archaických společnostech podařilo úspěšně vyřešit pouze v rámci konkrétního společenství nebo více společenství, která byla do určité míry integrována. Mimo jejich hranice však nedosahovala ani moc jejich právních autorit, ani právní status obchodníka. Ten byl tak naopak omezen na původní sociální a právní strukturu. Status dosažený v jedné společnosti není proto mezi archaickými společnostmi tak snadno přenášen, jako je tomu dnes mezi společnostmi moderními. Co se tedy muselo změnit, aby taková snadnost přenosu statusu mohla být ustavena? Jak vlastně vznikla universální čest obchodníka? Podívejme se proto blíže na Pitt-Riversova srovnávací data. Zmíněný antický systém umělého příbuzenství vyžaduje na straně přijímající komunity místního patrona, který je jejím členem. Pitt-Rivers odkazuje na Fustela de Coulanges,<sup>134</sup> když říká, že s ohledem na to, že cizinec nemá „žádný status v právu ani v náboženství,“<sup>135</sup> je pro něj důležité vyhledat „patrona za účelem získání ochrany místních zákonů a Bohů.“<sup>136</sup> Výstavba tohoto mechanismu ukazuje, že respekt k cizincům není ani automatickým ani universálním rysem lidských společenství, a pokud jim byl tento respekt v antických středomořských obcích poskytován, dělo se tak na základě vazby cizince na místního patrona (vnitroskupinový faktor). Jiný zdroj respektu vůči cizincům lze spatřovat ve vazbě cizince na cizí božstvo, resp. na hrozbu konfliktu s jinou obcí (meziskupinový faktor). Takové vnímání cizího obchodníka je založeno na představě, že porušení pohostinnosti může vyvolat hněv cizího božstva, tj. cizincovy komunity, jejíž celistvost toto božstvo vyjadřuje.<sup>137</sup> Jelikož domácí i cizí božstva v antické středomořské variantě práva pohostinnosti fungují jako záštita pro členy svých komunit tím, že evokují jen možnost meziskupinové neprávní sankce ve formě feudu, války, obchodního bojkotu nebo jiné nadpřirozené sankce, je pravděpodobné, že instituce místního patrona a cizího božstva fungují ve vzájemné součinnosti. Oba mechanismy umožňují cestujícím obchodníkům zachovat jisté formy své cti i v hostící komunitě, pro kterou jsou cizinci. Tyto mechanismy tak zajišťují bezpečnost obchodníka cestujícího mezi těmito komunitami i těchto komunit samotných.

---

<sup>133</sup> GREIF, A.: *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*. Cambridge 2006, s. 314–315.

<sup>134</sup> FUSTEL DE COULANGES, N.: *La Cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. Paříž 1866.

<sup>135</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 503.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

<sup>137</sup> Srov. PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 507.



Ve srovnání s tím *comitas gentium* předpokládá vzájemnou ochranu cizinců a domorodců, která je artikulována v universálních, abstraktních pojmech právní rovnosti. Ty byly ustaveny a jsou udržovány moderními státy. Státy by snad bylo možné v kontextu pohostinnosti interpretovat jako ekvivalenty antického božstva a místního patrona zároveň. Jejich právo náleží jen jim. Jeho symboly mohou cirkulovat přes hranice, avšak jeho aplikace (ve formě právního rozhodnutí) náleží opět jen jinému státu. Není zcela přístupné běžným smrtelníkům, podobně jako vědění dříve nenáleželo lidem ale bohům.<sup>138</sup>

Z přirozených strukturálních důvodů ani moderní svobodná mobilní populace nemůže aplikovat právo sama na sebe, byť bezpochyby disponuje právním věděním nebo k němu má přístup. Ti, kdo „směňují“ zákony a jejich aplikace, jsou tedy primárně státy nebo soudní orgány, jejichž právní rozhodnutí jsou státy uznávána. Mezi moderními státy tedy existuje reciproční komunikace jejich právních systémů, byť je nepřímá a neosobní. Mezi státy cirkulace zákonů (druhý okresek směny) přesahuje směnné vztahy, cirkulaci zboží a služeb prostřednictvím přeshraničních obchodníků z různých zemí (první okresek směny) a stojí nad nimi. Vztah mezi těmito dvěma okrsky je tak významným prvkem srovnání *comitas gentium* a „archaického“ práva reciprocity.

Předmoderní obchodování překračující geografické rozmezí, ve kterém obchodník mohl účinně uplatňovat svůj právní status a sociální identitu, nebylo tak rozsáhlé jako obchodování založené na *comitas gentium*. Je totiž třeba pochopit, že obchodníci navazují obchodní vztahy, uzavírají smlouvy, směňují zboží a vnímají jejich narušení či přestoupení na základě kategorizací pocházejících z jejich vlastního kulturního (a tedy i právního) pozadí. Jestliže se setkávají obchodníci pocházející z různých kulturních prostředí, vzniká například otázka, čím nebo jaká právní a kulturní definice smlouvy a jejího porušení se ve vztazích mezi nimi uplatní? Dle Greifa<sup>139</sup> je kvůli této skutečnosti ustavení takových mezikulturních obchodních vztahů mimořádně nákladné a riskantní. To platí i o situacích, kdy mezi obchodníky panuje vzájemná důvěra, neboť odlišnost kulturních definic spravedlnosti ji omezuje. Pro tuto nákladnost a riskantnost byl běžný obchod a obchodování v mnoha historicko-spoločenských kontextech limitován na společenstva sdílející určitou identitu. Dálkový obchod zůstával až do moderní doby marginální,<sup>140</sup> i když se s ním obecně

---

<sup>138</sup> LEGOFF, J.: *Intelektuálové ve středověku*. Praha 1999.

<sup>139</sup> GREIF, A.: *Institutions and the Path to the Modern Economy*. op. cit., s. 58–90.

<sup>140</sup> HANSEN, V.: *The Silk Road. A New History*. Oxford 2015, s. 4.

setkáváme (například Hedvábná stezka).<sup>141</sup> Rozšíření obchodu vždy velmi usnadňovaly mobilní, cirkulující standardy chování, jako například *lex mercatoria*.

Ačkoliv *lex mercatoria* představovala krok od pevné navázanosti směnných a obchodních vztahů na konkrétní autoritativní sociální struktury, zavedením společného právního systému jako objektivní přenositelné textové struktury, se nevyřešil problém upřednostňování místních obchodníků před cizinci ani diverzity interpretací tohoto právního systému. Domácí právní autorita byla tak pouze nahrazena jinou, vhodněji situovanou právní autoritou v jiném místě obchodního světa. Tento systém musel být proto po dlouhou dobu doplňován takovými postupy, jako je vytvoření trvalých obchodních komunit na místech s jinou kulturní a právní identitou (obchodní diaspory) nebo ustavením extra-teritoriálních soudů.<sup>142</sup>

Ve srovnání s tím moderní *comitas gentium* přispěla jako organizační rámec zásadním způsobem k ustavení jednotného časoprostoru obchodní směny, který zároveň připouštěl kulturní diverzitu a jinakost právních systémů na základě separace kulturní identity od právně-autoritativních struktur. Vytvořila totiž pravidla pro zodpovězení otázky, jaké právo má oprávnění působit v daném sporu, tj. pravidla pro střety právních systémů. Konkretizace práva dopadajícího na obchodní smlouvu totiž stabilizovala očekávané chování druhého obchodníka v konkrétním normativním rámci. Konkretizace jurisdikce navíc stabilizovala místo a právní autoritu, kde budou případné obchodně-právní spory rozsuzovány. Vazba smlouvy či právního statusu obchodníka na určité právo však byla zároveň oddělena od vazby na určitou právní autoritu. Kulturní identita určitého obchodníka tak byla osamostatněna nikoliv od práva, nýbrž od autoritativních představitelů práva. To umožnilo odlišné prostorové vymezení působnosti práva a personální vymezení právního statusu obchodníka, takže mohl zůstat tím, kým byl v původní komunitě i v komunitě hostující.

#### **2.1.4 Comitas gentium a antropologie práva**

Právní jinakost má tedy v kontextu *comitas gentium* dvě základní, navzájem izolované podoby: právo druhých a právní autority druhých. Přes tyto vymežující charakteristiky je právní (juristický) přístup ke *comitas gentium* poměrně limitovaný. První juristická konceptualizace tohoto fenoménu je obvykle připisována holandským právníkům.

---

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Srov, například, GREIF, A.: *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*. op. cit., s. 314–315.

Desetistránková esej *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis* od Ulrica Hubera<sup>143</sup> je zpravidla považována za první teoretické pojednání věnované zvláště tomuto tématu. Od té doby dosud se juristická literatura o *comitas gentium* věnuje téměř výhradně jen dvěma otázkám: jaké právo je třeba aplikovat v přeshraničním sporu a jaká právní autorita které země má o daném přeshraničním sporu rozhodovat?

*Comitas gentium* byla nejprve spojena s pojmem impéria, později s pojmem národa. S ohledem na značné posuny v chápání národů a národních identit se *comitas gentium* dnes nemusí týkat vždy pouze státních právních systémů. V praxi aplikace cizího práva se někdy setkáváme i s nestátním právem. Antropologické vědění o nestátních právních systémech rovněž proniká do porozumění práva druhých, včetně cizího práva (hlavní juristické kategorie *comitas gentium*). Takže dnes můžeme hovořit o „komitizaci“ právně-antropologického vědění a „antropologizaci“ cizího práva v důsledku vzájemného ovlivňování práva a antropologie. Dokonce lze zaznamenat, že *comitas gentium* představuje nereflektovaný kontext antropologických studií migrace právních norem,<sup>144</sup> mobilního práva,<sup>145</sup> interakce právních systémů a aplikace „exotických“ zákonů v západním právním rámci.<sup>146</sup> Institucionální prostředí *comitas gentium* je tak v současnosti hlavní branou přílivu právní exotiky do moderního práva. Jako formální kodex je *comitas gentium* součástí státního práva a stanoví, v kterých případech mají právní autority formální povinnost zjišťovat, zkoumat a aplikovat cizí právo, s kterým se v rámci státu jinak běžně nesetkáváme. Když soud v našem blízkém sousedství užívá cizí právo přenesené k nám například z Himaláji nebo Hindúkuše, je třeba si být vědom toho, že takové cizí právní systémy mohou být v domácím kontextu přítomny pouze symbolicky. To ostatně vyplývá z analýzy autoritativních vztahů mezi soudy různých zemí a jejich dynamiky v průběhu mezikulturního přenosu práva a jeho následné aplikace v zemi určení, na níž se zaměříme dále. S ohledem na tyto zvláštnosti a ohromný časoprostor, který *comitas gentium* pokrývá, musíme příklad obchodníků putujících mezi marockými vesnicemi opustit. Ač v malém prostoru etnografických terénů se často vyjevují detaily významné pro naše srovnání.

---

<sup>143</sup> HUBER, U.: *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*. In HUBER, U.: *Praelectiones Juris Romani et Hodierni*. Franequerae 1689.

<sup>144</sup> JACKSON, D., TOLLEY, M., VOLCANSEK, M.: *Globalizing Justice: Critical Perspectives on Transnational Law and the Cross-Border Migration of Legal Norms*. New York 2010.

<sup>145</sup> GRIFFITHS, A., BENDA-BECKMANN, F.: *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Surrey 2005.

<sup>146</sup> BERGER, M.(ed.): *Applying Sharia in the West. Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*. Leiden 2013.

Takovým příkladem je i Malinowského výzkum práva na Trobriandských ostrovech. Vždyť na aspekt autoritativní struktury kolize různých právních systémů v konkrétním sporu upozorňuje právě Malinowski, který uvádí, že „studie mechanismu takových konfliktů mezi právními principy, ať už zjevnými nebo zamaskovanými, je mimořádně návodná a odhaluje nám povahu sociální struktury v primitivním kmeni.“<sup>147</sup> Stejně tak však můžeme uvažovat o moderní společnosti. Zaměření na aspekt autoritativních vztahů zajišťujících obchodní směnu „mezi národy“ a na autoritativní charakter a infrastrukturu mezinárodní zdvořilosti, nám pomůže otevřít některé otázky s antropologickou dimenzí.

### **2.1.5 Situovanost právních komparací v *comitas gentium* jako institucionálním a organizačním rámci**

Ačkoliv jsem se totiž ve svém výzkumu nejdříve zaměřoval na diskurzivní praktiky právních komparací, které se během mezikulturního přenosu práva uskutečňují, brzy jsem si uvědomil, že porozumění, kde (v rámci jakých autoritativních vztahů) jsou tyto právní komparace situovány, je přinejmenším stejně důležité jako právní komparace samotné, a to vzhledem ke „koordinaci mezi vnitřními [kognitivními] strategiemi a vnějšími prvky struktury (materiálními prvky či prvky [právního – pozn. autora] prostředí).“<sup>148</sup> Rovněž Frankenberg zdůrazňuje, že právní komparace jsou „uskutečňovány na jevištích.“<sup>149</sup> Tato skutečnost přitom dosud nebyla reflektována. Česká lokální varianta *comitas gentium* je tak jedním z takových jevišť.

Jak jsem již zmínil v úvodní části této práce, aplikace cizího práva je ústřední složkou *comitas gentium*. V této práci však již nebudu hovořit o obecné juristické kategorii „cizí právo,“ nýbrž o konkrétních symbolických reprezentacích cizího práva, objektivních textových strukturách, na něž tato kategorie odkazuje. Jelikož tyto symbolické reprezentace nejsou lokalizované čistě ani v zemi svého původu, ani v zemi svého určení, mají blízko k teoretickým konceptům „cirkulující reference,“<sup>150</sup> „cestujícího modelu,“<sup>151</sup> nebo „cestujícího tokenu.“<sup>152</sup> Nejistota ohledně toho, zda konkrétní symbolické reprezentace

---

<sup>147</sup> MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. op. cit., s. 100.

<sup>148</sup> HUTCHINS, E.: *Distributed Cognition*, op. cit., s. 2068.

<sup>149</sup> FRANKENBERG, G.: *Comparative Law as Critique*. Cheltenham 2016, s. viii.

<sup>150</sup> LATOUR, B.: *Circulating Reference: Sampling Soil in the Amazon Forest*. op. cit., s. 71–72.

<sup>151</sup> BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models. Introducing an analytical concept to globalisation studies*. In BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models in African Conflict Management. Translating Technologies of Social Ordering*, 1–40. Leiden 2014, s. 3–7.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

cizího práva jsou modely nebo tokeny. Rozdíl mezi nimi spočívá v tom, že některé z nich se poměrně snadno šíří, například prostřednictvím internetu (modely), zatímco jiné je velmi obtížné opatřit, i skrze diplomatické či konzulární kanály (tokeny). Jelikož tyto symbolické reprezentace cizího práva byly vymístěny z původního kulturního prostředí, není možné – přinejmenším pro antropologa – předpokládat úplnou korespondenci mezi danou symbolickou reprezentací a skutečným právním systémem, který reprezentuje. Ve shodě s tímto názorem Behrends, Park a Rottenburg zdůrazňují, že tyto reprezentace práva spíše fungují „jako určitý etablovaný symbol něčeho [původního právního řádu – pozn. autora], ale také jako důkaz, nahrazení tohoto řádu, místo nějž slouží.“<sup>153</sup> Jedná se totiž o „analytickou reprezentaci konkrétních aspektů [cizí právní – pozn. autora] reality, která je vytvořena jako aparát nebo protokol pro zasahování do tvarování této reality pro určité cíle.“<sup>154</sup> V našem případě je tímto cílem právě aplikace cizího práva, tj. aplikace objektivní textové struktury (symbolizující cizí právo) namísto domácího práva, která je pomocí kognitivních strategií (právních komparací) adaptována na kontext země určení. Zároveň však i tento kontext je adaptován na danou symbolickou reprezentaci cizího práva. Právní rozhodnutí domácích soudců, kterými jsou konkrétní symbolické reprezentace cizího práva aplikovány, je tak třeba chápat jako výsledky série kognitivních závěrů o povaze a obsahu cizího práva při právním srovnávání, pro které *comitas gentium* představuje organizační rámec.

Právní srovnávání samo, které k takovým právním rozhodnutím směřuje, lze pokládat za „situované praktiky“<sup>155</sup> užívané zejména k opětné kontextualizaci symbolické reprezentace cizího práva v západním právním rámci. Tyto praktiky „necestují spolu s objektivovaným modelem [symbolickou reprezentací cizího práva – pozn. autora], nýbrž jsou znovuvynalezeny [moderními právními autoritami – pozn. autora] prostřednictvím experimentování s praxí a zkušeností.“<sup>156</sup> Ačkoliv je cizí právo přenášeno z jednoho místa do druhého, z jednoho kulturního kontextu do druhého, a je tedy nejprve delokalizováno, soustředíme se v této kapitole pouze na jeho opětnou lokalizaci a navázání na český právní systém. Interpretace a aplikace symbolické reprezentace cizího práva v zemi určení (Česká republika) tedy není totéž co právní systém ve svém původním kontextu, jehož interpretace a aplikace

---

<sup>153</sup> BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models. Introducing an analytical concept to globalisation studies*. op. cit., s. 3.

<sup>154</sup> *Ibidem*, s. 1.

<sup>155</sup> HARAWAY, D.: *Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective*. In HARAWAY, D.: *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*, 183–202. New York 1991, s. 194.

<sup>156</sup> BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models in African Conflict Management: Translating Technologies of Social Ordering*. op. cit., s. 2.

„závisí na mnohosti implicitních předpokladů, tacitním vědění a přináležejících technologických a institucionálních sítích, které byly všechny ponechány 'doma.'“<sup>157</sup> V důsledku toho může být přenesené cizí právo podřízeno naprosto nové interpretaci a aplikaci. V tomto smyslu jsou právní komparace směřující k opětné lokalizaci cizího práva situovány v meziprostoru<sup>158</sup> mezi objektivní textovou strukturou cestujícího cizího práva a českým právním systémem a jeho právní autoritou. „Doma,“ v zemi původu, je přitom ponechána především autoritativní infrastruktura cizího práva, od které je symbolická reprezentace cizího práva odpojena. Právní autorita druhých není tedy v rámci *comitas gentium* přenesena spolu s právem druhých (jeho symbolickou reprezentací). Přesto nelze hovořit o tom, že rozdíl mezi přenášeným právem „tady“ a „tam“ spočívá v prosté absenci nebo přítomnosti původní právní autority, jak uvidíme dále.

Zkoumání právního institutu *comitas gentium* tak může otevřít některé otázky, které výzkum vnitrostátní fakticity práva nenaznačuje. V této souvislosti je třeba mít na paměti, že *comitas gentium*, ač je součástí vnitrostátního práva a podléhá místní praxi, má po celém světě řadu protějšků (spíše „doppelgängerů“), jejichž podobnost je někdy velká (v případech jiných evropských států), někdy naopak vyniká jejich odlišnost (viz též pojetí práva reciprocity v Afghánistánu popsané v části Právo reciprocity). Pro správné postihnutí rozdílností mezi „archaickým“ a moderním obchodním právem, resp. právem reciprocity je proto nutné zkoumat nejen normativitu, ale též právní praxi a materiální kulturu<sup>159</sup> tohoto moderního práva reciprocity. Pozorování na této úrovni nám umožní spíše dynamické než statické porozumění tomuto „právnímu institutu náležejícímu k obchodu.“<sup>160</sup> *Comitas gentium* je tedy nutné pokládat za etnografickou konkretizaci jinak antropology poměrně abstraktně popisovaných „interakcí mezi [...] právními systémy.“<sup>161</sup>

### **2.1.6 Právní věda a její vliv na uvažování moderních právních autorit o *comitas gentium***

Je zvláštní skutečností, že problém právní autority a její dynamiky v průběhu mezikulturního přenosu práva a jeho aplikace je konvenčně pomíjen v juristické literatuře.

---

<sup>157</sup> Ibidem, s. 4.

<sup>158</sup> K pojmu meziprostor („interstitial space“) viz BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models in African Conflict Management: Translating Technologies of Social Ordering*. op. cit.

<sup>159</sup> Viz například HUTCHINS, E. *Material Anchors for Conceptual Blends*. op. cit.

<sup>160</sup> THOL, H.: *Handelsrecht I*. Lipsko 1875. (cit. dle ELIÁŠ, K. et. al., *Kurz obchodního práva*. Praha 2004, s. 5)

<sup>161</sup> MERRY, S.: *Colonial and Postcolonial Law*. In SARAT, A. (ed.) *The Blackwell Companion to Law and Society*, 569-588. Oxford 2004, s. 583.

Tento náhled zpravidla převzaly i právní autority samy. Přinejmenším moderní právní autority, které jsem zkoumal, zůstávají ve svých reflexích téměř dokonale ponořeny ve formálních aspektech právní praxe, případně v instrumentálně a preskriptivně orientovaném způsobu uvažování. Vnímají jej jako daný, samozřejmý a přirozený. Základem tohoto způsobu uvažování jsou dvě otázky: jak prakticky vyřešit daný případ, ve kterém je cizí právo aplikováno, a jak zlepšit právní úpravu nebo právní praxi při aplikaci cizího práva. Instrumentální povaha tohoto uvažování pak spočívá ve vysvětleních typu: „je to přínosné pro obchod a konkurenci,“ „koordinace právních rozhodnutí má předejít vydávání protichůdných rozhodnutí v téže věci“ (parafráze). Právní autority, s nimiž jsem se setkal, pouze mimořádně vzácně a spíše chvilkově překračují tento úzký normativistický obzor.

Právě nereflektované aspekty právní úpravy a právní praxe *comitas gentium* jsou však nejvíce sdělné ohledně zvláštní autoritativní povahy *comitas gentium* a jejího vlivu na právní komparace vlastního práva a práva druhých. Přestože praktický (emický) náhled je důležitý, neříká nám v podstatě nic o tom, proč je *comitas gentium* tvarována právě tak, jak je. Z tohoto hlediska se jeví jako smysluplnější kladení tradičních antropologických otázek jako například, čím „daná praxe přispívá k integritě a solidaritě sociální skupiny, která ji uplatňuje.“<sup>162</sup>

Informanti ve shodě s konvenční juristickou literaturou tak cizí právo chápou jako exotický příklad práva, který je vnímán jako soubor objektivních právních norem přenášený do země určení. Cizí právo je tedy chápáno jako „nativní“ nebo „domorodé“ právo. Soudobá lingvistická konvence podporuje takové chápání distinkce mezi právem země určení (moderní právo) a právem země původu (nativní, domorodé právo). Domácí právní autority v tomto náhledu zkoumají objektivní struktury cizí právní normativity a jejich vlastní kognitivní zacházení s právní jinakostí zůstává zcela stranou pozornosti. Moderní právní autority tak vystupují jako neviditelní pozorovatelé či neviditelní čtenáři objektivních textových struktur.

Antropologickému přístupu se v některých aspektech podobá jediná relevantní juristická studie, která je však v českém prostředí zpravidla neznámá, a to osmý svazek Savignyho díla *System des heutigen römischen Rechts*.<sup>163</sup> Savignyho náhled však dřívější juristická literatura neznala a pozdější nepřevzala. Savigny, který se soustředí na cirkulaci a diseminaci římského a cizího práva v někdejší západním světě, oproti konvenční juristické literatuře právní autority naopak zviditelňuje, když zavedenou kategorizaci moderního práva

---

<sup>162</sup> GOFFMAN, E.: *The Nature of Deference and Demeanor*. In *American Anthropologist*, 58, 3 (1956): 473–502, s. 473

<sup>163</sup> V této práci vycházím z anglického překladu tohoto svazku, který vyšel samostatně: SAVIGNY, F.: *A Treatise on the Conflict of Laws: And the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time*. op. cit.

a práva druhých obrací, resp. modifikuje. Za nativní právní autority totiž pokládá moderní soudy země určení a právní autority země původu pokládá zkrátka za cizince. Savignyho optika tak vychází z objektivizace globálních vztahů mezi právními systémy různých států. Jeho pojednání tak nesdílí perspektivu „neviditelné“ moderní právní autority, ani její praktický náhled. Místo toho si Savigny sám uvědomuje, že se stal pozorovatelem právních autorit užívajících římské a cizí právo. V této unikátní perspektivě tak vyniká indigenita či nativita právní modernity. Savignyho dílo se v tomto ohledu velmi podobá dnešnímu přístupu právní antropologie, která se „vrátila domů“<sup>164</sup> a začala „pozorovat 'neformální' právní procesy analogické těm, které předtím nacházela v malých vesnických komunitách: negociace, mediace [...] a tomu podobné.“<sup>165</sup> V tomto počínání antropologové samozřejmě užívali tutéž metodologii a teoretické hypotézy, které byly dříve vyhrazeny pouze pro právo domorodých populací na vzdálených exotických místech.

Omezenost juristického přístupu ke *comitas gentium* prozrazuje i právní teorie, když tento kodex pokládá za „jeden z nejdůležitějších, a zároveň nejméně pochopených mezinárodních kánonů práva.“<sup>166</sup> Relevantní právní vědění o *comitas gentium* má tak poněkud fragmentární podobu (s vysokou frekvencí se však hovoří o reciprocitě anebo aplikaci cizího práva a tyto dva klíčové segmenty *comitas gentium* jsou užívány synonymicky, tj. *comitas gentium* je pro právní teorii totéž co *reciprocita* a totéž co aplikace cizího práva).<sup>167</sup> Může to být dáno tím, že se na komplexnější význam *comitas gentium* v důsledku plynutí času zapomnělo, nebo se na ni nahlíží jako na technickou záležitost, nebo je koncept zkrátka „konstruován tak, aby [svůj symbolický význam – pozn. autora] nekomunikoval.“<sup>168</sup> Ať už je relevantnější tento nebo jiný důvod, je jisté, že *comitas gentium* byla vytvořena na základě kdysi úplně nových organizačních předpokladů, jejichž kulturní zvláštnost pro nás dnes není již zjevná.

Savigny nám může pomoci přiřadit *comitas gentium* k třídě kulturních jevů pohostinnosti, které více osvětlí pravou podstatu tohoto kodexu. Ve svém (výše zmíněném) díle se totiž Savigny rovněž pokusil postihnout vývoj vzájemných vztahů právních autorit

---

<sup>164</sup> CONLEY, J., O'BARR, W.: *Legal Anthropology Comes Home: A Brief History of the Ethnographic Study of Law*. Loyola Law Review 41, 7 (1993): 41–64.

<sup>165</sup> MOORE, S. *Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999*. In *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 7, 1 (2001): 95-116.

<sup>166</sup> CHILDRESS, D. *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*. In *University of California Davis Law Review*, 44 (2010) : 11–79, s. 13.

<sup>167</sup> PAUL, J.: *Comity in International Law*. In *Harvard International Law Journal*, 32, 1 (1991): 40–44, s. 2–3.

<sup>168</sup> KEESING, R.: *On not understanding symbols: Toward an anthropology of incomprehension*. In *HAU: Journal of Ethnographic Theory*, 2, 2 (2012): 406–430, s. 422.



od antické „sítě [společenstev – pozn. autora] uvnitř teritoria římského impéria“<sup>169</sup> postupně se konsolidujícího v jednotné právní společenství, k moderní síti teritoriálních suverénních států, jejichž hranice tvoří rámec pro právní systémy vně i uvnitř jejich hranic. Toto srovnání ukázalo, že přechod jedinců z jednoho antického středomořského společenstva do druhého nezahrnoval též přenos jejich právního statusu, což patrně vyžadovalo nejen jiné právní řešení, nýbrž i širší kulturní instituci.

### 2.1.7 Mezikulturní pojetí práva a právní autority

Pitt-Rivers naznačil, že kodex reciprocity (a pohostinnosti) lze zkoumat jako právo či jeho segment. K takovému zkoumání v mezikulturním kontextu se nejvíce hodí Pospíšilovo mezikulturní pojetí práva, zejména pak pojetí právní autority. Než přikročíme k vlastní analýze (mezi)autoritativních vztahů v rámci *comitas gentium*, ohledáme k tomu účelu nejdříve právní autoritu jako náš analytický nástroj.

Pospíšil především definuje právo jako vnitroskupinové sociální jednání, které má primárně formu rozhodnutí, když rozhodnutí se zároveň opírají o interpretaci abstraktních právních pravidel a anticipují pravidelnosti chování. Určité rozhodnutí je definováno jako právní prostřednictvím svého inherentního spojení se čtyřmi atributy: autoritou, úmyslem univerzální aplikace, závazkem (*obligatio*), a sankcí. Jelikož se v této kapitole věnuji otázce, co se děje s autoritou při mezikulturním přenosu cizího práva do moderního kontextu, a nechci tuto analýzu zatěžovat příliš komplexním analytickým pojmem, zaměřím se pouze na ústřední atribut práva – autoritu – a její vztah k integritě sociální skupiny.

Autorita jako „analytický koncept“<sup>170</sup> implikuje právo jako „autoritativní, i když ne nutně autoritářskou, sociální kontrolu.“<sup>171</sup> Pospíšil zdůrazňuje, že autorita jako atribut práva byla přehlížena v sociálních vědách i právní teorii devatenáctého století a toto neblahé dědictví ovlivňuje i naše současníky. V kontrastu k starším teoriím práva devatenáctého století je tedy autorita definována jako „specifický jedinec nebo určitá skupina jedinců vykonávající sociální kontrolu.“<sup>172</sup>

Pospíšilova antropologická komparativní teorie autority je vybudována tak, aby zahrnovala jakékoliv kulturní variace autority bez ohledu na rozsah moci, kterou disponuje, a stupeň její formálnosti nebo neformálnosti. V důsledku toho autority

---

<sup>169</sup> SAVIGNY, F.: *A Treatise on the Conflict of Laws*. op. cit., s. 63, 78.

<sup>170</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 44–78.

<sup>171</sup> *Ibidem*, s. 95.

<sup>172</sup> *Ibidem*, s. 44.

velmi se lišící od moderní představy autority (která je charakterizována vysokou koncentrací moci a vysokým stupněm formálnosti) mohou být rovněž zahrnuty do komparativní sítě právních autorit. Nespornou výhodou tohoto konceptu autority tedy je, že „reflektuje mnohočetnost kultur s velkou různorodostí hodnot specifikujících vůdcovství, jeho cíle a funkce ve skupině.“<sup>173</sup> Ačkoliv bezpochyby existuje mnoho definic autority, je namístě držet se tohoto konceptu v terénu *comitas gentium* z následujících důvodů. Zaprvé, tento analytický nástroj velmi dobře koresponduje s výzkumným terénem, ve kterém domácí právní autority zacházejí s mnoha různorodými právními jinakostmi. Zadruhé, umožňuje citlivější zachycení nuancí autoritativních vztahů a jejich proměn, které pro juristický přístup k právu zůstávají neviditelné (jelikož právo vidí jen v objektivních textových strukturách, nikoliv mezi nimi). Zatřetí, sledování transformací autority během mezikulturního přenosu práva a jeho aplikace představuje nejplodnější cestu pro rozvinutí etnografického popisu *comitas gentium*. Začtvrté, jedná se o funkční koncept v tom smyslu, že „fakt, že rozhodnutí nebo rada [...] jsou následovány zbývajícími členy skupiny, je jediným důležitým kritériem 'autority,'“<sup>174</sup> což mi dovoluje jednoznačně a čistě odlišit přítomnost a absenci autority a eliminuje jakékoliv fantazírování. Zapáté, díky tomu je také jasně vidět, jaká právní autorita je uznávána v rámci diverzity autorit uvnitř státu s více právními systémy, které se dostávají do kontextu aplikace cizího práva. Tento aspekt užití pojmu autority nám umožní lépe porozumět faktu, že *comitas gentium* není jen specifickým „režimem pravdy,“<sup>175</sup> nýbrž i „režimem neporozumění.“<sup>176</sup> Kognitivní selhání moderních právních kategorií tak může být nahlíženo jako reprodukováné nevědění, místo aby mohlo být nazíráno jen jako výraz omezenosti dostupné informace. Zašesté, rozvinutí antropologického pojetí autority v daném terénu nám umožní vysledovat kognitivní aspekt fungování státních soudů, tedy takříkajíc „právo za fasádou státu.“<sup>177</sup>

Tento analytický koncept autority zahrnuje také jeden velice zvláštní typ, totiž autoritu moderního soudce. Pospíšil, který jinak spojuje autoritu s vůdcovstvím, uvádí, že „v civilizované společnosti, [...] právní autorita (soudce) může být stěží nazývána vůdcem,“<sup>178</sup> neboť „se specializuje pouze na záležitosti práva“<sup>179</sup> a „neúčastní se výkonu

---

<sup>173</sup> Ibidem, s. 56.

<sup>174</sup> Ibidem, s. 47.

<sup>175</sup> FOUCAULT, M.: *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*. New York 1980, s. 133.

<sup>176</sup> KIRSCH, T., DILLEY, R.: *Regimes of Ignorance: An Introduction*. In KIRSCH, T., DILLEY, R.: *Anthropological Perspectives on the Production and Reproduction of Non-Knowledge*, 1–29. Oxford 2015.

<sup>177</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 48.

<sup>178</sup> Ibidem, s. 57.

právních rozhodnutí,<sup>180</sup> „jeho jedinou funkcí“ je „dospět k rozsudku.“<sup>181</sup> Autorita je tak užší pojem než vůdce, je to „autorita, jejíž primární funkcí je vydat rozhodnutí.“<sup>182</sup>

Tento koncept autority tak umožňuje zaměřit se na kognitivní aspekt rozhodovací činnosti právních autorit, při níž se aplikuje cizí právo namísto práva vlastního, zatímco sociokulturní dopad této činnosti, zejména otázka konformity nebo resistance vůči právně-autoritativním rozhodnutím může zůstat druhořadým problémem. V rámci kognitivních postupů směřujících k porozumění či neporozumění právu druhých dominují různé formy přesvědčování, zatímco donucení, výkon či podněcování nejsou z podstaty věci relevantní.<sup>183</sup> V tomto ohledu je třeba zmínit, že soudci rovněž jen zřídka reflektují náhledy stran na to, jak by se cizí právo mělo konkrétně zkoumat, byť ani ty nejsou někdy zcela bez významu.

Pospíšil s odkazem na Tannenbauma<sup>184</sup> pak navíc rozlišuje kognitivní autoritu, která spočívá ve „schopnosti kognitivně strukturovat měnící se sociální situaci a adaptovat na ni svá politická opatření,“<sup>185</sup> v protikladu k formální autoritě, jejíž „role, oprávnění, povinnosti a postupy“<sup>186</sup> jsou „vymezeny právem či zvykem nebo obojím.“<sup>187</sup> Ačkoliv moderní soudce je bezpochyby formální autoritou, když aplikuje cizí právo, jeho nativní zákony a zvyky mu poskytují dostatek prostoru k rozvinutí rozličných kognitivních strategií a k individuální improvizaci při poznávání práva druhých. V prostoru mezi cizím právem jako objektivní textovou strukturou a jeho aplikací, je bezpochyby také kognitivní autoritou. V tomto ohledu není od věci vzít v potaz i to, že Hutchins specifikoval rovněž „normu samu jako integrální kognitivní artefakt,“<sup>188</sup> což je zejména důležité, zaměřujeme-li se na vztah mezi autoritou a poznáním práva druhých.

---

<sup>179</sup> Ibidem.

<sup>180</sup> Ibidem.

<sup>181</sup> Ibidem, s. 58.

<sup>182</sup> Ibidem.

<sup>183</sup> Ibidem, s. 54.

<sup>184</sup> TANNENBAUM, R., WESCHLER, I., MASSARIK, F.: *Leadership And Organization: A Behavioral Science Approach*. New York 1961, s. 39–41 (cit. dle POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 60–61).

<sup>185</sup> Ibidem.

<sup>186</sup> Ibidem.

<sup>187</sup> Ibidem.

<sup>188</sup> HUTCHINS, E.: *Distributed Cognition*. op. cit., s. 2070.

### 2.1.8 Jednostranný a vzájemný respekt

Aplikace cizího práva domácími českými soudy není konvenční vnitroskupinové právní rozhodování. Odlišuje se od běžné aplikace práva, jednak z toho důvodu, že je výsledkem mezikulturního přenosu práva, jednak proto, že při něm nelze uvažovat pouze o respektu směřujícím od účastníků řízení vůči autoritě (soudu), který má hierarchickou povahu (angl. *obedience*, odtud *obedientní respekt*) – nýbrž také o respektu směřujícím od právní autority země určení k právní autoritě země původu v rámci mezikulturního přenosu práva. Na základě Goffmana navrhuji první typ respektu označovat jako jednostranný (*obedientní*) respekt, a druhý typ respektu pak označovat vzájemný (*deferenční*) respekt.<sup>189</sup> Užití zvláštních termínů pokládám za vhodnější, neboť vhodně odkazují na původní terénní kontext, z kterého vzešly a nejsou zatíženy významovými asociacemi, které by bezpochyby vyvolal jejich doslovný překlad do českého jazyka.

Přítomnost vzájemného respektu mezi právními autoritami je nutné pokládat za hlavní odlišující rys mezi standardním vnitrostátním procesem a mezinárodním civilním řízením, při kterém dochází k mezikulturnímu přenosu práva. Ve vnitrostátní situaci zpravidla právní rozhodnutí soudu přebíjí rozhodnutí jiných autoritativních orgánů. Identity práva a jejich adresátů nejsou tak vyjednávány pouze ve vztazích mezi soudci a účastníky řízení, ale též mezi domácím soudcem a cizí právní autoritou, která není v řízení přímo přítomna. Již to naznačuje, že autorita je velmi nezvykle konfigurována v tomto typu soudního procesu. Vzájemný respekt projevovaný vůči cizí právní autoritě pak může nabývat mnoho podob. Za výraz tohoto respektu lze pokládat například aplikaci jejího nebo jí aplikovaného práva, zkoumání tohoto práva, uznání a výkon jejich rozhodnutí, žádosti o provedení důkazů směřující k této autoritě namísto přímého provádění důkazů v její jurisdikci, v rámci doktríny *ordre public* posuzování (pouze) účinků aplikace jejího práva v českém kontextu namísto posuzování tohoto práva samotného apod. Podmínkou vzájemného respektu mezi domácí a cizí právní autoritou je však paradoxně právě vytěsnění jejich autoritativních aspektů ve vzájemných vztazích, jak při mezikulturním přenosu práva tak v jiných situacích vzájemné spolupráce.

V této perspektivě je třeba nahlížet i výhradu veřejného pořádku, kterou mimořádně uplatňují čeští soudci, jako „druh ceremoniálního vyhýbání sebechránícího druhu,<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Goffman rozlišoval vzájemný respekt (angl. *deference*) mezi pacienty psychiatrických nemocnic, zatímco jejich respekt vůči personálu těchto nemocnic jako *obedienci*. (GOFFMAN, E.: *The Nature of Deference and Demeanor*. op. cit.).

<sup>190</sup> GOFFMAN, E.: *The Nature of Deference and Demeanor*. op. cit., s. 488.

když jsou rozdílnosti mezi právními systémy vnímány jako hrozba domácímu státnímu a společenskému uspořádání a vlastní identitě. Před uplatněním této výhrady soud obvykle „ikonicky vyjadřuje tyto rozdílnosti [...], opatrně je vyvažuje.“<sup>191</sup> Možnost definitivního formálního uplatnění výhrady veřejného pořádku na určitý právní systém nebo jeho část lze tak klasifikovat jako záruku „práva na rozhořčení“,<sup>192</sup> které popisuje Goffman. Toto rozhořčení reflektuje aspiraci společnosti na autonomii ve vztahu k cizině. Na základě konkretizace tohoto rozhořčení vůči určitým cizím pravidlům, se soudce může vyhnout zákonnému požadavku cizí právo aplikovat. Konkretizace tohoto rozhořčení je však založena rovněž na studiu přenesené symbolické reprezentace cizího práva, na váhání a kognitivních rozhodnutích či ujišťování, že toto vysoce imaginativní předjímání hrozby je správné.

Rozhodnutí o exkluzi cizího práva tak v praxi vyžaduje více než jen konstatování rozdílností mezi domácím a cizím právem. Má-li soudce pochybnosti, je tato věc konzultována s představiteli jiných domácích autorit, soudců – kolegů nebo odborníků. Jelikož vzájemný respekt mezi státy je vyjádřen diskurzivními praktikami univerzalistických vědeckých popisů *comitas gentium*, je pouze logické, že domácí soudce je zavázán projevat stejný respekt vůči svému vlastnímu státu, jehož identita je ztělesněna v určitých základních hodnotách a svobodách, s nimiž mohou některá cizí právní pravidla kontrastovat. Výhradu veřejného pořádku lze tak nahlížet jako výraz stejného druhu respektu, jako je aplikace cizího práva. Je to pak pouze představa hranice, která generuje „určitý inherentní protiklad a konflikt mezi těmito dvěma druhy deference.“<sup>193</sup>

## **2.2 Proměny autority v mezikulturním přenosu práva**

### **2.2.1 Vyčleňování právní autority z práva druhých**

Jak dochází k tomu, že se v průběhu mezikulturního přenosu z práva druhých stává pouhé právní vědění vykazující „opravdovou absenci autority“<sup>194</sup>? Autoritativní právní infrastruktura druhých je z přenášeného práva vyjmuta prostřednictvím určitých kognitivních strategií, které činí právo druhých dostupné pro vnější pozorovatele, jinak vyřazené z lokálního uplatňování tohoto práva. Právo druhých je těmito strategiemi proměněno z místního vědění provázaného s lokální populací v globální informaci, kterou pak následně

---

<sup>191</sup> Ibidem.

<sup>192</sup> Ibidem.

<sup>193</sup> Ibidem.

<sup>194</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 44.

mohou kontrolovat jiné právní autority, z jiných zemí. V čem tyto strategie spočívají? Kognitivní strategie uplatňované českými soudy jsou vlastně strategiemi právních komparací. Nejběžnější z nich jsou desintegrace, reintegrace, autonomizace a relativní delegalizace.

Desintegrace cizího práva a cizí právní autority a jejich následná, opětná integrace, je na kognitivní úrovni uskutečňována prostřednictvím vsunutí představy objektivního práva do práva druhých. Následkem toho je toto právo rozděleno na cizí objektivní právo (symbolická reprezentace cizího práva) a subjektivní práva cizinců, z něj údajně přímo odvozená. V důsledku toho je právo druhých, kterému představa objektivního práva původně vůbec nemusí být vlastní, nahlíženo stejně jako domácí právo, totiž jako objektivní soubor právních norem. Avšak na rozdíl od porozumění vlastnímu právu se v případě práva druhých zviditelňuje role právní autority v důsledku kulturní cizosti práva. Jedná se o viditelnost skutečnosti, že český soud stojí mezi cizím objektivním právem a subjektivními právy cizinců jakožto zprostředkovatel pro ně cizorodého původu. Z kognitivního hlediska českého soudu (moderní právní autority) není v rámci standardního vnitrostátního řízení autorita v právu přítomna, resp. reflektována, neboť je tím, kdo pozoruje předešlá práva a fakta. Soudce však není tím, kdo je pozorován (vystupuje jako neviditelný pozorovatel či čtenář). V kontextu mezikulturního přenosu práva tedy dualismus objektivního práva a subjektivních práv ztrácí svůj absolutní status a stává se pouze jedním z mnoha právních prostředků<sup>195</sup> uplatňovaných v rámci kognitivních strategií právních komparací za účelem osvojení práva druhých.

Jiným právním prostředkem plnícím stejnou funkci je autonomizace práva spočívající v kognitivním popření situovanosti autoritativního pozorovatele a pozorovaného práva. Ta se dociluje zasunutím konceptu práva jako autonomního sociálního útvaru do poznávacího procesu. V důsledku vsunutí této představy o autonomii práva je právo druhých na kognitivní úrovni separováno od kultury a společnosti, což paradoxně umožňuje nekontrolovaný příliv kulturních idejí a společenských hodnot do představy práva. Důsledkem této strategie je značná nejistota ohledně toho, zda dělící příčka mezi právem druhých a zbytkem kultury druhých byla vystavěna správně.

Ještě „vachrlatějším“ postupem, který je však českými soudy prováděn zcela suverénně, je strategie relativní delegalizace druhých. Při této strategii český soud uznává pouze státní právo a naopak nestátnímu právu upírá samotnou možnost existence. Toho dociluje buď prostým důrazem na jeho nedostupnost (která je zpravidla skutečně faktem) nebo jeho ztotožněním s kulturou nebo zvykem, následkem čehož se právo rozpustí v těchto

---

<sup>195</sup> Srov. MCGEE, K.: *Bruno Latour: The Normativity of Networks*. New York 2014, s. 136–140.

jiných kulturních oblastech. Tyto základní kognitivní strategie odpojují právo druhých od „mnohosti implicitních předpokladů, tacitního vědění a přínáležejících technologických a institucionálních sítí, jež byly všechny ponechány 'doma.'“<sup>196</sup>

Strategie kognitivní desintegrace může být uskutečněna i původními, cizími právními autoritami samotnými. Její uplatnění je nicméně podmíněno cirkulací idejí objektivity či autonomie mezi moderními soudy a právními autoritami druhých. Obě tyto ideje jsou součástí doktríny legalismu,<sup>197</sup> nebyly však původně vlastní právním systémům common law, equity, šarija, adat nebo zvykům či zvykovým zákonům. Z toho mimo jiné plyne, že představy objektivního práva a autonomního práva jsou původně kulturně specifické myšlenky spočívající v záměně práva za zákony (či *jus* za *lex*). Jsou tedy spojeny pouze s jednou z mnoha kultur, kterou můžeme pro jednoduchost nazývat například právní modernita. Díky svému asymetrickému kulturnímu vlivu a diseminaci těchto idejí mění kontext právní modernity porozumění práva druhých a tím ustavuje i jeho mezikulturní přenositelnost prostřednictvím symbolických reprezentací.

### 2.2.2 „Tabu“ právní autority v moderním právu

Západní formální právní vědění nemá jakékoliv transcendentní vysvětlení pro legitimitu vlastní právní autority v porovnání s cizí právní autoritou. Nenabízí tedy jakékoliv jiné než praktické zdůvodnění pro upřednostnění domácí právní autority oproti cizí právní autoritě (a ani naopak). Legitimita toho či onoho soudu tak může být založena na mysteriózní auře nativního, lokálního vědění a dlouhodobé zkušenosti, které nejsou zcela přístupné outsiderům. Tato aura je však náhle ztracena v momentu, kdy je jednak právo druhých odpojeno od svých původních soudů, jednak kdy český soudce musí rozhodovat například dle afghánského obchodního práva. Absenci kvalitativního zdůvodnění legitimacy zastírá existence formálních pravidel (zmíněné kolizní a jurisdikční normy), jejichž úkolem je předcházet případným kolizím právních principů různých zemí a konfliktům ohledně jurisdikce mezi soudy různých zemí. Tato pravidla však danou problematiku ve skutečnosti nevyčerpávají.

Hraniční situace aplikace cizího práva, ve které je právní autorita zviditelněna svojí cizorodostí mezi právem druhých a cizinci, představuje tak potenciální krizi legitimacy právní autority (jak v zemi původu, tak v zemi určení). V západním právním rámci je tato krize

---

<sup>196</sup> BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models in African Conflict Management: Translating Technologies of Social Ordering*. op. cit., s. 4.

<sup>197</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 117.

zpravidla zastřena tím, že moderní právní autority vystupují v popisech a reflexích fungování práva jen jako neviditelní pozorovatelé, jak jsem již zmínil výše. Tato krize je tak neustále latentně přítomná v podobě permanentní možnosti, že se autorita zviditelní. Postavení právní autority coby neviditelného pozorovatele v juristické literatuře bezpochyby souvisí s vnějším způsobem vytváření identity. Jestliže je totiž na „pozitivistický“ popis vlastní právní autority uvaleno toto zvláštní „tabu“ neviditelnosti, lze identitu vlastního práva vymezit jen odkazem na jiné právo, případně na jiné právní autority.

Identita moderního práva je českými právními autoritami skutečně vymezována prostřednictvím odlišnosti vůči kulturně vzdáleným právním systémům (imaginárnímu druhému),<sup>198</sup> anebo na základě podobnosti s kulturně blízkými právními systémy, s kterými se cítí být ve stejném mezinárodním společenství. Tento způsob vytváření identity moderního, resp. vlastního práva, zdá se, vyžaduje neznámé prostory exotické normativity, do kterých je možné promítat si imaginárního druhého (právo druhých, případně absence práva u druhých). Za situace mezikulturního přenosu je však oblast neznámého práva, které je potřebné k tomuto způsobu vytváření právní identity, redukováno v důsledku nutnosti detailního pohledu na právo druhých. Při bližším zaostření se totiž některé domnělé aspekty práva druhých rozplývají, a ono samo se stává někdy téměř tak banální jako právo vlastní. V důsledku toho jsou rysy původně přisuzované právu druhých (iracionalita, chaotičnost, nelogičnost, náboženský charakter apod.) přenášeny na jiné kulturní oblasti (zvyk, kultura apod.), což je zejména usnadněno postavením dělících příček mezi právem a zbytkem sociokulturní reality. Přesněji řečeno k přenosu těchto rysů ze strany moderních právních autorit dochází ze symbolických reprezentací cizího práva uložených v soudních spisech na ty oblasti kultury, které v těchto spisech symbolicky reprezentovány nejsou, nebo jsou reprezentovány jen velmi vágně.

Zviditelnění moderní autoritativní infrastruktury v kontextu *comitas gentium* se rovněž neomezuje jen na právní autority v úzkém slova smyslu, tj. na soudy a soudce. České soudy (a moderní právní autority obecně) totiž nejsou jediným znatelným mediátorem mezi „objektivní“ symbolickou reprezentací cizího práva a „subjektivními“ právy cizích obchodníků. Do této mediace je třeba zahrnout celou řadu zprostředkovatelů od tlumočnicků, překladatelů, právníků, advokátů, odborníků na cizí právo, potenciálně i znalců cizího práva, po fyzické a elektronické archivy soudů a jiných státních orgánů, knihovny či takové

---

<sup>198</sup> LEDVINKA, T.: *Subaltern Law: Legal Technology of Making the Law of the Other*. In PAUKNEROVÁ, K., GIBAS, P., STELLA, M.: *Non-humans and after in Social Sciences*, 175-188. Pavel Mervart, 2016, s. 176–179.



pomůcky jako například google translator. Takovým zprostředkovatelem je vlastně každý nebo cokoliv, co vstupuje do mezery mezi symbolickou reprezentací cizího práva a cizince. Tito zprostředkovatelé mohou být viditelní v rámci soudního procesu, nebo se může jednat o éminence grise, která je vymístěna zcela mimo soudní budovu (například neformální rádce, jiný soudce na e-mailu nebo telefonu, s kterým může soudce aplikující cizí právo danou věc konzultovat, členové mezinárodní „epistemické sítě cizího práva,“<sup>199</sup> konzulové a diplomati, kteří sice zpravidla nejsou právníky, nicméně dokáží řadu informací o cizím právu obstatat či zajistit konzultaci potřebných kontaktů a podobně). Přestože české právo nevyklučuje užití specializovaných znalců konkrétních cizích právních systémů, tato možnost se po čas mého výzkumu nerozvinula v permanentní instituci a čeští soudci tak téměř vždy spoléhali na samostudium cizího práva, samozřejmě za pomoci právě zmíněné servisní „armády“ zprostředkovatelů. Zkoumání cizího práva je však poněkud obtížným úkolem, vezmeme-li v potaz zejména spád reálných rozhodovacích procesů. V případě aplikace cizího práva je třeba se někdy vyrovnávat s emocionálním a praktickým chaosem, který vyvolává právní jinakost.

Je však třeba vzít v úvahu i snad ještě rozsáhlejší síť aktérů navázaných na zemi původu cizího práva, která usiluje o jeho přemístění na počátku řetězce přeměn, z kterých sestává mezikulturní přenos práva. Snad právě tuto složitou spleť vazeb, ve které je moderní právní autorita v úzkém smyslu zachycena, má její postavení jako neviditelného pozorovatele v popisech práva zastřít.

### 2.2.3 Středisko právní moci v *comitas gentium* a prokazování úcty

Abychom správně porozuměli transformacím právní autority během mezikulturního přenosu, je třeba se zaměřit rovněž na to, jak české právní autority při aplikaci cizího práva nahrazují cizí právní autoritu svou vlastní, či přesněji řečeno, u které autority se nachází „středisko právní moci“<sup>200</sup> ve vzájemných vztazích domácích a cizích právních autorit. Jejich vzájemný vztah se vyznačuje dvěma základními mocenskými charakteristikami. Zaprvé, český soud (substitutivní právní autorita) je „tady,“ ve stejném místě jako je spor, a může být tak vymezen jako středisko moci rozhodovat o jeho řešení. Ačkoliv soudy někdy vykazují

---

<sup>199</sup> Srov. představu „právo-produkujících epistemických komunit a sítí“ (TURNER, B.: *Exploring Avenues of Research in Legal Pluralism: Forward-looking Perspectives in the Work of Franz von Benda-Beckmann*. In *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 47, 3 (2015): 375–410, s. 387). Tato síť je založena na neformálních setkáních a slouží k vzájemné výměně informací o právu, praktického právního vědění a zkušeností mezi členy justičních systémů různých zemí. Netýká se však paradoxně pohraničních regionů. Český nejvyšší soud, který je hlavní místní účastník v této síti, má také intenzivnější mezinárodní vazby než příhraniční soudy.

<sup>200</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 115–118.

určitou váhavost, zda daný přeshraniční spor rozhodovat a někdy podnítí vyjednávání s cizím soudem za účelem transferu sporu do ciziny (například když sporná strana namítá mezinárodní nepříslušnost soudu), není to zcela obvyklé. Jelikož cizí právní autorita zůstává „tam“ či „doma,“ zůstává také slabou, vzdálenou od tohoto střediska moci. Nemůže nijak formálně zasahovat do průběhu soudního sporu, který se odehrává jinde. Cizí právní autorita se o soudním řízení v cizině zpravidla dozví, pokud vůbec, tedy ex post facto. Zadruhé, substitutivní právní autorita dosahuje zvláštního typu legitimacy rozhodovat daný spor ve vztahu k původní, cizí právní autoritě, a to ve formě zvláštního respektu, který je prokazován cizímu státu či národu, a tím i cizí právní autoritě. Tento respekt je prokazován situačně slabšímu druhému (právní autoritě druhých), což z něj činí velice delikátní, noblesní druh prokazování cti. Je totiž projevován, i když to ve své podstatě za dané mocenské situace není nutné. V tomto smyslu je zde ještě jeden zvláštní aspekt tohoto druhu prokazování cti. Projev respektu směřuje také k odlehlému a neinformovanému druhému (právní autoritě druhých), takže tento respekt není ani ostentativní či okázalý. Přestože cizí soud, či obecně cizí stát se může dozvědět, že český soud rozhodoval spor dle jeho práva, takové vyrozumění není zpravidla prvotním, ani jiným cílem tohoto výrazu úcty. Ačkoliv jakýkoliv projev úcty v kontextu *comitas gentium* je ze své podstaty mělký (na rozdíl od azylového řízení se zde soud zpravidla nezabývá fakticitou práva druhých), neznamená to, že je neautentický. Skutečnost, že čeští soudci zpravidla nezkoumají, zda fungování cizího práva odpovídá jejich morálním standardům, ukazuje, že prvek zdání a fasády státního práva hraje nemalou roli. Tabu je i posuzování obsahu cizího práva i jeho účinků v zemi původu. Snad tuto „mělkost“ úcty lze považovat za převažující nad samotným zkoumáním, studiem práva druhých, a zcela určitě nad vnitřním hodnocením tohoto práva dle hodnotového přesvědčení soudce (byť takovému internímu hodnocení a srovnávání se nelze ubránit a poměrně často k němu dochází s pravidelným výsledkem shledání morální „dokonalosti“ domácího práva nad cizím, avšak vždy zůstává v intimních sférách justice).

Ačkoliv z právně-formálního hlediska zůstává cizí právo stále stejné a nikdy neztrácí svou právní povahu během svého přenosu „odtamtud sem,“ z antropologické perspektivy nemůže být klasifikováno jako autentické právo cizí právní autority (byť je dané cizí právo z formálního hlediska třeba aplikovat stejným způsobem jako v zemi původu). V zemi určení je totiž vždy podřízeno nové interpretaci a novému kulturnímu „protokolu.“ Jinými slovy, cizí právo není totéž, co autentické právo druhých, neboť mezi právem druhých v zemi původu a v zemi, do níž bylo přeneseno, neexistuje, a asi ani nemůže existovat úplná korespondence. Přestože české právní autority na kognitivní úrovni uznávají empirickou existenci

autentického práva v zemi původu, cizí právo, které nakonec aplikují ve svém právním rozhodnutí, je výsledkem jejich interpretace přeneseného práva a vyplývá tedy z inherentního srovnání jejich vlastního práva a kulturní zkušenosti a přenesené právní informace.

Právo aplikované jako „cizí právo“ českým soudem není tedy ani české právo ani autentické právo v zemi původu, nýbrž právo, které je výsledkem kognitivní kolize jich obou (výsledné právo), od nich obou se odlišující (třetí právo).<sup>201</sup> Proč je však takové rozhodnutí českého soudu respektováno cizí právní autoritou (je-li jí respektováno)? Jedním z možných vysvětlení je, že víra v autenticitu cizího práva v rámci mezikulturního přenosu je sdílena jak českým soudem, tak i právní autoritou v zemi původu. Přesnější vysvětlení nicméně spočívá v tom, že tato víra je možná i proto, že (ne)porozumění cizímu právu je až druhořadá záležitost. Aplikace cizího práva je součástí *comitas gentium* (mezinárodní zdvořilosti) a jejím prvořadým cílem je tedy statusový či prezentační rituál mezi dvěma suverény (státy), kdy samotná aplikace cizího práva je určitý způsob, kterým stát prostřednictvím svých soudů „dává konkrétně najevo svůj zájem“<sup>202</sup> o druhého suveréna a jeho zájmy.

Toto druhé zmíněné vysvětlení je nosné právě proto, že originální autoritativní struktura práva podléhá „deferenčnímu vyhýbání“<sup>203</sup> ve dvou ohledech. Jednak se české soudy vyhýbají hodnocení práva, které náleží k suverénovi (státní právo), jehož špatné fungování může být interpretováno jako výraz skutečnosti, že nedostatečně naplňuje moderní očekávání či projekt právní modernity. Jednak se vyhýbají uznání existence jakéhokoliv právního systému uvnitř cizího státu, jehož validita a právní povaha není uznávána ze strany státního práva. Obě tyto tendence vyhnout se zkoumání těchto aspektů cizího práva lze pokládat za výraz vzájemného (deferenčního) respektu. Obě tyto tendence se také setkávají s protitendencemi, které prokazování úcty cizímu státu podrývají. Jedná se především o rozšiřující se možnosti zkoumání práva druhých a užívání nových metodologií. V důsledku jejich užívání množství informací o nestátních právních systémech i o skutečném fungování státního práva a míře jeho souladu s ideálem moderního práva, konstantně narůstá. Skutečné zkoumání a užívání cizího práva nestátního typu se proto nachází v dynamicky se měnící situaci. Tento pokračující posun od mělkého chápání práva (legalismus zákonných ustanovení) až po mezikulturní přenos hlubších aspektů cizího práva (nestátní právo, znalost některých aspektů cizích právních autorit), odráží přesun důrazu z potřeb abstraktního státu

---

<sup>201</sup> Této otázce se podrobněji věnuji též dále.

<sup>202</sup> GOFFMAN, E.: *The Nature of Deference and Demeanor*. op. cit., s. 486.

<sup>203</sup> *Ibidem*, s. 485.

na potřeby migrující populace. Je stále obtížnější přehlížet záchytné body umožňující hluboký vhled do odlišného právního systému a jeho kultury v případech, kdy jsou přístupné a kdy je z nich navíc patrné, že centrum právní moci nespočívá ve státě.

Se zkoumáním cizího práva je však spojena konstantní nejistota, která vyvěrá ze skutečnosti, že mezikulturní přenos práva není nikdy zcela úplný. Někdy rovněž není jasné, jaké autority vlastně cizí právo (obsah jeho symbolických reprezentací) kontrolují. Sice je cizí právo zbaveno vazby na svou původní autoritativní infrastrukturu v zemi původu, a je tomu tak proto, aby mohlo být zakotveno v kontextu jiné, substitutivní právní autority (například českých soudů), avšak ani v takové situaci není podřízeno výhradní kontrole českých soudů. Řada jiných autorit (od původního státu po různé výzkumníky a výzkumné instituce) si totiž ponechává svůj specifický vliv na obsah globálně cirkulujících symbolických reprezentací práva druhých. Překážky pro porozumění práva druhých tak neplynou pouze z kognitivních strategií a formálních postupů substitutivní právní autority, která užívá jeho symbolickou reprezentaci v rámci své logiky a právní racionality či nativní logiky, kterou přisuzuje původnímu právnímu originálu, nýbrž i z logiky, na jejímž základě utvořili symbolickou reprezentaci tohoto práva její autoři.

Jelikož neexistuje jakýkoliv doktrinální návod na to, jak cizí právo přesně zkoumat, nýbrž jen obecné formální povinnosti vyjádřené v zákonných ustanoveních a judikatuře,<sup>204</sup> můžeme se stále setkávat s výrazným sklonem nezahrnovat nestátní právní systémy do „práva, tak jak je aplikováno v zemi původu.“ S tím souvisí i skutečnost, že do počátku roku 2014 nebyla z formálního hlediska hloubka takového zkoumání v podstatě ničím korigovatelná. Stále snadnější přístup k informacím naznačujícím (často velmi explicitně), že v některých zemích se kromě státního práva setkáme také s jiným typem právních systémů, vedl k určitému napětí a pocitu nepohodlí při zkoumání a aplikaci cizího práva českými soudy. Empirická data o nestátním právu hrozila vtrhnout do juristické kategorie cizího práva a do reálných rozhodovacích procesů českých soudů. S účinností od počátku roku 2014 byla povinnost studovat cizí právo až na úroveň „objektivního poznání“ zmírněna možností vrátit se zpět k českému právu, nepodaří-li se cizí právo v přiměřené době a po vynaložení přiměřeného úsilí zjistit (tj. obstarat). V právní praxi českých soudů to znamenalo snížení pocitu nejistoty při studiu cizího práva, a také to, že (navzdory vzrůstající dostupnosti často antropologizovaných informací o cizích právních systémech, které české soudy nedokáží

---

<sup>204</sup> V podrobnostech viz též kapitola o ostrovu Man.

pouze prostřednictvím moderních juristických kategorií zužitkovat<sup>205</sup>), mohly české soudy nadále pokračovat v uplatňování zavedené praxe poznávání cizího práva.

#### **2.2.4 Konfliktní imaginace, prostorové aspekty moderního práva a pozvání cizího soudce**

V rámci *comitas gentium* se rozkrývá, že autonomie moderního státního práva a její narušení jsou vyjadřovány v kategoriích konfliktu a hranic, a to dokonce i při samotné aplikaci cizího práva, kdy na kognitivní ani formální úrovni k jakémukoliv konfliktu nedochází. Naopak objevuje se zde směšování a vzájemné propojování různých právních řádů v rámci jediného sporu, resp. soudního procesu. Je to právě toto specifické prostorové definování situovanosti moderního práva uskutečněné prostřednictvím představ hranic a konfliktu, které v kontextu moderních států brání vytváření „mezistátních soudů“ (právních sodalit), s jejichž mezikmenovými ekvivalenty se setkáváme jako s běžným jevem v afghánské situaci (ve vztazích mezi právními systémy v Afghánistánu). Jak tyto představy prostorových aspektů práva ovlivňují moderní právní kognici či praxi, je na rovině normativity nezřetelné, avšak při detailním pohledu se s nimi setkáme na rovině realizace mezinárodní justiční spolupráce v rámci *comitas gentium*. Zejména se s nimi setkáváme v případech iniciativ soudců, které nejsou vždy akceptovány cizími soudy nebo českým ministerstvem spravedlnosti, jehož prostřednictvím někdy komunikace s cizími soudy probíhá. Tyto iniciativy totiž primárně narušují právě prostorové aspekty práva, které můžeme sice dovést z některých právních doktrín (suverenita, jurisdikce, zásada zákonného soudce apod.), avšak v zásadě nejsou ani kodifikovány ani zachyceny v právně-teoretických pojednáních. Z toho důvodu jako by tyto prostorové aspekty neexistovaly. K jejich uplatnění je totiž třeba určitého úsilí spočívajícího v dovozování. Sankce za narušení prostorové konvence moderního práva je téměř nezatelná, zpravidla spočívá v ignorování iniciativ českých soudů cizími soudy nebo v prázdnotě případných zdvořilostních reakcí. Jeden z případů takové iniciativy jdoucí nad rámec zavedených prostorových konvencí zahrnoval i pozvání cizího soudce.

Jeden z českých soudů zaslal cizímu soudu žádost o vyjádření, jak by konkrétně rozhodl v daném obchodním sporu. Soudce stručně shrnul podstatu sporu a sdělil cizímu soudu své pochybnosti o tom, jak má rozhodovat dle jeho (cizího) práva. Tato žádost měla být původně zprostředkována českým ministerstvem spravedlnosti, které jí nejprve vrátilo soudu bez vyřízení z důvodu její nevhodnosti. Soud však na svém postupu trval se zdůvodněním,

---

<sup>205</sup> V podrobnostech viz kapitola „Právo recipacity“

že jakýkoliv předpis mu tento postup nezamezuje. Ministerstvo trvalo rovněž na svém se zdůvodněním, že se jedná o nevhodnou důvěrnost přičící se zvyklostem. Výměna názorů mezi soudem a ministerstvem, během které soudce velmi přesvědčivě argumentoval, že může cizí soud dokonce požádat, aby ve věci rozhodl místo něj, vyústila v detailní změnu postupu soudu nedotýkající se však podstaty této iniciativy. Soud totiž usoudil, že pouze stručný popis sporu není dostatečný a své specifikované dotazy doplnil o kopii celého spisu mapujícího spor. České ministerstvo v této další fázi pouze namítalo, že takový postup není předjímán instrukcí o mezinárodní spolupráci soudů, nicméně s ohledem na její nezávazný charakter se obrátilo na cizí soud, a argument o nevhodnosti („nevhodné důvěrnosti“) již nevznášelo. Rozhodnutí cizího soudu ani jiné jeho vyjádření nikdy nepřišlo. Tento případ pouze potvrzuje, že *comitas gentium* ve vztazích mezi právními autoritami funguje „na základě recipročního respektu, nikoliv důvěrnosti,“<sup>206</sup> avšak ve vztahu mezi domácí právní autoritou a symbolickou reprezentací cizího práva funguje na základě důvěrnosti, tj. důvěrné obeznámenosti, nikoliv vzájemného respektu. Tento případ pozvání cizího soudce sehrál klíčovou roli v mém dalším výzkumu, neboť jsem díky němu mohl klást informantům hypotetickou otázku, zda by takový postup zvažovali a co by dělali, kdyby se na ně s takovým pozváním obrátila cizí právní autorita. Jejich odpovědi byly značně rozličné, avšak odkryly právě prostorové aspekty jejich představ o integritě práva, státu a společnosti. Tyto představy se neomezily jen na kolizi zákonů v případě přeshraničních sporů, nýbrž týkaly se i hlubší vrstvy jejich právní imaginace zahrnující takové výrazy jako *iredentismus*, *separatismus* a *okupace*, tj. výrazy, které s *comitas gentium* ani přeshraničními obchodními spory na první pohled přímo nijak nesouvisí.

Přestože jsem zaznamenal neformální přeshraniční komunikace mezi soudci a soudy z různých jurisdikcí a dokonce neformální síť ustavenou mezi nejvyššími soudy některých evropských zemí, v jejímž rámci probíhá neformální výměna náhledů, jakým způsobem je jejich právo aplikováno v cizině („epistemická síť“ práva druhých, kterou jsem již zmínil), neexistuje jakékoliv formální oprávnění právní autority z jedné země požádat o právní rozhodnutí v konkrétní věci právní autoritu z jiné země místo ní (byť z důvodu nepřislušnosti může být do jiné země přenesen celý případ), ani formální možnost na takové pozvání reagovat. Substitutivní právní autorita (nahrazující v tuzemsku cizí právní autoritu) by se totiž příliš přiblížila intimní oblasti právního vědění, která odděluje původní (cizí) právní autoritu od potenciálních sporných stran. Intimita právní autority, jejíž narušení by mohlo vést k destrukci její právní unikátnosti prostřednictvím objektivizace, je tedy výrazně pocíťována.

---

<sup>206</sup> Ibidem, s. 482.

Naproti tomu je zde nejen formální oprávnění, nýbrž i povinnost studovat a zkoumat cizí právo, což na úrovni hmotné kultury moderního práva znamená studovat symbolické reprezentace cizího práva. Neexistuje přitom jakákoliv shoda na tom, jak zachovávat respekt a ceremoniální distanci k právní jinakosti v rámci tohoto zkoumání, tj. zda se při výzkumu soustředit pouze na státní právo nebo i na nestátní právní systémy existující v rámci teritoria cizího státu, či jen na psané zákony nebo i na sociokulturní aspekty právních systémů, neboť tyto rozměry práva druhých nejsou ex ante z tohoto zkoumání vyloučeny.

Česká právní doktrína se nepřiklonila k výrazu „střet zákonů“ nebo „právo střetů“ (angl. conflict of laws, conflicts law). Přiklonila se k termínu „mezinárodní právo soukromé“, který naznačuje hladké fungování aplikace cizího práva a vyhlazuje v jejím diskurzu jakékoliv náznaky disharmonie. Přesto by však nemělo být přehlíženo, že představa konfliktu a hranice je v prostorové imaginaci právních autorit velmi výrazná. Je také pozoruhodným příkladem toho, jak jsou v rámci *comitas gentium* uspořádány vrstvy imaginace, které přispívají k alokaci právní autority v určitém místě. Tato prostorová imaginace je výsledkem setkání historického porozumění integritě státu, skutečných nebo pomyslných hrozeb této integritě a prostoru mezi symbolickou reprezentací cizího práva a domácí právní autoritou, ve kterém je vztah cizího a domácího práva chápán jako rovný s rovným, a kde význam státních hranic zaniká.

### **2.2.5 Comitas gentium a multiplicita právních systémů**

Jak jsem již uvedl výše, antropologický pojem autority může být užit i k určení, jaké právní autority v zemi původu jsou uznávány jako ekvivalenty českých soudů a jaké nikoliv. Je to indikátor toho, jak hluboké nebo mělké konkrétní porozumění právní jinakosti vlastně je. Totéž však platí i pro porozumění konkrétních soudců ve vztahu k jejich vlastnímu právu.

V prostoru mezi symbolickou reprezentací cizího práva a domácí právní autoritou totiž české právní autority zpravidla definují vztah svého právního řádu k vnější multiplicitě právních systémů (mnohost právních systémů cizích zemí), případně i ve vztahu k mnohosti právních systémů uvnitř konkrétní cizí země, na základě podobnosti. Podobnost s aplikací jejich vlastního práva je základem pro jejich reflexi zvláštností postupů při aplikaci cizího práva. Podoba vlastního práva je také východiskem pro jejich porozumění právu druhých stejně jako je patrně zdrojem sklonu rozeznat v neznámé sociokulturní realitě pouze státní právo nebo státním právem uznávané nestátní právní systémy (na základě cizích vnitrostátních kolizních norem, například v případě Izraele či Libanonu), a vyloučit hluboký reliéf práva druhých pod práh svých rozlišovacích schopností.

Skutečnost, že cizí právo je v rámci *comitas gentium* chápáno jako objektivní textová struktura, představuje také určitou afinitu s pojetím moderního práva, které je chápáno jako soubor právních předpisů a judikátů. V moderním právu dochází ke ztotožnění práva s jeho symbolickými reprezentacemi (judikát, zákon), které cirkulují v sociálním prostoru státu, stejně jako je právo druhých v rámci *comitas gentium* ztotožněno se svou symbolickou reprezentací (zákonem, výzkumnou zprávou), která cirkuluje globálně. Může se jednat jak o výsledek promítnutí lokálních juristických představ o právu na vnější právní „vesmír,“ tak o to, že substituty (domácí i cizí) právní autority jsou výrazem právní modernity. Této interpretaci nasvědčuje i skutečnost, že v archaickém právu reciprocity není mezikulturní přenos práva v tomto smyslu zaznamenán (viz též právní sodality v kapitole Právo reciprocity).

Ač se mnoho právních antropologů domnívá, že právo a společnost nemohou být od sebe odděleny, ve skutečnosti jsou těmito aktéry jasně oddělovány v kontextu aplikace cizího práva. Tato možnost disociace práva od právní autority cestou objektivizace a cestou vytvoření symbolické reprezentace práva je jak zdrojem určité úzkosti a dojmu zaměnitelnosti moderních právních autorit, tak předpokladem uskutečnění mezikulturního přenosu práva. Vnější rozdílnosti<sup>207</sup> mezi právními systémy různých států jsou z tohoto hlediska pro moderní právní autority přijatelnější než vnější podobnosti. Jelikož státy jsou ze strany soudců stále vnímány sice jako statická, zato však rivalitní mocenská centra se souměřitelnými právními systémy, může se – na úrovni právní imaginace – do hry dostat dynamický vztah mezi vnitřními rozdílnostmi (rozdílná rozhodovací praxe soudů uvnitř státu) a vnějšími podobnostmi tuzemského práva s cizím právem. Jde totiž o to, že moderní sekulární stát nemající jiné transcendentní zdůvodnění své legitimacy než vůli svých obyvatel, opírá svou legitimitu také o diskursivní praktiky popisu a komparace svého práva s potenciálními nebo skutečnými rivaly.

Oddělitelnost práva od právní autority tedy generuje určitou úzkost ze zaměnitelnosti právních autorit. Tento problém nám může více osvětlit otázka uznání státu ze strany jiných států. Mezinárodní uznání se v kontextu sekularizace vyvinulo od „dědičného práva dynastie vůči jiným uchazečům o trůn“<sup>208</sup> k představě „lepšího oprávnění [existující vlády – pozn.

---

<sup>207</sup> Vnějšími právními rozdílnostmi mám na mysli rozdílnosti mezi právními systémy států. Vnitřními rozdílnostmi rozdílnosti právních systémů uvnitř států. S vnějšími a vnitřními právními podobnostmi je tato distinkce myšlena stejně.

<sup>208</sup> COLE, T.: *International Recognition*. In SELIGMAN, E.(ed.): *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol. XIII, 165-168. Londýn 1937, s. 165.



autora] [...] v *porovnání* [důraz – autor] s jinými formami vlády“<sup>209</sup> a „nároky na legitimitu existující vlády.“<sup>210</sup> V této souvislosti lze dovést, že způsob juristického popisu práva zahrnujícího svazek práva a státu je jedním ze zdrojů legitimacy státu, který vyplývá ze srovnávání s jinými, imaginárními možnostmi uspořádání státu. Absence právní komparace v juristických líčeních tak patří mezi klíčové složky ustavení státní legitimacy. Tato souvislost s *comitas gentium*, byť je nepřímá, je příznačná, a také zdůvodňuje, proč je kognitivní rovina aplikace cizího práva vytěsněna na okraj juristického zájmu.

Tato vrstva imaginace je detekovatelná mezi českými soudci i přesto, že Česká republika patří světově ke státům s nejnižší vnitřní diverzitou. Mezi její největší menšiny patří Ukrajinci (106 000), Slováci (101 589) a Vietnamci (56 958),<sup>211</sup> které jsou roztroušené napříč územím, nikoliv soustředěné v určitém specifickém regionu. Zčásti podobně je tomu i s 521 801 osobami<sup>212</sup> hlásícími se k moravské etnické příslušnosti. Tyto menšiny nepředstavují jakoukoliv hrozbu pro integritu státu, nicméně moravská etnická příslušnost demonstruje, že se vlastní chápání obyvatelstva z dlouhodobého hlediska vyvíjí. Jakkoliv nerealistická může tato vrstva imaginace být, je zjevně navázána na hluboké retrospektivní i prospektivní časové horizonty. Zároveň může být výjimečná etnická homogenita České republiky interpretována jako historický a sociální důsledek zkušeností s etnickou diverzitou, která představovala záminku k rozbití Československa v roce 1939 i v roce 1992. Prostorové aspekty právní imaginace tak vyplývají nejen z nepravděpodobných prospektů budoucnosti, nýbrž i z určité historicky podložené racionality. V rozhovorech se soudci bylo několikrát zmíněno Německo a Rusko a v jednom případě i právo šarija jako hrozby integrity státu. Tato prostorová imaginace českých soudců může být porovnána například s podobnou právní imaginací v multietnických státech, v nichž se etnická diverzita nikdy nestala záminkou pro iredentismus, separatismus, či okupaci.

Ačkoliv formální povinnost aplikovat cizí právo namísto domácího práva v některých případech odkazuje na aspiraci státního společenství participovat na globálním obchodu (faktor otevírající společnost), formální i kognitivní restrikce a možnosti omezení této aplikace (zejména ve formě výhrady veřejného pořádku)<sup>213</sup> naopak vyplývají z aspirace

---

<sup>209</sup> Ibidem.

<sup>210</sup> Ibidem.

<sup>211</sup> Pro více detailů ohledně etnické diverzity České republiky odkazují na Veřejnou databázi Českého statistického úřadu, Tab. 153 („Obyvatelstvo podle národnosti, mateřského jazyka a podle pohlaví“) a Tab. „Cizinci podle státního občanství a pohlaví k 31. 12. 2016, z nichž jsou převzaty i uvedené údaje.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> Viz též oddíl úvodní části „Identita moderního práva a její vliv na poznání práva druhých.“

na autonomii (faktor uzavírající společnost). Tyto dva protichůdné faktory, kterým se dostalo specifického výrazu i v *comitas gentium*, rovněž ovlivňují to, zda poznání práva druhých za účelem jeho aplikace bude mělké či hluboké. Přesněji řečeno tyto faktory neovlivňují důkladnost a detailnost zpracování informací o cizím právu, nýbrž naopak ovlivňují typ právní jinakosti, který je v této informaci nalézán. Pro standardní vnitrostátní soudní řízení je totiž vyhrazen pouze absolutní pojem práva (český právní řád, jehož součástí je i mezinárodní a evropské právo, je jediný ve státě, představuje základní model práva a právo druhých se tak od něj může odlišovat pouze v detailech). Při aplikaci cizího práva se však projevuje potřeba vyvážit zmíněné kontradiktorní faktory (*participace na přeshraniční směně a autonomie*). Právní systémy se totiž v kontextu aplikace cizího práva chovají spíše jako *potestates* – atributy nebo statky ovládané nebo přináležející ke státní moci<sup>214</sup> – které jsou, v náhledu českých soudců, „hostěny“ či „na návštěvě“ v rámci *potestas* tuzemské právní moci. Přitom je třeba zdůraznit, že s právem druhých je zacházeno, jako by to byla *potestas*, nikoliv však, že by tak bylo konceptualizováno. Na právo druhých je tak možné nahlížet jako na hosta, nebo symbolickou reprezentaci hosta (cizího státu).

Distribuce vnitřních (uvnitř státu) a vnějších (mezistátních) právních podobností a rozdílů či spíše jejich uznání a popření se tak vztahuje k dynamice pohostinnosti v rámci *comitas gentium*. Hostitelem je však domácí právní autorita v pozici neviditelného pozorovatele, což v dané situaci prakticky znamená, že se neprojevuje svým vlastním právem. České právo není v této situaci tak docela atribut její identity. Je totiž jen jedním z mnoha *potestates* právního „vesmíru“, na který domácí právní autorita hledí, resp. který potenciálně hostí ve své mysli. Objevuje-li se pak české právo vedle představ právního pojetí státu s více právními systémy, vnitřní heterogenita rozhodovací praxe českých soudů slouží k pochopení této cizí vnitrostátní právní diverzity.

V důsledku toho se skutečná nebo pomyslná křehkost jednoty a integrity českého státního práva odkrývá jako další vrstva prostorové imaginace českých soudců. Skutečný konflikt, který je inherentně přítomný v rámci *comitas gentium*, totiž není generován přítomností více právních systémů (českého, německého, afghánského apod.) aplikovatelných v rámci téhož sporu (ty jsou všechny ve stejném neutrálním vztahu k domácí právní autoritě), nýbrž představou o výlučnosti českého práva, přinejmenším na teritoriu republiky.

---

<sup>214</sup> K *potestates* viz například POTTAGE, A.: *Law after Anthropology: Object and Technique in Roman Law*. In *Theory, Culture & Society* 31, 2–3 (2014): 147-166, s. 154.

Rozdílná a dokonce nekompatibilní rozhodovací praxe soudů uvnitř jednoho státu je nicméně známý a široce rozšířený jev, který se objevuje vždy znovu zejména v případech, kdy žádný z účastníků sporu nevyužívá možností apelačního systému.<sup>215</sup>

Z hlediska užití analytické perspektivy<sup>216</sup> lze uvažovat o tom, zda učinit skok od připouštěné multiplicity rozhodovací praxe právních autorit v rámci státního justičního systému k právní multiplicitě v témže rámci (státní právo) – nikoliv k diverzitě právních pravidel v rámci jednoho systému ani k diverzitě právních názorů soudců, nýbrž k mnohosti antropologicky definovaných právních systémů, kdy referenčním bodem jednoho každého z nich je jeden konkrétní soud a někdy jeden konkrétní soudce v rámci tohoto soudu (právní *anthropos*). Kolik by pak bylo v České republice právních systémů? Deset tisíc? Ať už jakkoliv, podstatné je, že žádný z mých informantů není ochoten, ani hypoteticky, učinit tentýž skok. Představa, že různé rozhodovací praxe představují samostatné, navzájem od sebe odlišné právní systémy, které pramení od právní autority (soudce nebo skupina soudců) nikoliv od státu, v tom smyslu, že zde není pouze jeden juristicky vymezený právní systém ve státě, je pro české soudce nepřijatelná. Taková představa pro ně nemůže být validní, neboť v takovém případě „by se [státní právo – pozn. autora] rozbilo jako zrcadlo.“<sup>217</sup> Přestože legalistická představa nerozlučného svazku státu a práva je součástí „objektivního“ způsobu vyličení práva ze strany právních věd, nesdílím tuto úzkost z desintegrace. Tento svazek lze totiž rovněž pokládat za *fictio legis*,<sup>218</sup> aniž by se tím cokoliv ubíralo na jeho závaznosti. Na druhou stranu vytváření jednotného právního systému uvnitř státu vyžaduje brát ze strany soudu ohled na různé jiné autority (ať už jiné soudy nebo jiné nesoudní autority),<sup>219</sup> jejichž sounáležitost pomáhají vytvářet představy konfliktu a hranice.

Tyto představy stabilizují ideu universálního singulárního právního systému ve státě a zdá se, že překrývají úzkost z možnosti rozdrobení státu. Juristické popisy práva totiž zpravidla vyčleňují antropologické implikace vnitřní právní diverzity uvnitř státu pro vymezení pojmu práva. Lze uvažovat i o tom, že pojem práva pravděpodobně přispívá k překlenutí právní diverzity i uvnitř států jako například Belgie, Nizozemí nebo Španělsko, kde je více právních systémů (vymezených nábožensky, etnicky nebo regionálně),

---

<sup>215</sup> V této práci užívám pouze termín apelační systém, který zde zahrnuje i jiné opravné prostředky.

<sup>216</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 49.

<sup>217</sup> Rozhovor, 25. 11. 2015.

<sup>218</sup> YAN, T.: *Fictio legis: L'empire de la fiction romaine et ses limites medievales*. In *Droits* 21 (1995): 17–63.

<sup>219</sup> Srov. NADER, L.: *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Stanford 1990.

příčemž jejich přesné ohraničení pomáhá tuto situaci stabilizovat tím, že z tamních právních systémů činí právní modalidy (právní systémy vložené na kognitivní úrovni do určité mimoprávně vymezené sociální jednotky). V případě České republiky lze nicméně hovořit pouze o heterogenitě vnitřní rozhodovací praxe a o aplikaci cizího práva. Vnitřní heterogenita rozhodovací praxe právních autorit i aplikace cizího práva jsou však vyčleňovány z juristických kategorií. Tento náhled se projevuje rovněž v kognitivních postupech právních autorit při zkoumání práva druhých, neboť jakékoliv cizí právo je v nich primárně definováno jako právo státu v absolutním smyslu, zatímco jiné pojetí práva se do těchto kognitivních postupů dostává pouze na základě mimořádné iniciativy soudce.

Ačkoliv cílem této práce není analýza českého státního práva v kontextu právního pluralismu,<sup>220</sup> hraje tento moment rozkrývající roli v možnosti porozumění toho [porozumění *tomu*, pochopení *toho*], jak *comitas gentium* chápou čeští soudci v rámci specifického kontextu svého práva a z jakých důvodů je organizována právě tím určitým způsobem, jakým je (v protikladu s archaickým právem reciprocity) ve všech moderních státech.<sup>221</sup>

### 2.2.6 Autonomie právní autority a její zajištění substituty práva druhých

Zatímco právní doktrína mezinárodního práva soukromého zdůrazňuje aspirace státu participovat prostřednictvím tuzemských obchodníků na přeshraničním obchodu, zmíněná úzkost ze zaměnitelnosti právních autorit naopak signalizuje aspirace státu na autonomii. Skutečnost, že cizí obchodníci mohou též upřednostnit nadnárodní právní autority (*lex mercatoria*) na místo státních soudů je rovněž vnímána pod zorným úhlem této aspirace na autonomii. Nejistota a úzkost týkající se křehké rovnováhy mezi autonomií a participací

---

<sup>220</sup> Právní pluralismus není primárně testován v terénu mezikulturního přenosu práva, avšak považují za podstatné zmínit, jak s tímto pojmem zacházím. Vědecký status právního pluralismu dle mého náhledu závisí na stádiu konkrétního výzkumu, nikoliv na rozvoji disciplín k jeho širokému přijetí. Nejprve je to tedy abstraktní teorie, která musí být vyzkoušena v terénu, pak je to analytický nástroj, s jehož pomocí lze některé aspekty tohoto terénu reflektovat, nakonec je to zjištěný fakt, jev, takto analyticky popsán – výzkumné zjištění. Samotnou právní diverzitu, o které hovoří aktéři v terénu, informanti, nepokládám za verifikaci této teorie, neboť co si informanti myslí o svém nativním právním systému a právní kultuře, nemusí ještě automaticky korespondovat s tím, co o této právní kultuře odhalí výzkumník prostřednictvím svých vlastních analytických nástrojů. Nativní právní autority nebo jiní aktéři mohou být stejně tak zaslepení ideologií právního centralismu jako ideologií právního pluralismu. Kromě toho konkrétní právní systémy musí být nejprve konkrétně popsány, neboť jakýkoliv univerzální model právního pluralismu nebo centralismu neexistuje. Politická tvrzení, že situace v určité oblasti je právně pluralitní, nejsou totéž co přesný popis téže situace v kategoriích právního pluralismu.

<sup>221</sup> Není bez zajímavosti, že na rozdíl od pojmu kulturního pluralismu se čeští právní teoretici dosud nevyjádřili ani k antropologickému pojetí práva ani k představě právního pluralismu. Zatímco neprávni, byť právně relevantní diverzita sociokulturních identit je běžné téma akademických výzkumů, diverzita právních identit či problém práva jakožto součásti identity zůstal dosud nekonceptualizován. Přestože antropologická komparativní teorie práva Leopolda Pospíšila byla přeložena do češtiny a je v českém právně-akademickém prostředí známa poměrně široce, nikdo zatím nedovožoval její implikace pro české právo. Tím se nijak neliší od celosvětového, umírněného post-Pospíšilovského právního pluralismu, který nezpochyboval homogenitu státního práva. Zaměřoval se spíše na nestátní právní systémy.

na globální směně je v rámci prostorové právní imaginace vyjadřována prostřednictvím jemných posunů v detailech právního rozhodování a soudního procesu. Některé české právní autority se vyjadřují v tom smyslu, že posun od vzájemného (meziskupinového) respektu k jednostrannému (vnitroskupinovému) respektu ve vztazích mezi českým a cizím soudem závisí na detailech pozice cizí právní autority v přeshraničním právním sporu. Obava z dominance cizí právní autority je vyjadřována na intimní, individuální rovině, což může být zčásti vyvoláno užitím příkladu s pozváním cizího soudce ze strany výzkumníka. Avšak v zásadě jí lze číst jako problém označovaný v antropologii pohostinnosti jako „Zeus v převleku,“<sup>222</sup> tj. jako obavu, že populace státu je indiferentní vůči tomu, zda její spory budou rozhodovány domácí či cizí právní autoritou, což je důležitý prvek této prostorové imaginace.

Na druhou stranu je však pro českého soudce konajícího slyšení pod státním znakem České republiky a vydávajícího rozsudek ve jménu republiky plně akceptovatelné aplikovat ruské, německé, syrské nebo například afghánské právo ve stejných případech (tedy těch, které se přímo netýkají domácí populace). Z jakého důvodu je substitut právní autority druhých ve formě symbolické reprezentace jejího práva mnohem akceptovatelnější než lidský druhý, tj. konkrétní osoba, která je cizí právní autoritou? V čem tedy spočívá rozdílnost mezi soudní činností právní autority druhých a soudní činností domácího soudu, byť by formálně a explicitně pouze imitovala soudní činnost v cizí zemi, ba dokonce předpokládala, že mezi aplikací cizího práva v České republice a v zemi jeho původu není rozdíl? Z jakého důvodu je první případ akceptovatelný, zatímco druhý neakceptovatelný?

V antropologii je autenticita zpravidla definována jako bezprostřední vztahy mezi členy určité komunity, do kterých nezasahuje technologie.<sup>223</sup> V tomto smyslu je moderní *comitas gentium* evidentně neautentická, neboť se opírá o dva typy substitutů – symbolickou reprezentaci cizího práva (objektivní textovou strukturu zprostředkovávající normativitu druhých) a domácí právní autoritu, která tuto symbolickou reprezentaci prostřednictvím řady překladů a interpretací aplikuje jakožto cizí právo a nahrazuje tak původní právní autoritu druhých. Stává se tak vůči nim právní autoritou substituční. Tato dvojí substituce je na úrovni právní praxe zpravidla zastřena poněkud zjednodušujícím zdůvodněním, že cizinci „přeci potřebují rozhodnutí, které bude akceptovatelné i v jejich zemi,“<sup>224</sup> a že „naš soud je stále náš

---

<sup>222</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 512.

<sup>223</sup> FELDMAN, G.: *The Specific Intellectual's Pivotal Position: Action, Compassion and Thinking in Administrative Society, an Arendtian View*. In *Social Anthropology* 21, 2 (2013): 135–154.

<sup>224</sup> Rozhovor, 19. 6. 2014.

soud.“<sup>225</sup> Proti tomuto argumentu lze však namítnout, že pokud by cizinci potřebovali rozhodnutí především v zemi svého původu, lze se obrátit přímo na tamní právní autority. Jakési pohodlí „souzení v cizině“ je totiž velmi diskutabilní. V kontextu obchodního práva je nadto patrné, že snaha soudit se v cizině je vedena především předpokladem, že takový postup bude pro cizí obchodníky ekonomicky výhodnější, neboť cizí právo může být vůči jejich nároku přívětivější (na rozdíl od nároku protistrany).

Avšak ani skutečnost, že cizí právní autorita je zvláštní odrůdou druhého, by neměla zastřít význačnou podobnost mezi distinktivními rysy obecného neprávního druhého a rysy tuzemské právní autority ve vztahu k vlastním občanům. Tuzemská právní autorita je totiž rovněž mnohem více akceptovatelná a akceptovaná ve svých substitučních formách jako jsou veřejné listiny, právní předpisy, psaná právní rozhodnutí apod., spíše než ve své autentické bezprostřední formě. To se může projevit i v takových detailech jako je rozdílnost ústního a písemného zdůvodnění rozsudku. Snad skutečnost, že substitutivní formy právní autority jsou mnohem přijatelnější (anebo přesvědčivější) než bezprostřední právní autorita, odkazuje na deferenční aspekty moderního práva obecně a na zastřenost (neviditelnost) moderní právní autority zvláště.

Moderní právo reciprocity – *comitas gentium* – tedy na rozdíl od jiných složek společnosti a kultury neoperuje skrze identitu obchodníka nebo jiného cizince, nýbrž skrze specifické formy uznání autoritativní právní struktury cizího státu, byť nikoliv nutně v souladu s empiricky zjistitelnými autoritativními právními strukturami nebo s emickou perspektivou těchto právních autorit. Právní diverzita tak v rámci *comitas gentium* není vtělena do kulturní diverzity, nýbrž stojí vedle ní stejně, jako soudy stojí vedle výzkumných ústavů a laboratoří. Jinými slovy, právo není přímou součástí identity cizince, nýbrž je nepřímou mobilizováno teprve na základě některých přímých atributů jeho identity anebo atributů sporu (například bydliště, státní příslušnost nebo místo uzavření či plnění smlouvy), které ustavují vazbu na určitý stát, nikoliv na jeho právní autority, jejichž náhled je zpočátku druhotný.

### **2.2.7 Ohrožení právní identity?**

Je zřejmé, že mezikulturní přenos práva v rámci *comitas gentium* a jeho konečná lokalizace v rámci českého práva (aplikace cizího práva) se uskutečňuje v přísně vymezeném a formálně značně restriktivním kognitivním prostředí. V tomto prostředí se srovnávání cizího a tuzemského práva opírá, jak jsem již zmínil, především o představy ohraničenosti,

---

<sup>225</sup> Ibidem.

díky nimž právní systémy různých zemí, které se zde vůči sobě navzájem vztahují, mohou zůstat do značné míry černými skříňkami. Avšak představa ohraničenosti příliš neodpovídá tomu, co se odehrává na kognitivní úrovni postupů českých soudů. Jde totiž o to, že v rámci *comitas gentium* právo druhých překračuje hranice své společnosti i hranice společnosti, ve které je nakonec aplikováno. Pokud ohraničenost práva druhých má mít nějaký dobrý smysl, může se vztahovat pouze na symbolickou reprezentaci cizího práva, která je vždy limitovaná, tj. obsahuje vždy neúplné, i když „komplexní“ informace o cizím právu. Aplikace cizího práva nekoresponduje ani s předpokladem, že se oba právní systémy nějakým způsobem střetávají (představa konfliktu). Ve skutečnosti dochází spíše k jejich smíšení, přičemž pouze ve finální fázi aplikace cizího práva dochází (na rozdíl od poznávacího postupu, kdy se zkouší různé možnosti) k poměrně přesnému vymezení otázek, na které cizí právo dopadá, a na které naopak dopadá právo domácí. Podrobně zdokumentovaný příklad směšování domácího práva a práva druhých předkládám přitom v jiné kapitole.<sup>226</sup> Aplikace cizího práva naopak představuje téměř alchymickou směs objektivních textových struktur domácího a cizího práva, právně-vědeckých konceptů a právně-teoretické racionality a v některých případech i pomyslné nativní právní logiky prisuzované cizí právní kultuře i obecných mimoprávních představ a pojmů. Pomocí představ hranic a konfliktu je tak pouze dekorativně zarámována.

Představa hranic a konfliktu právních systémů však implikuje také představu ohrožení. Jakým způsobem je však možné uvažovat o tom, že právní jinakost v tak restriktivním prostoru jako je aplikace cizího práva, může představovat hrozbu, když zároveň právní autorita druhých je vyčleněna z přenášeného práva? Navíc, jak jsem podrobně rozebral výše, právo druhých je v kontextu *comitas gentium* přítomno pouze symbolicky, ve formě symbolických reprezentací, které na něj odkazují, a jejichž interpretace a aplikace je pod kontrolou domácích právních autorit. Kromě toho, rozdíly a podobnosti mezi právními systémy, s kterými se české soudy musí vypořádávat, nejsou nutně empirické, často jsou pomyslné a neverifikovatelné či neverifikované. To stejné platí i pro představy o integritě vlastního státu nebo společenském a státním zřízení či veřejném pořádku (*ordre public*). Jejich kognitivní validita v rámci lokalizace práva druhých v českém justičním systému tak závisí na tom, jak jsou určitá data klasifikována, jaký je jim přiřazen status, nikoliv na tom, jaká jsou ve své empirické existenci. Jelikož legitimita práva druhých při jeho aplikaci jako práva cizího nemá jiný zdroj validity než svou objektivizací, a také proto, že způsob juristického popisu je jedním z implicitních zdrojů legitimacy domácího práva, ohrožení státu

---

<sup>226</sup> Jedná se o kapitolu o právu ostrova Man v českém kontextu.

je v tomto kontextu imaginativní (součástí soudních spisů zkrátka nejsou zprávy o hodnocení možných dopadů aplikace cizího práva, ani není možné ověřit, co by se bývalo stalo, kdyby cizí právo bylo aplikováno, pokud se soudce rozhodne jej neaplikovat).

Argument některých českých soudců, že je vždy třeba chránit „svou“ právní identitu, vyjasňuje, že praktiky kooperace mezi domácími a cizími soudci mohou na úrovni prostorové právní imaginace vyvolávat nebezpečné zmenšení významu státu nebo sympatie k jinému státu (byť je takový potenciál v současnosti spatřován pouze v retrospektivní perspektivě). Není přitom bez zajímavosti, že informanti vyjadřují sympatie pouze k bezprostředně sousednímu, nikoliv však vzdálenému právu. Tuto skutečnost lze pokládat za výraz zákona Démétér („nejvíce komunikuji s tím, kdo u stolu sedí blíže ke mně“).<sup>227</sup> Na druhou stranu pozvání cizího soudce, aby věc rozsoudil namísto domácího soudce, je pro české právní autority zpravidla neakceptovatelná idea, které brání konkrétní právní koncepty jako například jurisdikce, suverenita, princip zákonného soudce apod. Je pozoruhodné, že každý jednotlivý informant zmiňoval jiný právní koncept bránící pozvání, ale všichni se shodli na jeho nepředstavitelnosti.

Přestože juristické popisy hovoří o konfliktu nebo kolizi právních systémů (a tento konflikt lokalizují do právního rozhodnutí, kterým se cizí právo aplikuje), v rámci poznávání práva druhých, které předchází tomuto rozhodnutí, je ve skutečnosti jakýkoliv konflikt vyčleněn do prostorové právní imaginace. Právní rozhodnutí aplikující cizí právo spočívá ve smíšení domácího a cizího práva pod pláštíkem jejich konfliktu. Takže lze spolu s Pittem-Riversem uzavřít, že „zákony pohostinnosti přenesly konflikt na úroveň, kde jsou nepřátelství obkroužena“<sup>228</sup> – nebo jinými slovy, „je to konflikt, jenž je zapovězen.“<sup>229</sup>

## **2.2.8 Zvláštní aspekty comitas gentium**

### **2.2.8.1 Past reciprocity**

Zvláštní případ, který může vnést více světla do povahy moderního pojetí reciprocity mezi právními autoritami, je situace, kterou informanti označují jako „past reciprocity.“ Rovněž se o ní vyjadřují jako o „bludném kruhu.“ Jedná se o situaci složenou ze dvou podmínek vzájemnosti. První podmínka vzájemnosti je obsažena v domácím právu, tj. české soudy jsou oprávněny poskytnout v různých formách mezinárodní zdvořilost (například

---

<sup>227</sup> LIEBERHERR, K., HOLLAND, I.: *Formulations and Benefits of the Law of Demeter*. In *Sigplan Notices* 24, 3 (1989): 67–78.

<sup>228</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit. s. 509.

<sup>229</sup> *Ibidem*.



ve formě uznání cizího právního rozhodnutí) pouze pod podmínkou, že i cizí právní autority státu, o který se jedná, udělají totéž (materiální vzájemnost), nebo tak stanoví jejich právo nebo mezinárodní smlouva (formální vzájemnost).<sup>230</sup> Druhá podmínka vzájemnosti je obsažena v cizím právu. Cizí právní autority tedy nemohou uznat české právní rozhodnutí, dokud není jisté, že totéž udělají i české právní autority. Aby se soud ujistil, že podmínka (materiální) vzájemnosti je splněna, musí provést zpravidla určité šetření, které se týká rozhodovací praxe cizích právních autorit. Takové šetření je nicméně mimořádně obtížné v případech zemí, které neužívají internet nebo jiné textové medium. Z nedostatku informací může tak v této situaci vzniknout neřešitelný problém.

Diskurzivní vědění generované ohledně pasti reciprocit při rozhovorech se soudci je charakterizované analogiemi mezi přeshraniční reciprocitou mezi soudy různých států a vnitrostátním apelačním systémem. Tyto analogie, které někteří informanti užívají z vlastní iniciativy, mají-li vysvětlit vztahy právních autorit v rámci *comitas gentium*, mají tři základní rysy. Zaprvé, oba systémy (vztahy právních autorit v *comitas gentium* i v apelačním systému) jsou vymezovány pomocí kategorie vzájemného, nikoliv jednostranného respektu. Byť informanti tuto terminologii neužívají, je tato významová nuance zřetelně patrná. Zadruhé, ani jeden systém (ani *comitas gentium*, ani apelační systém) není definován pomocí kategorie rovnosti či hierarchie. Taková distinkce v nich není informanty spatřována. Zatřetí, hlavní princip obou systémů je stejný: my tě respektujeme, protože ty respektuješ nás. Jak to přesně vyjádřil jeden z dotazovaných soudců: „My je uznáváme, protože oni uznávají nás. My to takhle děláme, protože oni taky. To je jako když mi to odvoláčka [soud druhého stupně – pozn. autora] potvrdí, protože já jsem si předtím nastudoval její judikaturu. My jí [její judikaturu – pozn. autora] studujeme a ona nám to za to potvrzuje a ze stejného důvodu studujeme cizí právo, i cizí precedenty, třeba. Oni pak uznávají naše rozhodnutí nebo si to myslíme.“<sup>231</sup> „Oni [vyšší soudy – pozn. autora] taky studují naše rozhodnutí. Když je máme dost načtené, tak nám to na hlavu nehodí. Je to skoro stejné, odvolání, ta vzájemnost.“<sup>232</sup> Z jakého důvodu jsou vztahy mezi právními autoritami z různých zemí konceptualizovány v podobných, ne-li stejných kategoriích, jako vztahy mezi vnitrostátními soudy v apelačním systému? Antropologická klišé o reciprocitě nám neposkytují příliš mnoho pomoci

<sup>230</sup> V minulosti se Československu a České republice podařilo uzavřít řadu mezinárodních smluv nastolujících tzv. formální vzájemnost tj. vlastně fikci reciprocit. Tuto fikci fakticky zavedlo i evropské právo ve vztazích mezi soudy různých členských států Evropské unie. Nicméně i nadále existují případy, kdy české soudy mohou uznat cizí právní rozhodnutí pouze za podmínky vzájemnosti (tj. ve vztazích k nim tato právní fikce zavedena není).

<sup>231</sup> Rozhovor, 16. 4. 2015.

<sup>232</sup> Ibidem.

při interpretaci tohoto jevu. Než však odpovíme na tuto otázku, je třeba se zabývat ještě dalšími aspekty tohoto zvláštního typu reciprocita.

Je samozřejmě třeba mít na paměti, že vnitrostátní apelační systém a mezistátní soudní reciprocita jsou odlišné systémy. Analogie mých informantů byly užity pouze k explikaci, a z toho důvodu se zaměřily hlavně na podobnost mezi oběma systémy. Jejich odlišnost spočívá především na vnitroskupinové a meziskupinové povaze reciprocita, nikoliv v její přítomnosti či absenci, neboť v obou případech je zjevně přítomna. Převládnutí deferenčního respektu (či přesněji principu „já tě respektuji, neboť ty rozhoduješ stejně jako já“) totiž vykazuje i apelační systém. Reciprocita tedy nepředpokládá automaticky formální rovnost partnerů v reciprocitě, spíše je podstatná jejich vzájemná oddělenost a autonomie.

Reciprocita ve vztazích mezi právními autoritami různých zemí je českými soudci paradoxně chápána jako jednostranná záležitost. Spočívá dle jejich názoru pouze v tom, co „my [české soudy – pozn. autora]“<sup>233</sup> děláme, tj. v rozhodovací praxi domácích právních autorit. Důvodem tohoto vnímání je patrně skutečnost, že bezprostřední interakce právních autorit „nás“ a těch „druhých“ v rámci *comitas gentium* nejen neprobíhají, ale jsou dokonce pokládány za nežádoucí. Pokud se nějaké styky mezi soudci různých států uskutečňují, pak jsou neformální a odehrávají se mimo rámec konkrétních soudních řízení. Soudci českých soudů tak ve vymezených případech uznávají cizí právní rozhodnutí nebo aplikují cizí právo namísto toho, aby vydali svá vlastní právní rozhodnutí nebo aplikovali své vlastní právo, aniž by se jakkoliv stýkali s představiteli práva druhých nebo cizího suveréna. Nemohou se nijak osobně zasazovat o to, že se jejich rozhodnutím dostane schválení nebo respektu ze strany cizích právních autorit ve formě jejich uznání v zemi původu. Takové chování nemohou dokonce ani bezprostředně prověřit, ani je nelze automaticky očekávat (lze v ně pouze vkládat naději). V mnoha případech se česká právní rozhodnutí, která aplikují cizí právo, před cizími právními autoritami nikdy neobjeví. Pokud se tak však stane, dozvědí se české soudy o dalším osudu těchto rozhodnutí jen v důsledku náhody.

Jestliže jsem dosud užíval pro vymezení vztahů mezi právními autoritami různých států termín „směny cti,“ neboť „čest je také směňována ve vzájemném uznání,“<sup>234</sup> je nyní nutné zdůraznit, že tato konceptualizace je vhodná spíše pro holistický popis toho, jak *comitas gentium* funguje z dlouhodobé perspektivy. Je naopak méně vhodná pro popis konkrétního jednání českých soudů, které je nahlíženo v krátkodobém horizontu. Soudci, kteří se s aplikací

---

<sup>233</sup> Ibidem.

<sup>234</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Stranger, the Guest and the Hostile Host*. In PÉRISTIANY, J. (ed.): *Contributions to Mediterranean sociology: Mediterranean rural communities and social change; acts of the Mediterranean Sociological Conference*. Atény 1968, s. 505.

cizího práva setkávají jen výjimečně, nevnímají ani uznání cizího právního rozhodnutí ani aplikaci cizího práva jako sociální jednání, které by bylo primárně založeno na reciprocitě. Ze svého vlastního hlediska takto jednají pouze proto, že je jim takové jednání uloženo jako formální povinnost. Patrně na základě výjimečné zkušenosti nemohou nahlédnout svébytné rysy tohoto právního institutu, z čehož je patrné, že porozumění reciprocitě vyžaduje čas a zkušenost, když toto porozumění zároveň nezprostředkovává juristická literatura.

Aplikace cizího práva jako výraz směny cti projevovaný domácími soudy vůči cizím právním autoritám nejsou totiž automaticky spojovány s oplátkou nebo jejím očekáváním, spíše naopak jsou spojovány pouze s nejistým zevšeobecněným předpokladem, že cizí právní autority budou jednat obdobně, jelikož tak – znovu velmi nejistě – již předtím jednaly, nebo to lze alespoň předpokládat v budoucnosti. Místo toho, aby reciprocita byla chápána jako „vztah“ mezi autoritami, je spíše skryta v povinnosti aplikovat cizí právo, která je uložena soudci domácím právem.

#### 2.2.8.2 Přirozené právo soudců

Ačkoliv jsem se pokusil zahrnout *comitas gentium* jako formální právo pohostinnosti do komparativní sítě příkladů, které jsou z pohledu moderních právních autorit (nebo se spíše zdají být) neformální, je třeba rovněž zmínit, že informanti užívají rovněž „neformální“ kodex pohostinnosti, který znají ze svých zkušeností s životem ve své společnosti. Tento „neformální“ kodex je relevantní spíše pro percepci chování a způsobů sporných stran v soudní síni. Tyto zkušenosti pohostinnosti však přicházejí z oblasti mimo říši formálního práva a nejsou s ním ani s rozhodovacími procesy přímo nijak spojeny. Jsou na první pohled důležité pouze v rámci intimního přesvědčení soudců, které v daném právním kontextu nelze jakkoliv uplatnit. Představa o pohostinnosti (jako součásti etikety společenských vztahů) je tak důležitá pouze z hlediska vyvolání sympatií nebo antipatií k cizincům v soudní síni. Tyto sympatie či antipatie jsou však v rámci formálně-rituálních postupů právně nevýznamné.

Jakkoliv nevýznamná však tato intimní hodnocení soudů mohou být pro řízení samotné, projevují se na kognitivní úrovni ve srovnávacích postupech českých soudců, které umožňují některé chování cizinců pokládat za porušení etikety, či „přirozeného práva pohostinnosti.“ Například příliš asertivní uplatňování práva cizími obchodníky je chápáno jako zneužívání pohostinnosti. Naopak rozhodování dle cizího práva v rodinných věcech je chápáno jako projev velkorysosti státních soudů vůči cizincům. Stále zde však zůstává patrná distance mezi intimní směsí etikety pohostinnosti a právních povinností na jedné straně a formálně-rituálním chováním soudce v rámci soudního řízení s cizinci na straně druhé.

Vyčlenění vnitřního hodnocení soudce o nižší či vyšší kvalitě práva druhých a o konkrétním chování cizinců k soudu z formálního rituálu dotvrzuje mělkou a povrchní povahu deferenčního respektu, resp. skutečnost, že tento druh respektu je projevován formálně bez ohledu na skutečné kvality účastníků řízení (cizinců), cizích právních autorit nebo cizího státu.

Samotná aplikace cizího práva v rámci *comitas gentium* je informanty charakterizována z hlediska „neformálního“ kodexu pohostinnosti evolučními podtóny jako určitá živá etiketa, která „zamrzla do práva“<sup>235</sup> v blíže neurčené minulosti. Soudci a odborníci na cizí právo někdy v tomto kontextu spatřují neférové upřednostňování práva před pohostinností. Ve skutečnosti však jde z jejich strany o srovnání poněkud neurčitého přirozeného práva pohostinnosti, jehož představu si soudci utvořili ze společenských zkušeností s pohostinností, s formálním právem pohostinnosti (*comitas gentium*), které vyvažuje jednak aspirace místního společenstva obchodníků uvnitř státu účastnit se přeshraničního obchodu a profitovat z něj, jednak aspirace společnosti zachovat si výraznou míru autonomie ve vztahu k cizině.

#### 2.2.8.3 Problém identity s právem a bez práva

Vztah mezi kulturní identitou sporných stran a právními autoritami země původu a cílové země lze charakterizovat jako velmi zvláštní a různorodý. Nelze o něm hovořit zcela obecně. Zatímco čeští soudci často uvádějí, že cizinci v řízeních očekávají, že se v jejich případech bude aplikovat české právo, neboť se přece jen obrací na český soud, existuje také třída cizinců, kteří trvají na aplikaci svého práva velmi striktně. Jsou to ti, kteří chápou určitá pravidla jako součást své náboženské identity. Dle některých mých informantů tedy jednak existuje skupina cizinců, jejichž identita je zbavena právního rozměru, jednak je tu výrazně menší skupina cizinců, jejichž identita je nerozlučně spjata s právem. Tato situace je však ještě složitější, neboť bez ohledu na to, zda cizinci trvají na svém právu jako součásti své identity či nikoliv, vždy je to soud, který jim přináší právo (zpravidla bez ohledu na jejich přání). Cizinci sami nemohou totiž bez právní autority činit právní rozhodnutí sami o sobě. Má však vyčlenění právní autority z práva druhých význam pro problém identity?

Právní identita ve formě cizího práva je zpravidla přenesena k příjemci v cílové zemi, jelikož on sám je chápán jako „symbol, rozšíření nebo zástupce“<sup>236</sup> určitého cizího státu. Avšak tato úvaha nepochází ze strany právních autorit. Takové pojetí jeho identity je

---

<sup>235</sup> Rozhovor 11. 5. 2015.

<sup>236</sup> GOFFMAN, E.: *The Nature of Deference and Demeanor*. op. cit., s. 477.

zabudováno přímo do kodexu *comitas gentium* a do podoby mezikulturního přenosu práva. Takže cizí právo neexistuje jako objektivní součást jeho identity, nýbrž je to objekt (symbolická reprezentace cizího práva), který je přenášen mezi sepisovateli, výzkumníky, překladateli, tlumočníky a právními autoritami. Jedná se tedy o „technické uspořádání, které je formou řádu.“<sup>237</sup> Ve srovnání s některými velmi dobře připravenými obchodními společnostmi, většina cizinců si zpravidla nevezme celé své kulturní dědictví včetně právních knih s sebou na cesty do ciziny. Naopak se zdá (dle názoru soudů), že obchodníci – cizinci jednájí strategicky a neváhají se dovolávat i domácího práva v závislosti na tom, co se jim zdá jako nejlepší cesta k ochraně jejich cti a majetku v cizím prostředí. Zatímco v rodinných a statusových věcech lze účel aplikace cizího práva nahlížet jako „zachovávání určitého druhu vnitřní autonomie“<sup>238</sup> cizince, v obchodních věcech je v kontrastu s tím chování cizích obchodníků vnímáno jako strategické obchodní jednání.

V *comitas gentium* je tak možné spatřovat i jakési implicitní technické nastavení, které zahrnuje určitý abstraktně vyjádřený, univerzalizovaný ohled na druhého (zobecněného a neurčitého druhého), právní autoritu druhých a na stát jako druhého (paradoxně včetně vlastního státu soudce). Jedinci, kteří se ocitají před soudem v rovném postavení, jsou tak zosobněním, reprezentací vysoce postavených „jedinců“ v rovném postavení, států (dříve králů) – takže rituální chování, ač je v rámci konkrétního sporu jednostranné (domácí stát/cizinec), patří do nekonečné řady aktů, jako jsou oslovení, pozdravení, vyjádření omluvy či úcty, komplimentu či jedním slovem zdvořilosti v rámci statusových rituálů mezi dvěma státy. Byť ti, kterým je jejich vzájemnost ku prospěchu, jsou ve skutečnosti konkrétní účastníci soudního řízení, cizinci a obchodníci.

### **2.2.9 Výsledné (třetí) právo a ztotožnění se zdrojovým kódem**

V restriktivním prostoru před autoritou státního soudu (při aplikaci cizího práva) mezi vlastními i cizími právními systémy vzniká relativně nestrukturovaný vztah, v němž jsou všechny právní systémy rovnocenné (snad jej lze charakterizovat jako *comitatus*).<sup>239</sup> V tomto vztahu je domácí právo vystaveno přítomnosti jiného práva. Přesto soudci na všech stupních soudní soustavy mají primárně a obecně velmi silnou tendenci zacházet s právem, které není

---

<sup>237</sup> WINNER, L.: *Do Artifacts Have Politics?* In *Daedalus* 109, 1 (1980): 121–136, s. 123.

<sup>238</sup> GOFFMAN, E.: *The Nature of Deference and Demeanor*. op. cit., s. 477.

<sup>239</sup> *Ibidem*, s. 94–96.

„ani tady ani tam“,<sup>240</sup> jako by to bylo jejich právo vlastní. Tento sklon se daří narušit jen konkrétními daty, která se nacházejí zejména v symbolických reprezentacích cizího práva.

Rovněž v tomto vztahu vyniká určitá homologie mezi (1) dělicí příčkou vedoucí mezi vlastním a cizím právem, (2) dělicí příčkou mezi právem a jinými oblastmi kultury a společnosti (je například obtížné správně určit, jaké normy jsou zvykové a jaké právní), a jejich (3) společným podřízením autoritě státního soudu. Soudce *in situ* poměrně často zakouší určitou bezradnost při setkání s právem druhých, neboť studium na právnické fakultě jej vedlo k osvojení kulturně vymezené normativity, nikoliv ke studiu neznámého práva tak, jak je aplikováno v neznámém kulturním prostředí (povinnost aplikovat cizí právo stejným způsobem, jako v zemi původu).

Úzkost z možných omylů, neporozumění, nejistoty a překážek v porovnání se studiem vlastního práva v tomto případě nabývá na intenzitě. Jak mi žertem sdělil jeden z mých informantů; „být si jistý je těžké, vlastně jediná jistota je, když se nikdo neodvolá.“<sup>241</sup> Je tomu tak z toho důvodu, že autorita právního rozhodnutí může být zpochybněna na základech, které jsou zjevné pro cizince, ale naprosto netušené ze strany soudce. Přitom jistota je nezbytným předpokladem pro učinění právního rozhodnutí. Právnímu rozhodnutí proto musí předcházet série poznávacích kroků o obsahu a povaze cizího práva. Výsledky těchto kroků se však příliš velkou jistotou nevyznačují, neboť mohou být zpochybněny, kdykoliv je do spisu dodána nová symbolická reprezentace cizího práva. Jistotu jim dodává až uzavření spisu.

Jak tedy soudci v reálných rozhodovacích procesech této jistoty dosahují? Zaprvé, soudce musí být přesvědčen o tom, že jeho kognitivní rozhodnutí ohledně určitého výkladu cizího práva je férové. Jinými slovy, do poznání práva druhých je vložena představa spravedlnosti. Tato vložená představa se však zřejmě skládá i z kulturních hodnot a nativních předpokladů. Z antropologického hlediska není snad žádná jiná idea natolik kulturně podmíněná, jako spravedlnost. Avšak soudce, který je dědicem jiné disciplinární tradice, se vyznačuje přesvědčením o universální povaze spravedlnosti. Zadruhé, jistoty je dosahováno na základě ztotožnění či paralely vlastního a cizího práva, tj. vložení představy o tom, že oba právní systémy jsou v zásadě stejné, odlišují se jen v detailech. Ve skutečnosti je zřejmé, že během zkoumání a aplikace cizího práva dochází k interakci dvou právních systémů (domácího a cizího). Z této interakce však v momentu aplikace symbolické reprezentace cizího práva v zemi určení vzniká třetí, výsledné právo. Toto výsledné právo není ani právem domácím, ani cizím a nakonec ani jeho symbolickou

---

<sup>240</sup> TURNER, V.: *The Ritual Process: Structure and Anti-Structure*. Michigan 1969, s. 95.

<sup>241</sup> Rozhovor ze dne 20. 5. 2015.

reprezentací, nýbrž je výsledkem její opětovné lokalizace. Nakonec aplikované právo je tedy nový jev, vzniklý z příměsí tuzemských i cizích právních struktur. Je výsledkem jejich vzájemné interakce, porovnávání a překladu.

Je to skutečně „výsledné právo,“ abych parafrázoval Bettiniho chápání autority jako „výsledného hlasu.“<sup>242</sup> Jsou-li totiž dva právní systémy zprostředkovávány soudcem jako navzájem rovné, jejich kombinování, srovnávání a opětovné kategorizace vedou k novému pochopení objektivních právních struktur a faktů, které se v kognitivním procesu neuplatňují odděleně, nýbrž vyplývají ze vzájemného vztahu.<sup>243</sup> V jistém smyslu by bylo možné říci, že jsou přívěsky tohoto vztahu. Když však hovoříme přísně juristicky, právní systémy jsou v každém stádiu mezikulturního přenosu svázány se dvěma různými zeměmi. Z antropologického hlediska se však při aplikaci cizího práva nacházejí v jednom rituálním meziprostoru. V tomto meziprostoru jsou tyto právní systémy představovány odlišnými objektivními textovými strukturami, které se však vztahují k jedné ose právní argumentace (zdůvodnění rozsudku). Tato argumentace váže právní pojmy z různých právních systémů jeden na druhý na základě ztotožnění obou textových struktur s cílem generovat účinek autority pro právní rozhodnutí. Mělké, povrchní pochopení cizího práva tedy odkazuje na povrchní chápání vlastního práva, či práva jako takového. Proto lze konstatovat, že existuje určitá homologie - shoda mezi tím, jak informanti odlišují své vlastní právo od své vlastní kultury, společnosti, zvyklostí apod. (jedním slovem, od faktů) na jedné straně a jak vymezují právo druhých.

Právní povaha takového výsledného práva je přitom nezpochybnitelná. Výsledné právo je skutečné, účinné a autoritativní. Výsledné právní rozhodnutí tedy patří do „registru vážnosti; jako takové je pevné, jasně definované, a to produkuje specifický účinek.“<sup>244</sup> Účinek autority. Tomuto právu soudce dodává svůj vlastní autonomní autoritativní účinek, paradoxně proto, že si nemyslí, že jej sám vytvořil. V pojetí soudce totiž tento autoritativní účinek vyplývá ze ztotožnění se „zdrojovým kódem“ původní právní autority na formální úrovni. Avšak na druhou stranu soudci vědí, jak komplikovaně nacházeli jistotu při studiu a aplikaci cizího práva, a nevěří v kompletní korespondenci výsledného práva se zdrojovým kódem na faktické úrovni. Žádný soudce není v tomto ohledu naivní.

---

<sup>242</sup> BETTINI, M.: *Authority as 'Resultant Voice': Towards a Stylistic and Musical Anthropology of Effective Speech in Archaic Rome*. In *Greek and Roman Musical Studies*, 1, 1 (2013): 175-194.

<sup>243</sup> TURNER, V.: *The Ritual Process*. op. cit., s. 94.

<sup>244</sup> BETTINI, M.: *Authority as 'Resultant Voice.'* op. cit., s. 179.

Společná artikulace cizích i vlastních právních významů vede ve výsledku k tomu, že soudce komunikuje stranám smysluplné rozhodnutí. Tyto významy jsou řazeny tak, aby vytvářely efekt extra-teritoriální podobnosti cizího práva s vnitrostátním právem. Zdrojový kód (cizí právo, cizí právní autorita) stojí tak symbolicky za soudcem, ale výsledná právní autorita (legitimita rozhodnutí) je založena na analogii s vnitrostátními právními významy. Stručně řečeno, právo druhých, které se objevuje autonomně (nebo to tak alespoň vypadá) v nitru domácího práva, je věděním, které se stává právem v antropologickém smyslu okamžikem jeho aplikace. Je přitom definováno svým intimním vztahem (cizostí) ke zdrojovému kódu. Avšak zdá se, že skutečný antropologický význam slova „cizí“ v kontextu *comitas gentium* znamená „zbavený původní právní autority.“ Zároveň však toto právo nabývá některé nové vlastnosti. Nejen z toho důvodu, že se stává předmětem mezikulturního přenosu a opětné lokalizace v zemi určení, při nichž jsou do něj vkládány v původním kontextu neznámé významy. Tyto vlastnosti cizí právo vskutku nabývá vložím idey objektivitu a později například spravedlnosti a jiných právních prostředků, jmenovitě například textových a strukturálních podobností.<sup>245</sup> Při právních komparacích v rámci *comitas gentium* „[p]řůsečky, nikoliv entity, jsou primární“<sup>246</sup> Avšak tyto průsečky jsou vloženy do reprezentace cizího práva stejně jako „hranice vytvářející rozdíly.“<sup>247</sup> Nově vytvořená autorita cizího práva v domácím prostředí soudce totiž obsahuje jak vzdálenost (osobní povědomí o ne-totožnosti s právem druhých) tak (rituální) ztotožnění cizího práva se zdrojovým kódem.

### 2.2.10 Osa podobnosti

Dle Abu Lughod se antropologie přiklání ke konstrukci kultury druhého především na základě hledání rozdílů, zatímco ignoruje podobnosti.<sup>248</sup> Soudci při opětné lokalizaci cizího práva, které je předmětem mezikulturního přenosu, však v první řadě usilují o nalezení duplikátu vlastního práva. Proto rozeznávají a nacházejí spíše právní podobnosti, které používají jako styčná místa k vybudování „osy podobnosti,“ tj. sady podobností, které jim umožňují vytvářet analogie cizího práva s vlastním právem, jakož i případně stanovit rozdíly.

---

<sup>245</sup> Textová a strukturální podobnost je právním prostředkem, pokud je užita k porozumění cizímu právu a k jeho aplikaci.

<sup>246</sup> JENKINS, T.: *The Life of Property: House, Family and Inheritance in Béarn, South-West France*. New York 2010, s. 151.

<sup>247</sup> *Ibidem*.

<sup>248</sup> ABU LUGHOD, L.: *Writing against culture*. In FOX, R. (ed.): *Recapturing Anthropology: Working in the Present*, 137-162, Santa Fe 1992.



Kognitivní strategie, které se používají při studiu cizího práva, však nelze výhradně charakterizovat jen jako praxi hledání korespondencí, ale také jako praxi vytváření právní jinakosti. Měl bych dodat, že tyto dva postupy (vytváření jinakosti a korespondence) jsou při opětovné lokalizaci cizího práva přímo pozorovatelné. Podobnosti hrají významnou roli v prvním stadiu zkoumání cizího práva a jsou snad výrazem moderní tendence k vymezení vlastní identity na základě „vášnivých rozdělení.“<sup>249</sup> Tento postup jim umožňuje udržovat představu universálního modelu práva, který připouští neustále se měnící detaily právních institutů. Podstata těchto právních institutů však zůstává v tomto náhledu neměnná (přínejmenším tak dalece, jak je to možné). V určitém okamžiku se však může zkoumání práva druhých prohloubit. Může se přesunout od porozumění, které je závislé výhradně na vlastních kategoriích práva, k více autonomnímu porozumění. S ohledem na omezený prostor reálných rozhodovacích procesů ne každé zkoumání cizího práva jde takto hluboko. Takový krok ze stínu domácího práva je ve skutečnosti docela vzácný, podmíněný mnoha okolnostmi a mnohým úsilím. Obvykle se lze setkat s opačným přístupem. To, co soudci a odborníci na cizí právo prakticky nepotřebují vědět, nevědí.

### 2.3 Třetí okresek reciprocity

Zatímco interakce právních systémů v rámci „archaické“ právní kultury se uskutečňuje prostřednictvím mobilních právních autorit a složených soudů (viz kapitola Právo reciprocity: „Afghánské“ právní sodality), v rámci moderní právní kultury je taková interakce založena na mezikulturním přenosu práva prostřednictvím jeho symbolické reprezentace. Jinými slovy, zatímco například v „afghánském“ sociokulturním prostředí se – zjednodušeně řečeno – setkají v rámci pohostinnosti představitelé různých právních systémů, aby se tváří v tvář dohodli na společném právním rozhodnutí, pro soudy moderních států je takový postup nepředstavitelný, a komunikují proto prostřednictvím přenositelných symbolů.

Tento moderní mezikulturní přenos práva ve formě jeho symbolické reprezentace lze pro přehlednost provizorně rozčlenit do tří základních stádií; dis-lokalizace a objektivizace právního systému v zemi původu, přenos jeho symbolické reprezentace ze země původu do cílové země, jeho opětová lokalizace, resp. opětová lokalizace jeho symbolické reprezentace v cílové zemi. Žádný z těchto momentů se neděje lusknutím prstu, nýbrž je na něj vydáno enormní množství práce. V této práci podrobně predestírám, jak je časově náročná pouze závěrečné fáze mezikulturního přenosu, tj. lokalizace symbolické reprezentace cizího práva

---

<sup>249</sup> GIRARD, R. *Deceit, Desire and the Novel: Self and Other in Literary Structure*. Baltimore 1965, s. 122.

v českém justičním kontextu. Máme-li však správně pochopit celý mezikulturní přenos práva, je třeba se určitým způsobem dostat za horizont tohoto terénu a uvědomit si, že český justiční systém je pouze jedním „spojujícím stanovištěm,“<sup>250</sup> na něž putuje v podstatě již hotová symbolická reprezentace cizího práva, která musela být pracně vytvořena jinde. Jiná spojující stanoviště (jako například německý, americký nebo afghánský justiční systém) v terénu českého justičního systému samozřejmě přítomna nejsou, avšak právo druhých (například z Afghánistánu, Jemenu nebo z ostrova Man) v terénu přítomno je ve formě symbolických reprezentací práva. Z těchto symbolických reprezentací lze pak mnoho vyčíst o tom, jak byly utvořeny (viz následující kapitoly). Avšak, jak uvidíme dále, vědění, které tyto symbolické reprezentace o cizím právu poskytují, je spíše pomyslné a přibližné než přesné. Přesto umožňuje „fungování“ *comitas gentium* navzdory kulturním odlišnostem.

Celá síť těchto spojujících stanovišť (právních autorit různých zemí aplikujících cizí právo) představuje jednak určitou koalici shodující se na stejném pojetí práva ve smyslu středověkých koalic Maghribských obchodníků sestávajících z jejich extraterritoriálních obchodních stanic s vlastními právními autoritami,<sup>251</sup> jednak představuje předpoklad mezikulturního přenosu práva, který spočívá v cirkulaci poznávacích praktik a pomocných idejí umožňujících tento přenos (třetí okresek směny). Mezi tyto poznávací praktiky a ideje náleží zejména (1) způsoby popisů právních systémů a diskurzivních praktik (například zákonný text, výzkumná zpráva), (2) kognitivní komponenty (například analytické kategorie užité k vytvoření symbolické reprezentace práva), (3) politické vize (například všeobecná evoluce směrem ke státnímu právu), (4) právní hodnoty (například právní jistota založená na psaném textu), a (5) kulturní étos (například právo vnímané jako nadkulturní materiál).

Jinými slovy, možnost obchodníků participovat na přeshraniční směně je založena na hlubších okresech směny; jednak na druhém okresek směny (*comitas gentium*), jednak na třetím okresek směny (výměna kognitivních praktik a idejí umožňujících přenos práva z jedné kultury do druhé). V tomto ohledu se jedná o sestupnou podmíněnost, tj. aplikace cizího práva a právní komparace v rámci reálných rozhodovacích procesů jsou podmíněny mezikulturním přenosem práva, který sám je podmíněn směnou kognitivních praktik a idejí.

Z tohoto hlediska je konkrétní přenos práva ze země původu do cílové země jen špičkou ledovce této mnohem rozsáhlejší směny praktik a idejí, která primárně není navázána na právní autority, nýbrž na mnohem širší okruh aktérů, z nichž nejdůležitější roli hrají autority vědecké, které v narůstající míře sdílí tyto praktiky a ideje (cirkulující právní

<sup>250</sup> LATOUR, B.: *Reassembling the Social – An Introduction to Actor-Network-Theory*. op. cit., s. 219–246.

<sup>251</sup> GREIF, A.: *Institutions and the Path to the Modern Economy*. op. cit., s. 58–90.

kognice). Zatímco mezikulturní přenos práva sám o sobě přímo neovlivňuje podstatu přenášených právních systémů, neboť jeho prvořadým cílem je umožnit studium a zkoumání cizího práva, cirkulace právní kognice může mít za následek tvarování i přetváření fakticity konkrétních právních systémů a emické perspektivy jejich právních autorit. Třetí okrsek směny je tedy další významnou složkou sociální organizace mezikulturního přenosu práva v rámci *comitas gentium*.

Na třetím okrsku směny se tedy již nesměňuje úcta či prokazování cti, nýbrž určité jemnější, nebo spíše méně zřejmé kognitivní prvky. Tato směna však rovněž dopadá na kognitivní proces poznání práva druhých a jeho srovnání s vlastním právem, kde se projevuje určitými pravidelnostmi. V určitém smyslu lze hovořit o tom, že politické jednotky (zejména státy) platí určitou „cenu“ za účast v *comitas gentium* tím, že poskytují své právní systémy druhým k osvojení, a samy nebo prostřednictvím jiných aktérů je nechávají přeměnit do objektivních textových struktur, odpoutaných od jejich vnitřní sociální struktury. Tento přístup umožňuje, aby se místní právo vymklo ze svého sevření lokálními právními autoritami, které jsou tak zbaveny své exklusivní kompetence „říkat právo“ ve sporech. *Comitas gentium* jako nástroj pro koordinaci právního rozhodování obchodních sporů tak na úrovni třetího okrsku směny bezpochyby přispívá ke změnám vnímání práva v zemi původu, a to jak v jeho obsahu, tak v jeho sociální organizaci, když umožňuje oběh zboží, služeb, osob i práva, zdánlivě bez větších omezení. Avšak přestože koalice modernity rozhodla síť svých spojujících stanovišť v planetárním rozsahu, je ve skutečnosti omezena v prostorovém rozsahu i hloubce, neboť je závislá na objektivizaci právních systémů, která není vždy uskutečněna nebo není uskutečnitelná. V tomto smyslu je *comitas gentium* závislá na směně vizí a projektů, jako je například vize právní modernity (zejména státně-centrický model práva).

## **2.4 Hluboké prostory práva druhých**

Na závěr si v této souvislosti dovolím učinit několik obecných úvah o vzrůstajícím významu antropologie v rámci *comitas gentium*.

Tím, že se otevírají hluboké prostory práva druhých – mimo jiné i díky antropologizaci právního vědění – vzniká krize obecné validity projektu právní modernity, dle kterého by se všechny právní systémy měly modernizovat a formovat do podoby státního práva. Jednak je na základě stále dostupnějšího antropologického vědění patrné, že mnohé z právních systémů se nezmodernizovaly, jednak mnohé právní systémy zůstaly ve svém jádru touto vizí nedotčeny nebo se po ústupu jejího tlaku navrátily ke starším,

předmoderním podobám práva. České soudy praktikující *comitas gentium* se však v mnohých ohledech o trvajícím obecnou validitu projektu právní modernity opírají. Jsou tak zachyceny v návyku přehlížení průniku nestátních právních systémů do mezikulturního přenosu práva. Tento přístup lze však jen těžko i nadále pokládat za legitimní a správný. Je totiž stále zřejmější, že projekt právní modernity byl v mnohém vystaven na omezených a fragmentárních datech. V důsledku toho byl vystaven i na určitých pomyslných předpokladech o právní exotice, nepřipouštějících právní neznámo, a na nerealistických vizích.

Modernistický projekt kodifikovaného práva (prostřednictvím legislativy) nebo sebraného práva (prostřednictvím sebrání a sepsání) je stále méně možný, neboť hluboké prostory práva jsou stále více patrné, tj. jejich náznaky stále více cestují, cirkulují k cílovým autoritám v zemích určení. Mezikulturní přenos nedotčeného, nezměněného práva druhých (se všemi jeho aspekty), který byl tímto modernistickým projektem předpokládán, se stále více jeví jako jedna velká iluze. Také v důsledku toho je vize právního vývoje směrem ke státnímu právu zdiskreditována. Je to však právě tato vize, na jejímž základě soudy upřednostňují státní právo před jinými formami práva, jinými právními systémy. Tento evolucionistický podtext je však spíše relikv, který ztrácí na významu a důležitosti. Moderní, univerzalizující hodnoty vskutku „vtrhly“ do hlubokých prostorů práva druhých, avšak nikdy je nezploštily. Předjímané vymizení nestátních, lokálních právních systémů pod tlakem modernizace nastalo jen na některých místech a znovuobjevení „antických“ nebo „archaických“ právních systémů zůstalo živou možností poté, co modernistické tlaky ustoupily. Ve skutečnosti nestátní právní systémy prokázaly nebývalou životnost právě v krizových situacích. Některé se dokonce snaží skrýt před vnějším světem, jiné někdy prezentují samy sebe v nových formách. Některé státy tak činí samy ze své iniciativy, avšak například „afghánské“ právní systémy jsou prezentovány vnějšimu světu různými vlastními i cizími učenými.<sup>252</sup>

Archaické a tradiční právo se tak na mnoha místech vrací jako bumerang. Jestliže se navíc má cizí právo aplikovat stejným způsobem, jako v zemi původu (a to je zákonná povinnost soudů), nedají se nové informace o tomto právu druhých odbýt pouhým přehlížením. Návrat „archaického“ obchodního práva však přináší jednu význačnou potíž; kulturní identitu obchodníka, jejíž inherentní součástí je i právní rozměr. Není jasné, co to znamená pro mezikulturní obchodování, avšak je patrné, že v rámci *comitas gentium* bylo právo vyňato z identity obchodníků a přeneseno na koalici právních autorit aplikujících cizí

---

<sup>252</sup> Viz též kapitola Právo reciprocity.

právo. Co vlastně prakticky znamená onen „archaický“ status obchodníka, v němž je právo inherentní součástí jeho kulturní identity. Na tuto otázku se zaměří následující kapitola o právních sodalitách. Zjednodušeně však lze hovořit o kolizi právní rovnosti s patriarchálními právními systémy.

V tomto ohledu se lze shodnout s jinými antropologickými výzkumy, z nichž plyne, že „normativistické promítnutí [moderního – pozn. autora] práva na určité geografické a sociopolitické prostory ještě nutně neznámá, že tam existuje a má konsekvence napříč tímto prostorem.“<sup>253</sup> Ačkoliv toto promítání vize moderního práva do oblastí právního neznáma sama o sobě ještě neomezuje kognitivní uznání práva druhých, ustavuje určitou inklinaci k rozpoznání jen těch právních systémů, které zapadají do této vize. Jestliže pak dochází k určitému prohloubení výzkumu práva druhých v kontextu recentního návratu „archaického práva,“ zdá se, že se tak neděje v důsledku detailnějšího pochopení reálné situace, nýbrž na základě realističtějšího uznání skutečných právních systémů, které byly dříve vyčleněny ze západního pojetí práva.

Až donedávna bylo právo na kognitivní úrovni začleněno pouze do předem vymezených jednotek zarámovaných například juristickým konceptem státu nebo antropologickým konceptem kmene. V sociálních vědách je však stále více zřejmé, že stát ani kmen nemůže být vždy považován za nejdůležitější formu sociálního sdružování. V tomto ohledu také antropologie práva přesunula „referenční bod práva“<sup>254</sup> z představy monolitické společnosti složené z individuí (*sociální* struktura definovaná státem) na „mozaiku fungujících sociálních skupin a podskupin“<sup>255</sup> (*societální* struktura definována vnitřní segmentací společnosti). Tato skutečnost se stala významným prvkem právní antropologie. Ani v neprávní antropologii nejsou již ti „druzí“ zkoumání uvnitř uzavřených analytických jednotek. A ani právo nemůže být spatřováno pouze v předem prostorově a časově izolovaném úseku kulturní reality.<sup>256</sup>

---

<sup>253</sup> BENDA-BECKMANN, F., BENDA-BECKMANN, K., ECKERT, J., TURNER, B.: *Legal Pluralism*. In MPI Report 1999–2001, 129–165. Halle/Saale 2001, s. 150.

<sup>254</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 97–99.

<sup>255</sup> *Ibidem*.

<sup>256</sup> Srov. GRENIER, L., GUILBAULT, J.: *Authority' Revisited: The 'Other' in Anthropology and Popular Music Studies*. In *Ethnomusicology* 34, 3 (1990): 381–397, s. 383, 385.

### 3. REPREZENTACE PRÁVA DRUHÝCH V COMITAS GENTIUM

Hlavní složkou moderní comitas gentium v právní oblasti je téměř vždy aplikace cizího práva domácím soudem namísto jeho nativního práva. Na tuto problematiku samotnou se lze podívat z různých perspektiv. Jedna z těchto perspektiv, jíž se budeme zabývat, zdůrazňuje, že v kontextu comitas gentium dochází velmi často k implicitním právním komparacím domácího práva a práva druhých. Velmi odlišné právní systémy nemusíme přitom prvoplánově hledat takříkajíc na druhé straně světa. Velmi odlišné právo nalezneme například i v evropském kontextu. Jeden z nejdůležitějších případů, při němž se postupně a explicitně vyjádřily soudy všech relevantních stupňů české justiční soustavy k samotné problematice objektivitu a kognice právní exotiky a základním epistemologickým otázkám jejího zkoumání a aplikace, se týkal právního systému ostrova Man. Postupujme však k jeho právní jinakosti směrem od evropského rámce.

V případě přeshraničních sporů, k nimž dochází v rámci Evropy, čeští soudci zpravidla užívají k navigaci v tomto právním terénu tzv. Evropský soudní atlas, internetový vyhledávací nástroj speciálně vytvořený pro soudce z členských států EU, kteří potřebují spolupracovat se soudci v jiných evropských zemích. Jeho struktura hodně vypovídá o imaginativním přístupu k právním rozdílům a podobnostem. Je totiž zjevně založena na představě, že existují určité esence obecných právních institutů, jako je například odškodnění obětí trestných činů, rodinné právo, právní pomoc a jejich národní konkretizace. Právní pomoc, například, je řazena podle států a její různé varianty lze nalézt pod záhlavím vnitrostátní právní úpravy. Stejný druh klasifikace lze nalézt v jiných oblastech, například v oblasti dokazování. Zpravidla je toto strukturování právních znalostí příhodné a funguje - alespoň v Evropě. Ale i v jejím rámci existují místa, vůči nimž je uplatnit nelze. Jedním z příkladů je právě ostrov Man, který není součástí EU.

Právní systém ostrova Man byl do českého soudního řízení přenesen v rámci comitas gentium. Tento kontext také zásadně ovlivnil, které jeho aspekty se u českých soudů uplatnily a které naopak v důsledku přenosu zanikly. Cizí právo není typickým předmětem dokazování před soudem. Je předmětem zjišťování, které se odehrává spíše v zákulisí soudního procesu. Někteří informanti uvádějí, že není předmětem dokazování vůbec. Jeho posuzování jako účinného nebo neúčinného je vyčleněno z jeho zkoumání soudem jako zásah do suverenity cizího státu nebo jako jednání v rozporu s kodexem zdvořilosti národů (comitas gentium).

Jeden zajímavý moment spočívá ve velmi překvapivém přístupu soudu k tzv. black-letter law (tj. učebnicovému právu). Na jeho základě jsem se domníval, že uplatnění práva ostrova Man se řídí zásadou *iura novit curia*, což znamená doktrinální předpoklad, že soud zná právo a účastníky právního sporu nemůže žádat o prokázání, jaké právo platí pro jejich případ. Tento doktrinální názor byl jednak hluboce zpochybněn, jednak opakovaně ověřen během mého výzkumu (dalo by se říci, že co soudce, to svébytný přístup). Během tohoto výzkumu však také došlo k autoritativní, hierarchizované konceptualizaci zvláštního způsobu dokazování cizího práva (zjišťování). Ať tak či onak, strany hrály v raném i pozdějším stádiu procesu klíčovou roli v určování toho, jak bylo dané cizí právo zkoumáno.

Ale o použití práva ostrova Man, které se stalo pověstným lakmusovým papírkem sjednocování kognitivních postupů soudů, lze napsat spíše ságu než příběh. Právo ostrova Man je empirický případ právní exotiky v českém sociokulturním prostředí – nikdo v českém justičním systému původně nevěděl a ani se nestaral o jeho existenci. Dokud žalobce z ostrova Man nepodal návrh k českému soudu prvního stupně. V této žalobě argumentoval, že manské právo by mělo být použito na jeho případ. V této fázi je to jen tvrzení. Nikdo neví, jestli je oprávněné. Pozadí tohoto případu není jednoduché. Jde v něm o těžko prokazatelné úmrtí obchodníka a o rozsáhlé dědictví spočívající v obchodním majetku (podíl v obchodní společnosti), které se nachází na území naší republiky. Z našeho hlediska jde však především o prokázání spojení, či v nativní terminologii soudců, o navázání práva ostrova Man na poslední vůli, která byla sepsána i podepsána v České republice obchodníkem, který se narodil v Jižní Africe a zemřel v Praze. Na druhou stranu to zahrnuje odpojení původního dědice, který by podle českého práva zdědil tento majetek po zůstaviteli, od dědictví prostřednictvím manského práva. Soud prvního stupně nakonec navázal případ na manské právo a tento postup posléze potvrdil odvolací soud, aby jej následně zpochybnil nejvyšší soud. Ve skutečnosti měl soud prvního stupně mnoho možností, z nichž mnohé musel vyloučit a některé, které jej vedly k aplikaci manského práva, musel zvolit. Formálnímu uplatnění manského práva tedy předcházela dlouhá série kognitivních rozhodnutí, kognitivních voleb. Rozdělení této série kognitivních voleb do dvou etap (určování cizího práva a studium či zjišťování uvedeného zákona) je docela běžný doktrinální pohled. Jeví se však jako nepravdivý z hlediska právní praxe nahlížené pod etnografickou lupou. Od samého začátku totiž obě strany předložily soudu určité fragmenty manského práva a soud vybral ty, které pokládal za pravé (v tomto případě ty předložené žalobcem) na základě vlastního ověřování – tj. soud provedl vlastní výzkum tohoto práva druhých. Nebyly to dvě od sebe

odlišitelné etapy téhož procesu, ale jeden – formální proces určování, které právo aplikovat, se zcela překryl s kognitivním procesem zkoumání, jak manské právo vypadá.

Projděme tímto procesem nejprve u soudu prvního stupně pozvolna a postupně za účelem objasnění tohoto nejkompexnějšího a nejparadoxnějšího případu z hlediska multiplicity rozhodovací praxe zúčastněných soudů. Žalobce tvrdil již ve své žalobě podané k soudu, že výsledek případu závisí zásadním způsobem na právním systému, který bude aplikován. Tvrdil, že by to měl být právní systém ostrova Man. Ve vztahu ke skutkovým okolnostem šlo o to, že zesnulý obchodník pořídil holografickou závěť ohledně svého obchodního majetku za poněkud podezřelých okolností krátce před tím, než zmizel. Později byl prohlášen za mrtvého v nepřítomnosti. Nativní právo soudců (tj., české právo) pokládá takovou poslední vůli za právně platnou navzdory všem podezřelým okolnostem, ale manské právo „obsahuje“ (v této fázi pravděpodobně) zásadu nepatřičného vlivu, což je faktor, který by mohl odpojit poslední vůli od její platnosti. Manské právo by tak také mohlo přesunout důkazní břemeno z žalobce na odpůrce. Patrně z toho důvodu odpůrce tvrdil opak, to znamená, že by mělo být použito české právo, svědčící ovšem v jeho prospěch.

Abychom pochopili, proč oba tyto jednoduché výroky jsou nejisté a chatrné, je třeba zacít do podrobností. Rozhodnutí soudu prvního stupně je poněkud nejasné ohledně toho, proč závěť sepsaná a podepsána v České republice (závěť, která se týká mimo jiné i nemovitosti nacházející se na území České republiky), by měla být posuzována v souladu s právními pravidly odlehlého ostrova ztraceného v moři někde mezi Anglií a Irskem. Bližší pohled na rozhodnutí nás vede nad jeho rámec k zákonu o mezinárodním právu soukromém. Tento speciální zákon se vztahuje ke konfliktům mezi právními systémy různých zemí. Z toho důvodu se žaloba snaží nejprve spojit případ s odkazem na tento konkrétní zákon. Ten pouze uvádí, že právní poměry dědické se řídí právním řádem státu občanství zůstavitele, případně jeho bydlištěm v době jeho smrti. Ačkoli toto tvrzení je velmi vágní, odpůrce nezpochybnil tuto část žaloby. Jistě, soudce se musel rozhlédnout po soudní síni. Jelikož nezaznamenal žádnou reakci ze strany odpůrce, přesunul se k dalšímu kroku a podíval se do manských právních pravidel. V nich zjistil, že manský ekvivalent české úpravy konfliktu právních systémů odlišuje movitý a nemovitý majetek v dědictví. Soudce našel tři pravidla vztahující se k tomuto rozlišování - jednak pravidlo, že movitý majetek v dědictví podléhá právu země, kde bylo bydliště (domicil) zůstavitele. Zadruhé, nemovitosti podléhají právu země, ve které se nacházejí. Zatřetí, stanovení toho, co je majetek movitý nebo nemovitý, musí být provedeno v souladu s pravidly fóra - tj. práva soudu, který ve věci jedná. Soudce neuvedl



tato pravidla v soudní síni explicitně. Asi proto nebyla vznesena otázka, zda by se tato pravidla měla aplikovat. I když jsou součástí manského práva, jejich uplatňování zůstává nejisté, protože existují dva názory - doktrína zpětné působnosti (renvoi) a doktrína o vyloučení zpětné působnosti. Tento výraz (renvoi) znamená, že cizí právo by mělo být použito v celém rozsahu včetně jeho kolizních a jurisdikčních pravidel; naopak, vyloučení zpětné působnosti znamená, že cizí právo by mělo být sice také použito jako celek, ovšem s výjimkou jeho pravidel kolizního práva. Výraz doktrína v tomto kontextu znamená, že neexistuje žádné pravidlo pro řešení této situace – ani v zákonné formě, ani ve formě precedentu – existují pouze různé názory právních autorit. To pro soudce znamená, že zanechá zákony stranou a obrátí se na právní vědy, kde jednotliví profesori práva jsou představiteli různých názorů na tuto otázku. Všechny z nich jsou přitom jistě solidně opodstatněné. Takže soudce se určitě rozhlédl po soudní síni a nezaznamenal žádnou reakci ze strany odpůrce? Ne, to se ve skutečnosti nestalo. Přešel přímo k dalšímu kroku a aplikoval manské právo tak, že navázal celé dědictví na koncept movitých věcí z prvního manského kolizního pravidla. Jsou však věci v dědictví movité věci? To není zdaleka jasné. Zároveň totiž užil třetí manské kolizní pravidlo, na jehož základě uplatnil český právní řád s cílem charakterizovat dědictví jako movité. Následně připojil dědictví (které sestávalo z obchodního podílu) k českému konceptu movitých věcí. Pravděpodobně se soudce rozhlédl po soudní síni a nepovšiml si reakce ze strany žalobce ani odpůrce? To se však ve skutečnosti opět nestalo. Soudce přešel přímo k dalšímu kroku a použil první manské kolizní pravidlo k navázání dědictví na manskou právní kategorii movitých věcí. Pak spojil celý tento svazek s manskou právní kategorií bydliště (domicil) z prvního kolizního pravidla – a to je první právní kategorie, která je výslovně a formálně označena jako spojovací faktor či přesněji hraniční určovatel. Tento svazek formálních kategorií a jejich konkretizací rozšířený o spojující faktor vzal a připojil (1) k dokazování, kde se nachází domicil zesnulého obchodníka a (2) ke zkoumání, co pojem domicil ve skutečnosti znamená. Soudce se jistě rozhlédl po soudní síni a nezaznamenal žádné reakce ze strany žalobce nebo odpůrce. Stejně jako dříve se nic takového nestalo. Stát se to nemohlo z toho prostého důvodu, že si nikdo ani nevšiml, že soudce udělal tyto operace. Tyto operace nejsou ani zmíněny v rozhodnutí. To není kritika soudce; místo toho argumentují, že soudce učinil takto sofistikovanou operaci popsanou v celém tomto odstavci tak samozřejmě, že si její komplexnosti ani nebyl vědom.

Tyto operace jsou situovány v soudní síni, což by nás mohlo vést k možnému závěru, že každá strana mohla proti jakékoliv z nich protestovat v momentu, kdy ji soudce realizoval. Zdá se však, že tyto operace se zviditelní a rozkryjí svoji komplexitu pouze, pokud jim někdo

oponuje. Ale protože nebyla doprovázena ani náznakem vnějšího projevu chování ze strany soudce, nic se nestalo. Neexistuje nic, co by zdůvodňovalo, proč postupoval zrovna touto konkrétní cestou. Ze svého vlastního pohledu postupoval pouze a zcela „logicky.“<sup>257</sup> Ve skutečnosti tyto operace trvaly jen pár chvil měřitelných pauzou mezi větami. Poražená strana mohla každý jednotlivý krok napadnout ve svém opravném prostředku, ale ve skutečnosti si tuto sérii operací neuvědomila ani později a v odvolání pouze pokračovala v argumentaci, že by mělo být použito české právo. Zatím jsem popsal sérii kognitivních voleb, které jsou v rozhodnutí reprezentovány pouhými dvěma větami. Je to jako popisovat let papírového draka. Právníci nemají slovní zásobu pro takový popis. Mohou pouze zjistit, že drak letěl tam a pak se rychle stočil jinam, ale popis tohoto pohybu slovy je nemožný bez současného vizuálního záznamu letu.

V tomto bodě se otázka bydliště (domicilu) dosud nestala spojovacím faktorem – zůstává nerozvinuta čekající na svou příležitost. Když soudce přesune pozornost na (1) šetření o domicilu zesnulého obchodníka a (2) k šetření, co tento cizí právní pojem vlastně znamená, několik radikálních alternativ k výsledku případu se samo nabídne v podobě různých nativních právních konceptů (jako je například trvalé bydliště). Tyto radikální alternativy jsou a zůstávají potencialitami. I když je soudce nevyužil, stejně lemují zvolenou trajektorií kognitivních rozhodnutí jako milníky. Šetření o domicilu zesnulého obchodníka je ztíženo tím, že dědictví bylo klasifikováno jako movité věci dle českého práva. Na rozdíl od operace, při níž soudce aplikoval své domovské právo v otázce určení, zda dědictví spočívá v movitých či nemovitých věcech, žádný takový zpětný odkaz v právu ostrova Man nenalezneme v případě domicilu. Ve skutečnosti české právo ani nezná tento pojem. V důsledku toho se soud zabývá dvojím šetřením. Jedním výstupem je poněkud nejasná definice domicilu jako „něčeho, co předsatvuje vlast, domov nebo místo, kde si zůstavitel skutečně přál zemřít.“<sup>258</sup> – a přesto užití tohoto pojmu není zpochybněno. Je fakt, že toto šetření není ani prohlášeno za šetření, ani tak není vnímáno kýmkoliv zapojeným do procesu. Na druhé straně, snaha zodpovědět otázku, jaké konkrétní místo je připojeno k tomuto abstraktnímu pojmu domicilu, je deklarováno a vnímáno jako šetření a jeho výsledek byl také zpochybněn. Bylo by snad vhodnější, pokud by obě strany měly pevné přesvědčení o tom, jaké je to místo, neboť pro ostrov Man i pro Českou republiku by bylo možné předkládat silné argumenty a důkazy. Zesnulý obchodník měl velmi úzké vazby na území České republiky i na ostrov Man. Definice domicilu jako kategorie sounáležitosti se více podobá

---

<sup>257</sup> Rozhovor 5. 3. 2015.

<sup>258</sup> Ibidem.

antropologickému pojmu domova než formální kategorii trvalého pobytu nebo občanství. Domicil tak ztělesňuje další paradoxní situaci. Ačkoli zesnulý obchodník zmizel z České republiky a nebyl již znovu viděn na ostrově Man, byl prohlášen za mrtvého v nepřítomnosti právě a pouze na ostrově Man. Toto manské prohlášení za mrtvého bylo uznáno a mělo právní účinky v České republice. Samotný domicil byl nakonec českým soudem konkretizován na ostrově Man právě na základě skutečnosti, že tam byl prohlášen za mrtvého nejvyšším ostrovním soudem, který v tomto prohlášení lokalizoval domicil právě na tento ostrov. Soud prvního stupně tak dospěl k závěru, že vztah zemřelého k ostrovu Man byl silnější než k České republice, aniž by poskytl jakékoliv zvláštní odůvodnění tohoto závěru. Etnografický pozorovatel je nucen vykládat tento krok jako dvojité uznání právních autorit ostrova Man: zaprvé, jde o uznání prohlášení zesnulého obchodníka za mrtvého v nepřítomnosti. Toto uznání je důsledkem aktivního jednání spočívajícího v přihlédnutí (neformálního právního rozhodnutí) českého soudu. Zadruhé, soud také uznal manský autoritativní názor, že zesnulý tam měl domicil. Tato dvě uznání vedla soud spolu s několika dalšími okolnostmi k třetímu uznání – že manské právo se vztahuje na případ. Opět to byla otázka letu papírového draka – ani tato kognitivní operace nebyla výslovně zmíněna ve výroku, přestože se bezpochyby jednalo o právní rozhodnutí vyjadřující respekt vůči cizímu právu a cizí právní autoritě.

Zároveň však byla cizí právní autorita uznávána jen do jisté míry, ne však natolik, aby byl případ přesunut pod její jurisdikci. To je překvapivé pro antropologa, který se snaží přijít na to, proč pravidla fungují tímto určitým způsobem a ne jiným, který by mohl tuto situaci v mnohém učinit jednodušší. Nicméně proces lokalizace domicilu byl dlouhý a táhlý a nebyl uzavřen před soudem prvního stupně. Nejistota ohledně této lokalizace snižuje pevnost uchycení celého svazku skutečností a právních kategorií, o nichž jsme dosud hovořili. Tyto křehké operace spočívající ve vzájemném navázání právních kategorií a skutkových okolností, které by mohly být snad ještě podrobněji popsány, jsou jediným vysvětlením, proč by obchodník zesnulý v České republice, jeho poslední vůle a jeho majetek, které jsou všechny umístěny v České republice, měly být spojeny s právem ostrova Man. Všechny další kroky v tomto přeshraničním soudním sporu jsou zřetelně ovlivněny tímto křehkým provázáním. Odvolací soud sice posílil pevnost těchto provázání, avšak nejvyšší soud učinil ostrý řez skrze ně.

Od okamžiku, kdy manské právo vstoupilo do hry, soud prvního stupně učinil několik závěrů o manských zákonech. Soud došel jednak k závěru, že cizí právo, které by mělo být aplikováno, je právo vztahující se k ostrovu Man a tento ostrov je majetkem Spojeného

království, ale má svůj vlastní, svérázný právní systém. I když se tedy jedná o odlišný právní systém, precedenty britských soudů se použijí v situacích, které nejsou přímo upraveny manským právem. Ostrov Man byl soudem charakterizován jako samosprávné závislé území koruny v irském moři, které nespadá pod jurisdikci Evropské unie. Tyto výroky, které se na první pohled jeví nesporné, skrývají další křehké navázání, které by mohlo být sporné – vztah mezi právním řádem ostrova Man a právním systémem Spojeného království.

I když žalobce předestřel soudu několik britských precedentů, odpůrce tvrdil, že právní kategorie „nepatřičný vliv“<sup>259</sup> je obsažena pouze v nich a ne v manském právu samotném. Tedy vztah mezi Spojeným královstvím a ostrovem Man je sporný, i když to vypadá, že jej lze považovat za samozřejmost. Logické uvažování českých soudů totiž nemá stejnou váhu jako zavedený výklad manských soudů, který nemusí být prost logických rozporů. A to i přesto, že jakási diskurzivní bezrozpornost práva druhých, tak jak je vnímána českými právními autoritami, je jimi považována za jedno z rozlišovacích kritérií práva jako takového. Odpůrce v tomto případě přinesl i několik precedentů z jiných soudů, které hovoří proti jednoduchému navázání mezi těmito dvěma právními systémy, jak jej vykreslil žalobce. V důsledku toho se český soud byl nucen vypořádat s fragmenty dvou velmi málo známých právních systémů zároveň. Jak již bylo uvedeno výše, rozhodnutí dospělo k závěru, že manské právo (tj., i britské právo), která mají být použita k posouzení platnosti holografické závěti, mohou skutečně rozvrátit svazek mezi její platností a jejím obsahem. Vzhledem k tomu žalobce uvedl ve své žalobě, že manské právo (které je v podstatě reprezentováno několika britskými precedenty před soudem) obsahuje skutečně abstraktní právní pojem nepatřičný vliv. Ten většina anglicky mluvících právníků pravděpodobně zná, ale je zcela neznámý v rámci domácího práva. To je další milník řízení a zahrnuje dvě další šetření. První zahrnuje definici nepatřičného vlivu, zatímco druhé zahrnuje korespondenci mezi nepatřičným vlivem a skutkovými okolnostmi případu. Tentokrát hned první šetření neunikne pozornosti odpůrce a právní bitva se rozhoří již v tomto bodu. Ale jen proto, že tato dvě šetření nejsou vnímána jako oddělená.

Absence právní kategorie nepatřičného vlivu v českém právu se zdá být konkrétním faktorem právní rozdílnosti. Soudce se zdráhá a považuje za nevhodné, aby prošetřoval soukromý vztah mezi zesnulým a jeho českým dědicem. Intimní život zesnulého obchodníka by nebyl vůbec zkoumán v případě, kdyby manské právo nespojovalo případnou existenci nepatřičného vlivu s intimními rodinnými vztahy a vztahy mezi partnery. České právo

---

<sup>259</sup> Ibidem.

by vyžadovalo takový důkazní proces pouze v trestním řízení. Avšak kulturní zdrženlivost soudci nezabránila uplatnění této konkrétní právní odlišnosti. Chápání manského práva je částečně výsledkem imaginativního postupu soudce, který byl ovlivněn představou práva ve „staré dobré Anglii,“<sup>260</sup> již dal do kontrastu s rovněž imaginativní rutinou českého obchodního prostředí. Soudce se zdá být přitahován tímto imaginativním symbolem (Anglie) a dokonce se zdá, že se zlobí, že dědic ho vtahuje zpět do rutinní reality. Patrně v důsledku toho je právní rozhodnutí mnohem uvolněnější ve vztahu k důkazům a shovívavější vůči tomuto konkrétnímu žalobci (příbuzným z ostrova Man), a zřejmě je součástí české představy o právní autoritě ostrova Man.

Část policejního spisu o zmizení zesnulého se dívá na potenciálního českého dědice jako na klíčového podezřelého – pro soudce je to důležitý bod. Poznámka policejního protokolu, že dědic „se stále usmíval, jeho chování bylo sebevědomé, byl nad věcí, jevil se nedůvěryhodný a lhostejný k tomu, že rodina zesnulého ho podezřívá z vraždy,“<sup>261</sup> je dokonce přenesena do rozhodnutí. Český dědic byl líčen jako jediné spojení zesnulého s českým kulturním prostředím. Tento popis dědice převzatý z policejních záznamů byl klíčový pro konkretizaci právní kategorie nepatříčného vlivu.

Symbolické reprezentace manského práva předložené spornými stranami a posléze prověřené soudem na základě jejich porovnání s jinými textovými strukturami na internetu jsou dostatečným podkladem zkoumání manského práva ze strany soudu prvního stupně i odvolacího soudu. Avšak nikoliv ze strany nejvyššího soudu. Dalším způsobem, kterým se odpůrce snažil prolomit vazbu mezi případem a cizím právem, byla výhrada zachování veřejného pořádku. Podle tohoto argumentu navázání přeshraničního sporu před českým soudem na manské právo není udržitelné, neboť manský a český právní systém jsou neslučitelné natolik, že manské právo nelze ze strany českého soudu aplikovat. Tato zásadní rozdílnost spočívá v tom, že manské právo upravuje důkazní břemeno takovým způsobem, že žalovaný musí prokázat, že se něco nestalo, zatímco dle judikatury českých vyšších soudů nikdo nemůže mít povinnost dokázat, že něco neexistuje nebo že se určitá událost nestala. Pouze existence nebo její skutečný výskyt něčeho může být otázkou důkazu. Tento argument ve své podstatě připouští, že manské právo je oprávněně navázáno na případ, avšak rozdílná úprava důkazního břemene tuto vazbu prolamuje. Kromě toho odpůrce namítá, že právní jinakost manského práva samotná je důvod, proč jej nelze aplikovat. Precedenční právo je zkrátka neslučitelné s legalismem státních zákonů. Tato námitka je velmi zajímavá, neboť

---

<sup>260</sup> Ibidem.

<sup>261</sup> Rozhodnutí. Obvodního soudu pro Prahu 3 sp. zn. 16 C 466/2009 ze dne 15. 1. 2014.

vtahuje do hry rozdílnost celého státního a společenského uspořádání obou míst. Odvolací soud reagoval na tento argument podivným způsobem. Potvrdil, že soud první instance zkoumal cizí právo „v dostatečném rozsahu, procesně správným způsobem a interpretoval jej rovněž správně.“<sup>262</sup> Avšak odvolací soud neprováděl vlastní výzkum tohoto cizího práva mimo rozsah výzkumu uskutečněného soudem prvního stupně. Zdálo by se tedy, že nejdůležitějším faktorem pro schválení postupu soudu prvního stupně byla především jeho vlastní důvěra v soud prvního stupně. Odvolací soud tedy pouze přezkoumal výzkum – tj. následoval odkazy a výzkumné trajektorie, jimiž putoval kognitivní proces soudu prvního stupně, ale nesnažil se dohledat nějaké jiné. Nikdy neodbočil z nastavené stezky. Odvolací soud nezpochybnil ani autenticitu manského práva. Na druhou stranu, odvolací soud se podíval na manské právo z trochu jiného úhlu, totiž jako na reprezentaci manského práva ve spise, kterou analyzoval graficky a ve větší hloubce se zabýval rozdílem mezi rodinnými a obchodními vztahy, které hrály významnou roli ve výkladu manského práva a jeho kategorie nepatříčného vlivu. Zdůraznil, že právní poměry dědické jsou zřetelně více spojeny s rodinnými vztahy, než s obchodními vztahy. Také našel velmi překvapující (nicméně pouze vnější) podobnost mezi pojetím nepatříčného vlivu v manském právu a jeho ekvivalentem v českém právu týkajících se obecných morálních norem (§ 469 starého občanského zákoníku). Ale to nic nezměnilo na tom, kdo nese důkazní břemeno, ani na skutečnosti, že porušení obecných morálních norem v českém právu dosud nikdy nebylo konkretizováno jako nepatříčný vliv ve smyslu manského práva.

Ačkoliv soud prvního stupně učinil několik pokusů získat právo ostrova Man oficiální cestou přímo od manských právních autorit, byl tento pokus neúspěšný. Právní autority ostrova Man žádost českého soudu v tomto smyslu ignorovaly a soud na základě úvahy o principu státní suverenity usoudil, že jejich postup v tomto smyslu byl oprávněný. Soudce předpokládal kritiku, že se jedná o nedostatečný průzkum cizího práva a v rozhodnutí napsal, že neexistuje „žádný předepsaný závazný způsob, jak zkoumat cizí právo, jeho obsah a jeho texty.“<sup>263</sup> Soud prvního stupně tedy vycházel z textových fragmentů předložených spornými stranami. Autenticita cizího práva, tj. těchto fragmentů, na základě jejich korespondence s textovými fragmenty nalezenými na internetu, je ve zřejmém kontrastu s chápáním manského práva ze strany Nejvyššího soudu, který zkoumal dlouhou sérii symbolických textových reprezentací, jejichž prostřednictvím je manské právo přeneseno do spisu, od jednotlivých precedenčních rozhodnutí po segmenty právních knih a výňatků z komentářů.

---

<sup>262</sup> Rozhodnutí Městského soudu v Praze sp. zn. 18 Co 121/2014-575 ze dne 23. 4. 2014.

<sup>263</sup> Rozhodnutí Obvodního soudu pro Prahu 3, op. cit.

Nejvyšší soud nesouhlasil s tím, že soudce na prvním stupni spoléhal výlučně na zúčastněné sporné strany při shromažďování příslušných fragmentů manského práva a pouze ověřoval jejich autenticitu bez provedení vlastního nezávislého zkoumání. Ačkoliv soudce prvního stupně citoval impozantní řadu autoritativních názorů z celé právnické literatury, dle nichž sporné strany mohou se soudem tímto způsobem spolupracovat za účelem prokázání použitelnosti cizího práva, dle názoru Nejvyššího soudu není ani jedna symbolická reprezentace manského práva objektivní, nýbrž jsou zde dva subjektivní právní systémy ostrova Man, každý z nich ve tvaru odpovídajícím potřebám a zájmům jednotlivých sporných stran. Dle názoru Nejvyššího soudu je tedy třeba symbolickou reprezentaci právního systému ostrova Man, která by byla objektivní, znovu sestavit do nového celku, neboť dosud byly v přeshraničním soudním sporu pouze dvě symbolické reprezentace tohoto práva sestavené do dvou specifických konfigurací. Jinými slovy, autenticita a objektivita manského práva se předpokládá jen v některých procesních situacích. Verdikt nejvyššího soudu se totiž vyjádřil v tom smyslu, že objektivita cizího práva je zajištěna zásadou *iura novit curia* (soudce zná zákon), jež se zde uplatňuje stejně jako při uplatňování práva domovského (to je zřejmě spíše ideál než fakticita práva) a že „nelze říci, že cizí právo by nemělo být aplikováno v řízení, protože nebylo prokázáno.“<sup>264</sup> Manské právo bylo v řízení ustaveno jen jako „subjektivní“ cizí právo ve tvaru vytvořeném jednou nebo druhou spornou stranou, což nestačilo k naplnění tohoto principu. Dosažení skutečné objektivity a autenticity práva druhých musí soudy dle názoru českého nejvyššího soudu zajistit mnohem hlubším a svým vlastním autonomním zkoumáním. A tak, i když soudce „nezná nebo nemusí znát cizí právo,“<sup>265</sup> musí používat stejnou metodologii dokazování směrem k cizímu právu, jakou používá k jakékoli jiné skutečnosti. Zkoumání samo je tedy sice ovládáno „principy kontradiktorního důkazního řízení,“<sup>266</sup> které může probíhat jak mezi stranami sporu, tak v mysli soudce. Avšak „objektivní poznání cizího práva musí být dosaženo na základě zásady inkvizičního řízení,“<sup>267</sup> tj. vlastního šetření ze strany soudu. To je však velmi mlhavé vyjádření ze strany nejvyššího soudu.

Ve skutečnosti nejvyšší soud rozložil představu obou podřízených soudů, že manské právo bylo zkoumáno jako „objektivní právo.“<sup>268</sup> Jeho verdikt lze interpretovat i jinými slovy: soudy musí zkoumat cizí právo mnohem hlouběji, aby mohly dosáhnout úrovně objektivního

---

<sup>264</sup> Rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 21 Cdo 4674/2014 ze dne 17. 8. 2015.

<sup>265</sup> *Ibidem*.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> *Ibidem*.

<sup>268</sup> *Ibidem*.

práva – avšak toto studium není objektivní, pokud není založeno na vlastním zkoumání soudu na základě symbolických reprezentací cizího práva získaných z jeho iniciativy nebo opírajících se o znaleckou výpověď. Avšak ani to samo o sobě nezaručuje dosažení objektivity. Vedle toho, kdo a z jaké iniciativy zkoumá cizí právo, je podstatné také to, zda je takové zkoumání „úplné a spolehlivé,“<sup>269</sup> aby cizí právo mohlo být aplikováno „tak jakoby tomu bylo v případě, že je spor třeba rozhodnout v zemi původu cizího práva.“<sup>270</sup> V případě, že se nelze opřít ani o znaleckou výpověď ohledně cizího práva, jelikož není dostatečně hluboká nebo rozsáhlá, pak se lze obrátit na české právo. Nicméně tyto potenciality (možnost obrátit se na české právo stejně jako možnost obrátit se na znaleckou výpověď ohledně cizího práva) nejsou obvykle v terénu rozvinuty. Poněkud nelogicky tak Nejvyšší soud dovozuje, že „ani princip důkazního břemene, ani princip břemene tvrzení nemohou být použity na výzkum objektivního práva.“<sup>271</sup> Navázání cizího práva na ideu objektivního práva se v náhledu Nejvyššího soudu střídá s jeho navázáním na představu symbolické reprezentace cizího práva. Judikát Nejvyššího soudu tak ve svém uvažování neustále přeskakuje mezi náhledem na cizí právo jako objektivní skutečnost a na cizí právo jako symbolickou reprezentaci ve spisu – cizí právo je tedy jednou objektivně existující právo v zemi původu, podruhé je cizí právo jen symbolickou reprezentací tohoto objektivně existujícího práva. Nejvyšší soud se nakonec velmi zvláště vyjádří ke spolupráci soudu se spornými stranami: „vyžadovat spolupráci stran je taktní a správné pouze v případě, že nemají žádné námítky“ (nesporné použití cizího práva). Jinými slovy, cizí právo musí být objektivní (na stranách nezávislé) právo, avšak objektivní právo se vyskytuje také v situaci beze sporu, bez rozpornosti. Avšak potom se objektivita cizího práva zakládá na souhlasu sporných stran.

Na rozdíl od verdiktu Nejvyššího soudu, který se patně vyjádřil pouze v kontextu daného případu, můj výzkum ukázal, že cizí právo zkoumané soudem může být jen stěží objektivní ve smyslu korespondence s právem objektivně existujícím v zemi původu. Ani absence sporu nemá nic společného s kategoriemi objektivity a autenticity, které jsou někdy vloženy, někdy ne, do procesu zkoumání cizího práva. Zdálo by se, že Nejvyšší soud má omezenou představu o tom, jak používat cizí právo v přeshraničním sporu. Nicméně většina, ne-li všichni dotčení soudci mají zkušenosti s aplikací cizího práva ze své předchozí

---

<sup>269</sup> Ibidem.

<sup>270</sup> Ibidem.

<sup>271</sup> Ibidem.



práce na nižších soudech. Je také obtížné si představit, že tyto velmi zkušené soudci by věřili, že objektivní poznání je něco, na čem se obě sporné strany shodnou.

Zdánlivá nesoudržnost argumentu proto pramení z faktu, že je v něm užit jeden jazyk (právních věd), avšak dvě „archeologie“ právní praxe: - jedna „archeologie“, která se zabývá cizím právem jako monumentem (právo je supra-empirický materiál, který odkazuje jen sám na sebe), a druhá, která pokládá právo za diskurz (právo musí být v soudním řízení symbolicky reprezentováno a jeho reprezentace se proto vztahuje k realitě či objektivní existenci práva mimo soudní proces). Vzhledem k tomu, že soudci zapojení do tohoto přeshraničního soudního sporu užívají juristické argumenty a strategie, je to právě užití tohoto jednotného juristického jazyka k vyjádření obou těchto přístupů k cizímu právu, mezi nimiž jeho zkoumání neustále osciluje. Tato oscilace vyvolá dojem vnitřní nesoudržnosti verdiktu Nejvyššího soudu. Je zřejmé, že tento juristický jazyk používaný v právní vědě je naprosto nedostatečný k popisu komplexity právní praxe. Užití juristického jazyka je dvousečná zbraň, neboť kdykoli jej právní autorita užívá, činí své rozhodnutí napadnutelným. Výsledkem může být „nekonečný soudní proces“<sup>272</sup> nebo může být zdrojem různých druhů anti-právních fundamentalismů. Vzhledem k tomuto jazyku totiž právní rozhodnutí nemohou být nikdy zcela přesvědčivá a srozumitelná. Na druhé straně to také otevírá právní rozhodnutí pro přezkum. Jestliže Nejvyšší soud chápe cizí právo zároveň jako textovou strukturu i jako užití této textové struktury cizí právní autoritou, opět platí, že takové porozumění cizímu právu se může zdát nesmyslné u nižších soudů, protože vyvolává velmi náročné požadavky na zkoumání cizího práva nejen z finančního hlediska, ale také z hlediska investování duševní energie. Tato náročnost přitom neodpovídá skutečnému tempu rozhodovacích procesů u nižších soudů s ohledem na jejich „zahlcenost.“<sup>273</sup> Řečeno jinak, soudce není právní etnograf. Je „tady“ a není možné, aby byl zároveň i „tam.“ Nejvyšší soud tedy nezohledňuje nepoměr mezi cizím právem v jeho objektivní empirické existenci a reálnými možnostmi a potenciálem, jak na něj může být nahlíženo v rámci skutečných rozhodovacích procesů. Nejvyšší soud proto dospěl k závěru, že jen „ve své celistvosti (složitosti) skýtá informace o cizím právu soudu prostor pro jeho správné porozumění.“<sup>274</sup> Slovo „prostor“ znamená, že jen určité množství vědomostí může osvobodit soud od subjektivního náhledu stran sporu

---

<sup>272</sup> Rozhovor 5. 3. 2015.

<sup>273</sup> Ibidem.

<sup>274</sup> Rozhodnutí. Nejvyššího soudu, op. cit.

na cizí právo. Na této úrovni tak představa o „evidentnosti“<sup>275</sup> cizího práva ztrácí úplně svůj význam.

Jinou cestou u více podobných právních systémů je, že soudci hledají nejvíce podobné ustanovení v rámci domácího práva, jako je tomu v případě zahrnujícím mongolské právo. Rozhodnutí českého soudu, kterým uplatnil mongolské právo v případě obchodní smlouvy, cituje mongolské předpisy v plném rozsahu a odkazuje na ekvivalentní české normy v závorkách. Tento proces se opakuje v mnoha případech, ve kterých je to možné. Mongolský občanský zákoník totiž koresponduje na první pohled s českým obchodním právem. Avšak je to právě tato symbolická reprezentace mongolského smluvního práva, tento mobilní zákon, nikoliv zjištění, jaké právo je v obdobných případech skutečně uplatňováno mongolskými právními autoritami. Někdy je taková korespondence poměrně zřejmá, jindy méně.

Takové postupy se mohou zdát čistě technické, ale často mají hlubokou existenciální dimenzi. V případě týkajícím se manského práva ohromný obchodní majetek přešel z domněle zesnulého obchodníka na dědice, který byl patrně z důvodu majetkových zájmů dokonce obviněn z vraždy. Obchodní právo je provázáno s ostatními oblastmi práva a nelze o něm uvažovat zcela izolovaně. Přestože aplikace cizího práva je často rozebírána jako právně-technický postup, často se jedná o životní drama. Dokonce i aplikace domácího práva může takové drama vyvolat, pokud se jedná o cizince. V jednom případě rodinného práva, kdy se česká právní úprava setkala s japonskou kulturou, předsedající soudkyně si vysvětlovala představy o kulturní vzdálenosti s odkazem na historickou minulost své vlastní kultury a na základě jejich srovnání:

„Před mým příchodem na tento [odvolací] soud, jsem měla případ z roku 2013, rozvod, navržený českým manželem. Oni měli menší dítě, dceru. Takže řízení bylo nejdříve o dceru. Trvalo asi rok, a doufala jsem, že k uzavření případu dojde do konce roku. Použila jsem české právo, protože otec byl Čech a žili v Čechách. Při aplikaci českého práva jsem šla proti kultuře jeho japonské manželky. Byla úplně jiná... Jednou dokonce opustila soudní síň. Musela jsem zastavit slyšení. I když věděla přes rok a půl, dva roky, že rozvod bude, nemohla se s tím rozvodem smířit. Skončilo to divně. Vrátila se do soudní síně a já, myslela jsem, že bych dokončila výslech. Potom jsem ji začala vyslyšet, ale pak tlumočnická najednou... japonská žena vzala papírek a tlumočnická mi přeložila, že nemůže mluvit. Snažila jsem se získat jiného tlumočnicka a druhý tlumočnická mi řekl do telefonu, že jejich mentalita je taková, že neumožňuje rozvod, že by se mohla pokusit o sebevraždu. Pro ně je to něco jako být

---

<sup>275</sup> Rozhovor 5. 3. 2015.

svobodnou matkou tady v roce 1920. Nemůže se vrátit do Japonska kvůli tomu, jak by se na ni lidé dívali jako na rozvedenou ženu. I v japonské komunitě tady v České republice by musela být vyloučena. A soudíte podle českého právního řádu.“<sup>276</sup>

Soudkyně je tedy přímým svědkem osobního dramatu vyplývajícího z mezikulturního střetu s českým právem. Toto drama ji nutí intenzivně promýšlet situaci. S pomocí tlumočnicků a prostřednictvím svých vlastních šetření japonské kultury si uvědomila, že je tam zřejmé riziko, jemuž porozuměla na základě identifikace kulturní odlišnosti s vlastní historickou minulostí české společnosti. Toto riziko však nemohlo zvrátit to, co se muselo stát, české právo bylo aplikováno a k rozvodu došlo.

---

<sup>276</sup> Rozhovor 10. 2. 2015.

#### 4. ARCHAICKÁ ZDVOŘILOST NÁRODŮ?

Antropologická analýza vztahů autorit v rámci *comitas gentium* naznačuje, že právo druhých (cizí právo v daném kontextu), které je významným místem právní jinakosti, je zkoumáno v rámci prostoru generovaného domácím právem (nikoliv tedy jako autonomní útvar nacházející se vedle něj). Právo druhých je vždy intenzivně navázáno na konkrétní kontext, když například ve formě meziskupinového vzájemného respektu překračuje nejen státní hranice, nýbrž rozmazává i obvyklé hranice normativity. Greneir a Guilbault poukázali na to, že „antropologické otázky nelze přenést mechanicky na jakoukoli jinou oblast studia,“ ale spíše „je třeba je re-kontextualizovat.“<sup>277</sup> Vzhledem k tomu, že se antropologická pozornost zaměřuje především na sociální struktury, jejich vztahy a oběh jejich symbolů mezi nimi, vyplývá z jejího přesměrování na *comitas gentium*, že právní jinakost spojená například s cizincem-obchodníkem se nachází i mimo formální rámec práva, v oblastech kultury a společnosti, a to nejen v rámci jeho (cizincova) práva ve formálním smyslu. Přispět k vyjádření toho, kde a jak je situováno právo druhých jako objekt jak antropologického, tak i právního studia, bylo cílem této kapitoly. Z tohoto hlediska pak postupujeme dále, k jeho srovnání s „archaickým“ právem pohostinnosti.

Ačkoliv zdvořilost národů (*comitas gentium*) je často chápána jako výhradní výdobytek západní civilizace, snažil jsem se na ni podívat z jiných hledisek pro účely porovnání a jejího začlenění do srovnávací sítě, která zahrnuje vzdálené, nicméně příbuzné jevy, jako například archaické rituály přijetí cizince. Tyto rituály ve skutečnosti na první pohled neodpovídají pojmu *comitas gentium*, ale spadají společně s ním pod hlavičku práva pohostinnosti. Avšak několik ekvivalentů ke konceptu *comitas gentium*, které se k němu více přibližují, lze nalézt v antropologické literatuře o právu. Kromě Malinowského kapitoly „právní systémy v kolizi,“<sup>278</sup> která popisuje konflikt právního systému „otcovské lásky“<sup>279</sup> s právním systémem „mateřského práva“<sup>280</sup> ve společnosti Trobriandských ostrovů, a rovněž popisuje důsledky uplatňování evropského práva v „archaických“ společnostech, jsou analogické ekvivalenty *comitas gentium* mnohem méně viditelné a zřetelné. Vzhledem k tomu, že jsem užil Pospíšilovu srovnávací teorii práva jako výchozí bod pro analýzu dynamiky *comitas gentium*, vrátím se k ní nyní i jako k příkladu takového skrytého ekvivalentu. Pospíšil jen nenápadně naznačil, že právní autorita jedné skupiny někdy uznává

<sup>277</sup> GRENIER, L., GUILBAULT, J.: *Authority' Revisited*. op. cit., s. 390.

<sup>278</sup> MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. op. cit., s. 100–111.

<sup>279</sup> *Ibidem*.

<sup>280</sup> *Ibidem*.

právní rozhodnutí či právní pravidla právních orgánů jiné skupiny. Například uvádí následující postřehy o jednom kmenovém vůdci:

„Jeho slovo je důležité [i – pozn. autora] mimo hranice jeho politické jednotky Ijaaj-Pigome a jeho přání a rozhodnutí [...] tvoří jádro fenoménu, který, i když jistě není právní svou povahou, nicméně připomíná ve své funkci mezinárodní právo.“<sup>281</sup>

Vzhledem k tomu, že je považován za velmi morálního a že jeho rozhodnutí ztělesňují ideály kapaucké kultury, jsou tato právní rozhodnutí a názory respektovány i některými tradičními nepřáteli jeho konfederace.<sup>282</sup>

Pospíšilovy postřehy jsou poněkud fragmentární a mohou být užity pro srovnávací účely jen s jistými výhradami. Pospíšil sám je nepovažoval za příliš důležité – ve skutečnosti tato zmínka o „jádro [...] mezinárodního práva,<sup>283</sup>“ není ani ve věcném rejstříku jeho knihy. Nicméně je zajímavé, že v této souvislosti odkazuje na „mezinárodní soud v Haagu,<sup>284</sup>“ který se zabývá nejen veřejným mezinárodním právem, nýbrž i mezinárodními soukromými spory, včetně přeshraničních obchodních sporů.<sup>285</sup> Je tedy nejasné, zda to znamená, že popisovaný přenos právního rozhodnutí nebo právního ideálu v rámci kapaucké společnosti z jedné konfederace do jiné odpovídá mezikulturnímu přenosu práva v rámci *comitas gentium* či nikoliv. Mělo by být zmíněno, že například uznání cizích právních rozhodnutí je v moderních společnostech vysoce formální postup – český nejvyšší soud má například senát složený ze tří soudců, kteří se angažují v této oblasti jako dovolací orgán. Ve srovnání s tím právní autorita Kapauků je velmi neformální. V této souvislosti je zajímavé, že pojem „soud,“ jak se užívá dle Pospíšila, se může vztahovat jak na rozsudky, tak na názory. Ačkoliv Pospíšil, jak se zdá, tvrdí, že uznání právního rozhodnutí autority konfederace Ijaaj-Pigome v jiných kapauckých politických útvarech „rozhodně není svou povahou právní,<sup>286</sup>“ je možné takový závěr interpretovat jako vedlejší produkt příliš přehnaného důrazu na pojetí práva jako vnitroskupinového jevu (a nikoli meziskupinového). Avšak takové striktní pojetí práva by neumožňovalo vysvětlit vznik vyšších právních rovin. Na rozdíl od Bohannana<sup>287</sup> se například zdá, že Pospíšil nebyl prostě dostatečně citlivý, aby si uvědomil, že cizí právní

---

<sup>281</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 72.

<sup>282</sup> Ibidem.

<sup>283</sup> Ibidem.

<sup>284</sup> Ibidem.

<sup>285</sup> Srov. DYCKER, S.: *Private International Law Disputes before the International Court of Justice*. In *Journal of International Dispute Settlement* 1, 2 (2010): 475–498.

<sup>286</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 72.

<sup>287</sup> BOHANNAN, P.: *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*. op. cit.

rozhodnutí jsou v popisované situaci nejprve uznána ze strany právních autorit jiných konfederací a že tento mezistupeň, i když velmi neformální, je jistě rovněž určitý vnitroskupinový autoritativní jev. Rozhodnutí o uznání, pokud k němu dochází, je tudíž svou povahou nutně právní. Uznání právních rozhodnutí nebo právních ideálů jiné sociální skupiny nebo podskupiny je samo o sobě právním rozhodnutím. Vzhledem k tomu právní autorita „jejíž právní rozhodnutí jsou přijímána skupinou“<sup>288</sup> se vztahuje ke skupině následovníků, a tím ke vztahům uvnitř skupiny, rozhodnutí uznat cizí právní názor či ideál je stále právní rozhodnutí, jehož účinek směřuje dovnitř skupiny. Jak cizí právo, tak cizí soudní rozhodnutí musí být tedy nejprve akceptováno vnitroskupinovou autoritou, a teprve pak mohou mít *právní* vliv na domácí společenství; v opačném případě nemůže být taková kulturní výpůjčka názoru či ideálu pokládána za právní jev. Uznání cizího práva nebo cizí právní autority by tudíž neměla být automaticky zaměňována za nahrazení jedné právní autority druhou nebo jednoho práva druhým. Kromě toho i moderní uznání cizího práva může mít někdy velmi neformální podobu, byť zpravidla k němu dochází ve formálním rámci. Každopádně k závěru, zda popisovaná situace je či není analogická ke *comitas gentium*, nemáme dostatek empirického podkladu. Dostatečný empirický podklad k závěrům o „archaické“ a moderní *comitas gentium* však nalezneme v následující kapitole, v kontextu právních systémů Afghánistánu, jejich sociální organizace a jejich vzájemných vztahů. S jistotou lze však konstatovat, že tato analýza opětovné lokalizace cizího práva v rámci *comitas gentium* se nijak přímo nedotýká mezikulturní validity Pospíšilovy definice práva,<sup>289</sup> spíše ji rozvíjí.

---

<sup>288</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 44–78.

<sup>289</sup> Srov. též KNAPP, V.: *Teorie práva*. Praha 1995, s. 50.

## 5. PRÁVO RECIPROCITY: PRÁVNÍ AUTORITY RŮZNÝCH KOMUNIT V AFGHÁNISTÁNU A JEJICH VZÁJEMNÁ SPOLUPRÁCE

### 5.1 Objektivita afghánského práva

V této kapitole se pokusím popsat objektivitu afghánského práva generovanou studiem cestujících, resp. cirkulujících dokumentů (zpráv, článků, zákoníků) v rámci kontextu *comitas gentium*. Rovněž se v ní zabývám kompatibilní objektivitou modernizačního přístupu, který se v těchto dokumentech často projevuje. V neposlední řadě se pokouším vzít zpět do hry údaje rovněž obsažené v těchto dokumentech, které jsou konvenčně opomíjeny v důsledku limitovanosti juristické analytické výbavy. Tyto údaje jsou analyzovány za pomoci antropologických nástrojů, zejména Pospíšilova analytického konceptu právní autority,<sup>290</sup> který vyúsťuje do dvou hlavních závěrů o afghánském právu vymezeném na základě identifikace skutečných, indigenních právních autorit na území Afghánistánu. Nekorespondence takto antropologicky konceptualizovaného práva s právem, jak jej obvykle chápou moderní juristé, jsou užity k osvětlení skutečné povahy afghánského práva, zejména enormní mnohočetnosti právních systémů v Afghánistánu a jejich naprosté nekompatibility s ideou mobilních zákonů, k organizační technologii moderní *comitas gentium*. Autor předkládá hypotézu, že „afghánské právo“<sup>291</sup> je založeno spíše na mobilních a kompozitních právních autoritách (afghánských soudech – *džirga a šúra*)<sup>292</sup> – právních sodalitách na různých právních rovinách, které spojují „afghánskou“<sup>293</sup> společnost více než státní instituce. V tomto smyslu tato právní infrastruktura jednak představuje alternativu k moderní představě o konfliktu zákonů v přeshraničních sporech a *comitas gentium* (organizačnímu principu jejich řešení), jednak řeší nesrovnalosti mezi právními systémy inherentně spojenými s „afghánskými“ právními autoritami (které samy náleží k určitým sociálním segmentům,

---

<sup>290</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 44–78.

<sup>291</sup> Viz poznámka 29 této práce (Přestože pro právníky je běžné užívat adjektivum „afghánské“ a pojem „afghánské právo“, které zrcadlí juristickou geografii založenou na *de iure* hranicích států, z antropologického pohledu to nemůže být výchozí ohraničení studované jednotky.)

<sup>292</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 2. Džirga a šúra jsou různé termíny pro totéž, totiž „soudní radu.“ V podrobnostech viz poznámka 344.

<sup>293</sup> Rozlišování mezi „afghánským“ a afghánským je v interdisciplinárním kontextu nezbytností. Adjektivum afghánské (bez úvozovek) odkazuje pouze na identitu státotvorného národa Afghánistánu (tj. na paštunskou identitu). Tato identita je sociálně a geograficky omezena na určité oblasti uvnitř i vně Afghánistánu. Adjektivum „afghánské“ naopak odkazuje na všechny sociální a geografické segmenty uvnitř nominálních hranic Afghánistánu. Tyto hranice však sociokulturní prostředí Afghánistánu nepřilíží přesně zarámovávají s ohledem na jeho návaznost na přilehlé oblasti nacházející se v sousedních zemích (zejména Pákistán).

nativním komunitám obvykle označovaným jako kmeny či klany), k nimž dochází při rozhodování sporů vzniklých v důsledku prostorové a sociální mobility tamní populace, zejména obchodníků. V tomto kontextu navrhuji vztahovat tyto právní systémy k jinému referenčnímu bodu, než jsou státní instituce a afghánský stát. V důsledku užití antropologického pojmu práva navrhuji chápat právní systémy na území Afghánistánu jako součást určité právní civilizace, která není součástí afghánského státu. Přestože taková konceptualizace může znít pro juristy obskurně, umožňuje ve skutečnosti mnohem přesnější poznání práva v Afghánistánu, než jaké mohou kdy poskytnout kognitivní postupy založené na představě právního systému jako státního práva.

Existuje řada empirických studií popisujících typické právní autority v Afghánistánu, obvykle označované jako džirgy či šúry. Právě tyto autority jsou ekvivalentem západních obchodních soudů, neboť „[v]e většině případů Afghánci řeší své obchodní spory prostřednictvím neformálních kanálů, jako šúra a džirga, neboť férové a spolehlivé prosazení obchodních zákonů zůstává výzvou”<sup>294</sup> Nespočet jejich obrázků lze dohledat na internetu. Všechny sdílejí ty samé základní elementy: shromáždění mužů sedících na zemi, diskutujících pod širým nebem, bez přítomnosti žen a na exotickém pozadí. Vnějšímu pozorovateli, který neví, o co jde, se může zdát, že tito lidé se náhodně sešli a probírají nepodstatné věci, snad aby si odpočinuli. Muž, který právě hovoří, je nejstarší a ostatní mu naslouchají. Jejich oděv se zdá být ceremoniální, slavnostní, nebo zkrátka jen orientální. Tato scéna, jakožto izolovaná událost, může pro západního pozorovatele představovat cokoliv: lidé odpočívají, čekají, scházejí se, snad je to něco náboženského, nějaký neznámý zvyk. Ti, kteří se více zajímají o tradiční kultury, mohou odhadnout docela správně, že ač tito mužové obsadili místa na zemi docela náhodně, ve skutečnosti sedí v kruhu, což může naznačovat, že fotograf zachytil radu starších nebo mužů, kteří mají důvěru své komunity, nebo snad dokonce radu řešící nějaký spor. Ať už se to jeví jakkoliv, téměř žádný západní jurista by nehádal, že toto shromáždění je ekvivalent moderního soudu a že právě řeší obchodní spor. Určitě by o džirze nebo šúře neuvažoval tímto způsobem, pokud by si vyhledal oficiální fotografie nejvyššího soudu Afghánistánu. Tyto oficiální fotografie nejvyššího soudního orgánu země ukazují jasně a nad veškerou pochybnost soud a procesní situaci. Tři muži oblečení v talárech, buď všichni soudci anebo soudce a dva přísedící, sedí za lehce vyvýšeným dřevěným stolem. Emblémy státu (státní znak a vlajky) na stěně za nimi a vedle nich jsou zřejmými symboly suverénní moci státu. Velké váhy za uprostřed sedícím

---

<sup>294</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 2.



soudcem, které se objevují ve zmenšené verzi rovněž v levém rohu místnosti, jsou nezpochybnitelným a okamžitě rozpoznatelným symbolem spravedlnosti. Jiná oficiální fotografie ukazuje moderní budovu, v níž nejvyšší soud sídlí, s velkým nápisem nad hlavním vchodem, který ve třech jazycích hlásá: „Nejvyšší soud, Islámská republika Afghánistán.“ Na základě těchto dvou oficiálních fotografií dosáhne západní jurista kognitivní jistoty. Znamé symboly státu a spravedlnosti jej nenechají na pochybách, že právě hledí na afghánský ekvivalent nejvyššího soudu své vlastní země a že systém státních soudů je více méně stejný jako v jeho vlastní zemi. Nicméně, tato juridická jistota ukazuje, jak může být spoléhání na vnější symboly ošidné. Moderní váhy spravedlnosti, státní znak, soudní taláry a soudní budova způsobují, že snadno přehlédneme atributy „té druhé“ spravedlnosti: shromáždění a diskuze v mešitách, hostincích nebo domovech nebo pod širým nebem, pod osamělým stromem, jehož koruna skýtá stín a úlevu před horkem. Strom, například, pod nímž se od nepaměti konají soudní jednání v Asii, Africe i archaické Evropě, je jako symbol spravedlnosti téměř neznámý moderním lidem. Proč je to důležité? Proč je nejvyšší soud Afghánistánu jako „tvář“ státního justičního systému zavádějící? Proč čítáme-li množství zpráv o právu v Afghánistánu, záhy si uvědomíme, že rozhodnutí afghánských státních soudů dopadají jen na nepatrný segment populace a že jen nepatrné množství sporů se ve skutečnosti týká tohoto segmentu. Kromě toho jen některé z jejich rozhodnutí lze charakterizovat jako právní. Jsou to často soudní rozsudky jen nominálně, nikoliv obsahově, jak podrobně rozebereme dále. Mnozí juristé, aniž by znali tento kontext (a někdy dokonce navzdory znalosti faktů), pokládají afghánské státní soudy za plnohodnotné ekvivalenty moderních soudů ve svých vlastních zemích. Tento výsledek srovnání vyplývá z postupu selekce, v němž jsou kritické detaily v obrázku „afghánské“ normativity opomenuty a ignorovány, zatímco jiné jsou zdůrazňovány a někdy dokonce přeháněny. Taková symbolická (re)kognice (poznání i uznání) je rozhodující pro identifikaci „práva“ a „právního.“ Ale selektují moderní juristé vědomě data? Tento problém je ve skutečnosti mnohem komplikovanější.

Když lidé poznávají, kategorizují a tím také srovnávají. Všechny právní komparace jsou uskutečňovány z určité perspektivy, že věci mohou být viděny odlišně v závislosti na zaujímané perspektivě a v různých kontextech mohou být uplatňovány různé kognitivní strategie. Jako antropologové se můžeme věnovat vizuálním aspektům právní materiality, ale čeští soudci v mezinárodním civilním procesu (stejně jako v azylovém nebo trestním procesu) obvykle pracují téměř výhradně s textovými podklady. Ve skutečnosti text dominuje i mezinárodní soudní spolupráci, která může být potřebná v civilním řízení (např. provádění důkazů v cizině). Soudci se samozřejmě mohou také podívat na obrázky na internetu, ale to

nemá jakýkoliv význam pro jejich práci v soudní síni a zpravidla to také neudělají. V důsledku toho se většina českých soudců nikdy během své profesionální kariéry nesetká s fotografií nejobvyklejšího soudu v Afghánistánu nebo jiné zemi s obdobným právem, s džirgou nebo šúrou . Pokud se někdy setkají s afghánským právem, bude mít pravděpodobně formu psaného dokumentu, občanského, obchodního nebo trestního zákoníku, v překladu do anglického nebo německého jazyka. Nicméně, textové dokumenty jsou rovněž symboly a obsahují symboly. Český soudce, který k těmto dokumentům přistupuje z perspektivy mezinárodního civilního řízení, však klade velmi specifické otázky (zde uvádím jejich parafráze, nikoliv citace): „Může se jmění manželů postihnout jako takové, pokud pouze jeden z manželů je dlužníkem, když manželé namítají, že dle afghánského práva je majetek každého z manželů oddělený?“ Odpověď – „hanafi madhhab předepisuje oddělený majetkový režim manželů“ – je pak založena na jediné větě z Manuálu afghánského rodinného práva.<sup>295</sup> Nebo jiná otázka soudu: „je afghánská obchodní společnost, která podepsala spornou smlouvu, skutečná entita, a pokud ano, existuje stále?“ Odpověď zastupitelského úřadu ČR v Kábulu: „Tato otázka nemůže být prověřena kvůli absenci obchodního rejstříku a kvůli bezpečnostním překážkám v přístupu k příslušnému afghánskému orgánu a překážkám v komunikaci s tímto orgánem. Oficiální odpověď afghánské strany lze dosáhnout pouze v časovém rámci geologických procesů.“ A ještě jedna otázka: „Obchodní smlouva se patrně částečně řídí afghánským právem. Soud žádá o zaslání afghánského obchodního zákoníku účinného k datu uzavření smlouvy, resp. datu jejího vstupu v platnosti.“ Odpověď: „Neúplný překlad afghánského obchodního zákoníku do anglického jazyka naleznete v příloze k tomuto dopisu.“ Tyto odpovědi by mohly představovat konec příběhu. Zdá se, že odpovědět na tyto otázky je dnes s použitím internetu snadné, ale to, na čem ve skutečnosti záleží nejvíce (samotný kognitivní proces), se odehrává někde mezi otázkou a odpovědí, mezi moderním právem a právem druhých. Tento kognitivní postup vyžaduje mnoho mezikroků, kognitivních rozhodnutí ohledně forem přenosu prostřednictvím kognitivních rámců či kontejnerů, totiž analytických kategorií a symbolických reprezentací cizího práva, které jsou užity k dislokaci právních systémů z Afghánistánu do západního kontextu. Afghánské právo je prostřednictvím určitých kognitivních strategií naloženo do symbolických reprezentací a cestujících dokumentů, aby prostřednictvím určitých analytických kategorií bylo v cílové destinaci, totiž v mysli moderních právních autorit opět vyloženo a užito. To, že určité aspekty afghánského práva

---

<sup>295</sup> RASTIN-TEHRANI, K., YASSARI, N.: *Max Planck Manual on Family Law in Afghanistan*. Heidelberg and Kabul 2011.

cestují, globálně cirkulují, zatímco jiné zůstávají imobilní v původním prostředí, však není v pravém slova smyslu důsledkem jejich svobody výběru, nýbrž je to spíše otázka toho, jaká data se vejdou do našich kognitivních kontejnerů a analytických kategorií. V tomto světle by byla přesnější otázka, zda si soudci při mezikulturním přenosu práva v rámci *comitas gentium* mohou vybrat jiné analytické nástroje, než ty, které jim daly k dispozici konvenční právní vědy. Nebo snad mají k dispozici větší kognitivní kontejnery? Jak bude zřejmé v této kapitole, zkoumání afghánského práva je rovnoměrně záležitostí užitých analytických kategorií a prokazovaného meziskupinového respektu. Je nepochybné, že jedny z kognitivních kontejnerů (ty juristické) byly vytvořeny před staletími a jejich tvůrci při jejich strukturování brali vzájemný meziskupinový respekt do úvahy. Takže odpověď na tyto otázky může být deterministická (ano, čeští soudci nemají volbu). Na druhou stranu jsme již viděli, že si mohou vybudovat určitou distanci a mohou při zkoumání cizího práva užít i nejuristických analytických kategorií.

V případě mezikulturního přenosu práva na analytických kategoriích záleží, neboť jen s nimi lze překonat „divergenci (...) mezi českou a afghánskou situací.“<sup>296</sup> Ať už je tomu jakkoliv, tato divergence nebyla dosud plně pochopena. Afghánistán v prostředí českých juristů a soudců představuje *velmi odlišnou a velmi neznámou* právní kulturu zároveň. Z těchto dvou důvodů mohou být odpovědi na otázky, například ohledně afghánského obchodního práva, velmi odlišné, jestliže jsou v rámci kognitivního procesu uplatněny juristické a antropologické analytické kategorie. Pro osvětlení toho, jak divergence mezi afghánskou a českou právní situací může být překonána v praxi, představuje *comitas gentium* mimořádně hodnotný etnografický terén, neboť je v něm kladen důraz především na překlad, podobnost, skutečné právo a obsah práva. V jiných kontextech (azylové a trestní řízení, akademické právní komparace) jsou více zdůrazňovány rozdíly mezi právními systémy, anticipovaná právní změna (reforma) a hodnocení fungování právního systému. Z antropologického hlediska tedy aplikace afghánského práva v českém civilním řízení na základě principu *comitas gentium* zahrnuje nejen případnou komunikaci mezi českými a cizími civilními soudy, které se zabývají obchodními, občanskými a rodinnými věcmi, nýbrž také mezikulturní přenos afghánského práva v rámci juristické kategorie cizího práva. Pojem „cizí právo“ je úzká doktrinální a legalistická kategorie, která je vymezena pouze jako soukromé hmotné právo cizího státu. V závislosti na konkrétním případě může pak takové právo být úžeji specifikováno jako obchodní, občanské, dědické či rodinné právo daného

---

<sup>296</sup> EDDY, J. *Rule of Law in Afghanistan: The Intrusion of Reality*. In Kokusai Kyōryoku Ronshū (2009) : 1–23, s. 4.

státu. Na základě zvláštních okolností případu může být aplikovatelné cizí právo vymezeno ještě úžeji jako například právo obchodních smluv, obchodních společností, rozvodové či majetkové právo. Ačkoliv právní informace přenesená do kontextu civilního procesu může být poněkud fragmentární, konceptuální schéma celého afghánského práva zůstává i při těchto konkretizacích latentně přítomné, neboť soud je povinen aplikovat cizí právo v jeho celistvosti, což může někdy zahrnovat i procesní právo nebo veřejné právo, pokud ovlivňují porozumění konkretizovaného soukromého práva hmotného.

Jak jsem již naznačil výše, *comitas gentium* (mezinárodní civilní proces) není jediným místem právní praxe, na němž se může afghánské právo objevit. S mezikulturním přenosem afghánského práva v širším kognitivním smyslu se můžeme setkat rovněž v kontextu azylového a trestního řízení. Všechny tyto soudy (azylový, trestní a především civilní) přistupují k afghánskému právu z perspektivy specifických doktrinárních a zákonných kategorií, které jsou vlastní každému z těchto řízení. Tato skutečnost zásadní měrou ovlivňuje to, jaké informace o cizím právu se objevují v každém z těchto formálních kontextů a jsou předmětem dokazování *sui generis*. Z toho důvodu bychom si měli být vědomi těchto rozdílných perspektiv, které určují způsob shromažďování informací o cizím právu a jejich interpretaci. Zatímco civilní soudy zjišťují, zkoumají a aplikují cizí právo jako své vlastní, azylové soudy se mohou setkat s afghánskou právní fakticitou, když rozhodují, zda afghánský právní systém poskytuje efektivní ochranu před pronásledováním a trestní soud se může setkat s kulturní obhajobou obžalovaného, tj. že jeho skutek byl vyžadován nebo byl v souladu s pravidly jeho vlastní kultury. Ač se můžeme běžně setkat s kulturní obhajobou v trestním procesu mnoha západních států, českými soudy nebyla dosud hlášena.<sup>297</sup> Užití každé z těchto formálních kategorií (cizí právo, efektivní ochrana před pronásledováním, kulturní obhajoba) ústí v odlišný pohled na afghánské právo, sehrává odlišnou roli v kognitivním procesu a vytváří odlišný druh objektivit a způsobu dokazování (zjišťování). Cizí právo je resistantní vůči údajům o faktickém fungování cizího práva, které by jinak byly zcela relevantní v azylovém řízení, ale nijak se nedotýkají toho, co je aplikováno jako cizí právo na základě *comitas gentium* v civilním řízení. To samo o sobě ilustruje, že „právo“ není přirozeně se objevující kategorie, nýbrž skrz naskrz uměle vytvořený pojem, jehož konkrétní významová struktura je závislá na formálním kontextu, v němž se uplatňuje. Kromě toho údaje o afghánském právu mohou být užívány i v mnoha jiných kontextech mimo právní praxi. Kromě civilního, azylového

---

<sup>297</sup> FOBLETS, M., RENTELN, A. (eds.): *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*. Oñati 2009.

a trestního řízení se může stát jednou ze základů právních komparací v rámci různých disciplín, jako jsou religionistika, orientalistika v nejširším slova smyslu, filosofie nebo srovnávací právo a právní komparace užívané pro zdůvodňování změn právních předpisů. Zatímco někteří autoři se mohou domnívat, že české soudy srovnávají české právo nejen s právními řády jiných zemí, ale také s mezinárodním právem, otázka akceptace a identifikace českých soudů s mezinárodním a nadnárodním právem a právními rozhodnutími takových soudních nebo rozhodčích orgánů stojí mimo rámec této dizertace. Mezinárodní a nadnárodní právo může sice být přirozeně přirovnáváno k cizímu právu a někteří z mých informantů tak také činili, nicméně z formálního hlediska jsou závazné mezinárodní smlouvy vytvořené mezinárodním společenstvím součástí českého právního řádu na základě ústavního mechanismu a mohou být chápány jako české právo. Kromě toho sama Česká republika je z hlediska své identity součástí tohoto mezinárodního společenství. Afghánské právo nemá jakýkoliv podobný vztah k českému právnímu prostředí a tak stupeň pocíťované cizosti je co do svého rozsahu zásadně odlišný. Adjektivum „cizí“ se tak zásadně vztahuje pouze k jinému státu, k jiné zemi.

## **5.2 Daleko od doktríny**

Dříve než budu pokračovat v tomto zkoumání z antropologického hlediska, je nutné zmínit, že tato kapitola, ostatně jako celá tato dizertace, marginalizuje doktrinální, v jistém smyslu hegemonické porozumění cizímu právu v rámci *comitas gentium*. Česká právní doktrína (právo tak, jak je popisované profesory právnických fakult) konvenčně rozčleňuje kognitivní proces zkoumání cizího práva v civilním řízení na fáze zjišťování (určování a dokazování) a aplikace. První fáze (zjišťování) zahrnuje ve skutečnosti několik kroků, zejména určení, zákony jaké země (jakých zemí) se budou aplikovat v daném případě. V této fázi se tedy rozhoduje o tom, zda bude aplikováno domácí nebo cizí právo na daný případ jako celek nebo na některé jeho aspekty (například ustanovení obchodní smlouvy může odkazovat na cizí právo stejně jako cizí státní občanství nebo umístění majetku v cizině ve spojení s příslušnými zákonnými ustanoveními). V tomto ohledu civilní soudce konzultuje mezinárodní smlouvy o mezinárodní justiční spolupráci v soukromých věcech, evropská nařízení a český zákon o mezinárodním právu soukromém. Všechny tyto předpisy jsou součástí českého právního řádu. Pokud český soud dojde k závěru, že je třeba aplikovat cizí právo, následně usiluje o jeho materiální obstarání, překlad a interpretaci. Na základě některých z těchto předpisů může požádat přímo cizozemské orgány o jeho zaslání. Překlad a interpretaci lze nicméně pokládat již za fázi studia cizího práva, která je přirozenou

podmínkou pro jeho správnou aplikaci namísto domácího práva. Závěrečná fáze (aplikace cizího práva) je pokládána za nejkompexnější právní operaci, neboť spočívá ve spojení skutkových okolností případu s cizími zákony, případně precedenty nebo judikáty. Vedle toho existují ještě určité jednodušší situace, v nichž se objevují cizí zákony: uznání a výkon cizích rozhodnutí (případně rozhodčích nálezů) a uznání jurisdikce cizí právní autority. V takových případech civilní soud neřeší případ dle cizích zákonů, ale pouze akceptuje rozhodnutí cizího soudu nebo oprávnění cizího soudu takové rozhodnutí učinit na základě reciprocit (comitas). Avšak v těchto případech se berou v úvahu jiné aspekty cizího práva než při standardní aplikaci cizího práva v rámci comitas gentium. Z hlediska kognitivního postupu jsou však všechny tyto situace podobné, neboť všechny vyžadují nebo mohou vyžadovat zkoumání cizího práva. Distinkce mezi hmotným a procesním právem stejně jako mezi soukromým a veřejným právem nemusí být na kognitivní úrovni důležitá, neboť veřejné a procesní právo mohou být brány v úvahu (ač vzácně) za účelem porozumění soukromému a hmotnému právu. Kromě toho cizí distinkce mezi těmito právními odvětvími nemusí plně odpovídat domácím, stejně jako distinkce mezi státními a nestátními soudními orgány, neboť jejich rozhodnutí podléhají lehce odlišným režimům (znovu)uznání. Z toho důvodu mezi nimi musí český soudce vždy rozlišovat na základě atributů jejich skutečné činnosti, nikoliv na základě jejich formálního označení (například v Rusku jsou arbitrážní soudy státními orgány). Cizí právní autorita může při vydávání svého rozhodnutí vystupovat v různých rolích. Dále civilní proces může vyžadovat zkoumání cizího práva rovněž za účelem porozumění cizím právním dokumentům, které jsou předkládány jako důkazy (dokument může například výslovně odkazovat na cizí právo). Zatímco mezi formální aplikací cizího práva a formálním uznáním a výkonem cizího rozhodnutí jsou jasné doktrinní hranice (oboje se nicméně uskutečňuje v organizačním rámci comitas gentium), kognitivní jednání (zejména kognitivní rozhodnutí) soudce nejsou ani formalizovány, ani zakotveny v doktríně. Tato jednání jsou v podstatě stejná, avšak jsou uskutečňována paralelně s formálními situacemi vymezenými doktrínou a zákonem. Jinými slovy odehrávají se v empirické dimenzi soudního procesu, který z hlediska doktríny není hoden popisu, reflexe nebo konceptualizace. Z toho důvodu lze hovořit o kognitivní aplikaci cizího práva a o kognitivním uznání a výkonu cizích rozhodnutí, i o kognitivním uznání jurisdikce cizí právní autority, které se v rámci comitas gentium objevuje s mnohem větší frekvencí, než formalizované (výslovně tak pojmenované) situace formálního uznání. Je přitom pozoruhodné, že zatímco fáze určení cizího práva je z juristického hlediska součástí sféry normativity, fáze obstarávání cizího práva, jeho překladu, interpretace a venkoncem i aplikace cizího práva, zůstávají pro právní vědy

neprozkoumanou oblastí. Tento terén se tak zdá být rozdělen mezi právní a sociální vědy a toto rozdělení je třeba důkladně reflektovat. Skutečnost, že empirické komparativní zprávy<sup>298</sup> o aplikaci cizího práva striktně respektují tuto dělicí příčku v terénu jinak tak jednotném a empiricky slitém, pouze potvrzuje význam epistemologického ustavení mysli moderních lidí pro právní kognici i v takto neobvyklém terénu.

Zatímco dynamika cizího práva v rámci *comitas gentium* je náležitě popsána ve formálně- normativním smyslu právní doktrínou, pro kognitivního a právního antropologa zůstává naopak bílým místem na mapě i tehdy, zahrnuje-li toto doktrinální vědění do své perspektivy. Právní teorie nic neříká o tom, jak je cizí právo poznáváno, kategorizováno a srovnáváno. Toto doktrinální mlčení je poněkud matoucí, lze jej nicméně provizorně vysvětlit. Právní vědy mluví o cizím právu pouze v obecné rovině a tato úroveň abstrakce jim nedovoluje vzít v úvahu svébytnost a zvláštnosti konkrétního právního systému. Navíc uvažují o cizím právu jako o něčem stojícím mimo interní normativitu, která představuje předmět právních věd a rozsah (hranice) jejich zkoumání. Tento koncept interní normativity odkazující na právní systém „našeho“ státu naznačuje, že celý terén *comitas gentium* se nachází v průsečíku rozdělení mezi normativitou a fakticitou a rozdělení mezi domácím právem (interní normativitou) a právem druhých (lidí, kteří nejsou jako my, jelikož údajně nejsou moderní). V terénu *comitas gentium* jsme tak svědky transformativního přechodu od cizího práva jakožto faktu k cizímu právu jakožto právu domácimi soudci aplikovanému. Je patrné, že juristické komparativní empirické zprávy nevzaly tuto dvojí hybriditu, pokud si jí vůbec byly vědomy, vážně.<sup>299</sup> Takový krok totiž vyžaduje opuštění normativních pozic právní vědy i jejich konvenčního konceptuálního a metodologického zázemí, neboť jeho limity vedou ke kognitivní diskriminaci vůči nestátní právní infrastruktuře a ve výsledku ke kognitivní neférovosti, jak se to projevuje i v konkrétním případě afghánského práva. Ačkoliv afghánské právo nepochybně má normativní povahu, je z hlediska tohoto ustavení moderní mysli jednak fakticitou (jeho normativní obsah musí být prokázán, jako by to byl fakt), jednak právem druhých (navzdory tomu, že je normativním systémem, nachází se za branami normativity, které jsou v tomto případě totožné se stánkami hranicemi). Nicméně, domácí civilní soudy aplikují cizí právo namísto domácího práva, což vyžaduje jeho přechod

---

<sup>298</sup> Srov. SOLENIK, D., HECKENDORN, L. et al. *The Application of Foreign Law*. op. cit.; ESPLUGUES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES, J., PALAO MORENO, G. et al. *Application of Foreign Law*. op. cit.

<sup>299</sup> SOLENIK, D., HECKENDORN, L. et al. *The Application of Foreign Law*. op. cit.; ESPLUGUES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES, J., PALAO MORENO, G. et al. *Application of Foreign Law*. op. cit.

z domény externí fakticity do sféry interní normativity. Ačkoliv v některých případech je aplikace cizího práva formální právní povinností, právní vědy i judikatura vyšších soudů toliko interpretují a specifikují formální povinnosti soudů dopadající na proces poznávání cizího práva, nikoliv tento kognitivní proces samotný. Z mého pohledu antropologická perspektiva umožňuje vytvořit si obrázek *comitas gentium* a zejména samotné aplikace cizího práva na souvislém plátně (které není rozděleno dělicími příčkami mezi právem a faktem apod.). Jinými slovy, antropologický vhled se nemůže omezovat pouze na kognitivní proces, nýbrž musí brát v úvahu i ty formální povinnosti, jimž se věnuje právní věda, již jen proto, že právo formálně předepisuje, a tedy i iniciuje, tento kognitivní proces. Rovněž jej však také specifikuje, když například zavádí princip, že cizí právo se musí aplikovat stejným způsobem, jako se aplikuje v zemi svého původu. Tento princip reality zaměřuje celý kognitivní proces na skutečné právo, ať už je jeho realita posuzována z hlediska antropologického či juristického režimu pravdy. V tomto ohledu může užití antropologických pojmů zásadním způsobem zpřesnit naši právní kognici. Přinejmenším nám může pomoci mnohem přesněji identifikovat skutečné právní autority, cizí ekvivalenty českých soudů. Taková identifikace je někdy nesnadná i v případě zemí s podobnými nebo poměrně známými právními systémy. Jak složitá pak může být v případě tak velmi odlišné a tak velmi neznámé země, jako je Afghánistán.

V podmínkách hybridity zastřené právní vědou je afghánské právo jednak studováno jako fakt, jednak je považováno za právo, neboť je aplikováno českými civilními soudy. Je zajímavé, že v náhledu českého nejvyššího soudu téměř všechny principy, jimiž se řídí běžné dokazování skutečností, dopadají i na proces poznání cizího práva, včetně práva afghánského (snad pouze princip kontradiktornosti řízení se zde neuplatní). Afghánské právo je tak poznáváno primárně soudcem (jemuž případně asistuje nějaký odborník na zahraniční právo), který se vlastně chová jako sociální vědec devatenáctého století, jenž se právě posadil ke studiu ve svém kabinetu kuriozit. Je jakýmsi „antropologem v křesle“, neboť jeho studium cizího právního systému spočívá v čtení textů, které doputovaly až na jeho psací stůl. Navzdory této realitě český nejvyšší soud požaduje, aby se soudce s cizím právem seznámil dostatečně objektivně tak, aby jej mohl aplikovat jako právo vlastní. Tento druh objektivity (či snad způsobu dokazování) tak není založen na standardních dokazovacích praktikách, což reflektuje i doktrinální kategorie „zjišťování cizího práva“ (užívaná na místo kategorie dokazování). V takto situovaném procesu nabývá cizí právo status práva pouze a teprve v momentu své aplikace. Do té doby je pouze předmětem zkoumání (které lze považovat za (proto)vědecké epizody v právu). Jelikož však české právo dílem formálně uznává



zkoumání cizího práva jako specifický proces dokazování, nelze jej kvalifikovat ani jako čisté právo, ani jako čistý fakt. Zkoumání cizího práva nelze klasifikovat ani v rámci konvenčně pochopené kategorie normativity či fakticity.

Jelikož tato skutečnost musí být teprve reflektována juristickou teorií, je třeba, aby se antropolog podíval na právní (či badatelskou) praxi při zkoumání cizího práva soudy zblízka, v mnohem větším detailu, než tak činí juristická teorie. Paradoxně právě nejasné kontury cizího práva (v tom smyslu, že lze jen přibližně odhadovat, jak by v daném případě rozhodla cizí právní autorita) naznačují nutnost učinit ještě jeden krok – krok zpět od představy, že právní praktiky související s aplikací cizího práva jsou pouze technickou operací, abychom v širším měřítku nazřeli, že jsou spíše vyjádřením zvláštní formy meziskupinového (mezistátního) respektu a mohou být překlasifikovány na idiosynkratický (totiž moderní) transitivity rituál pohostinnosti, reciprocit či mezinárodní zdvořilosti (*comitas gentium*). Tato dvojí modifikace perspektivy – zkoumání předmětu v detailech (zkoumání cizího práva jako formy vědeckého zkoumání) a odstoupení od předmětu za účelem zachycení širších souvislostí (aplikace cizího práva jako formy pohostinnosti) – nám teprve umožňuje studovat sociální organizaci právní kognice a sociální organizaci mezikulturního přenosu práva na základě reciprocit a jeho textového studia. Z tohoto hlediska lze v dynamice cizího práva vysledovat docela paradoxní napětí mezi dvěma protichůdnými sklony sociálního jednání: vyjadřováním meziskupinového respektu (*deference*), který ze své povahy zamezuje určitým směrům zkoumání, a *libido sciendi*, pro které je poznání skutečného práva druhých prvořadou hodnotou. Navíc k tomuto dvojímu problému je třeba reflektovat i to, že cizí právo nikdy není přesná replika svého originálu a jeho zkoumání je vždy určitým (ne vždy stejným) způsobem ovlivněno respektem k cizí kultuře či suverénovi. A je zde ještě jeden aspekt, který z hlediska antropologické teorie ovlivňuje porozumění právu jako takovému. Pospíšil považuje „úmysl univerzální použitelnosti“<sup>300</sup> za neodmyslitelný atribut práva. Tento atribut je nicméně zpochybněn v případě cizího práva, neboť soudcovská fundamentální teze, že „rozhodujeme spory tímto způsobem, neboť naše zákony nám předepisují jednat tímto způsobem,“ se v tomto kontextu mění na tezi „rozhodujeme spor tímto způsobem, neboť cizí právo přikazuje cizím právním autoritám takto jednat.“ To, co se dosud zdálo být triviálním problémem přepínání právních autorit na jiné právo, se náhle dotýká samotného jádra antropologické komparativní teorie práva a činí tak ze spoléhání českého soudu na právní autoritu „afghánského“ druhého při rozhodování určitého sporu ústřední téma, nehledě na vědeckou

---

<sup>300</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 78–20.

autoritu cirkulujících symbolických reprezentací, která přenáší afghánské právo na psací stůl českého soudce.

Ač můžeme jakoukoliv aplikaci práva pokládat za nedokonalou a neúplnou citaci zákonů vytvořených parlamentem (a toto je důležitý postřeh celé analýzy), aplikace cizího práva není prvotně otázkou vázanosti soudu zákony, nýbrž otázkou kodexu pohostinnosti. Se zřetelem na to bychom se neměli nechat zmást skutečností, že při aplikaci cizího práva domácí soudci často pouze replikují svůj standardní přístup k právu, nebo faktem, že zpravidla nejeví zájem o hlubší průzkum právní povahy cizích pravidel, nýbrž se omezují často jen na otázku validity právního předpisu v určitém čase a pro určitý případ. Tento přístup je totiž zcela chybný v případě Afghánistánu, když je afghánské *státní právo* „akceptováno skrze deferenci“<sup>301</sup> a je „přeneseno bez porozumění.“<sup>302</sup> Skutečnost, že čeští soudci (nebo obecně domácí soudci) chápou cizí právo přenesené do kontextu jejich civilního procesu jako dané, nelze vysvětlit tradičními prostředky, zejména ne hlubokou kulturní zakořeněností afghánských právních pravidel, kulturním nevědomím českých právních autorit ani sociologickou či psychologickou internalizací afghánských zákonů, neboť informace o afghánském právu je naprosto nová pro české právní autority, z jejich strany čerstvě objevená, byť to samo o sobě nezpochybňuje možnost kulturní zakořeněnosti, podvědomí, internalizace a prožívání danosti afghánského práva lidmi, kteří žijí tam někde venku, v daném případě jmenovitě v Afghánistánu. V tomto náhledu je ale patrné, že to není nespecifikovaná afghánská právní autorita, nýbrž zákony, které aplikuje a na kterých záleží. A to je právě kámen úrazu celého kognitivního procesu. Jakmile totiž sestoupíme na úroveň identifikace práva dle skutečných právních autorit, stane se z afghánského práva okamžitě „afghánské právo.“ Jak bude vyjasněno dále v této kapitole, moderní *comitas gentium* (organizační rámec aplikace cizího práva) je téměř dokonale nekompatibilní s tím, co budu označovat za afghánskou právní civilizaci, abych jí tak odlišil od idey svazku afghánského práva a afghánského státu. Ve stručnosti mohu již nyní naznačit, že vědecký element právní praxe (zkoumání cizího práva) odráží v jistém smyslu divergenci mezi moderní a „afghánskou“ situací i skutečnost, že kategorie cizího práva sama je výhradním příznakem vztahů mezi národními státy (spíše než jejich právními autoritami). Oproti tomu element kodexu pohostinnosti je společný oběma kontextům a, byť jsou zde patrné rozdíly v celkové konfiguraci kodexu pohostinnosti (a tím i v sociální organizaci práva), z funkcionalistického

---

<sup>301</sup> BLOCH, M.: *Essays on Cultural Transmission*. London 2005, s. 127–128.

<sup>302</sup> *Ibidem*.

hlediska konstituuje tento aspekt práva na obecné rovině podobnost. Jak bude později jasnější, tato zjištění zároveň diskvalifikují jiný faktor, jenž je někdy užíván k odlišení „afghánských“ a západních právních systémů, totiž dichotomie mezi kulturami cti a kulturami práva v jakési čisté formě. Tato dichotomie, byť by mohla být považována za výsledek západního vlivu, může být zaznamenána dokonce v některých formách afghánského etnocentrismu, obsahuje postulát, že západní, moderní společnosti nepraktikují pohostinnost a čest.<sup>303</sup> V této etnocentrické tezi představuje veřejný pořádek v moderním státě protiklad ke skutečné pohostinnosti. Tento postoj však přehlíží otázku, jak je možné, že přeshraniční obchod je provozován mimo prostory pohostinnosti. Podobně však i některé formy západního etnocentrismu vnímají veřejnou (ne)bezpečnost jako hlavní překážku zavedení sekulárního, moderního práva.

Ve skutečnosti je moderní pohostinnost aspektem společnosti jako celku a její prostor je vymezen státními hranicemi či teritoriem státu. Tyto prostory velkého rozsahu jsou nejen místem pohostinnosti, nýbrž i doménou „zdrucující suverénní moci,<sup>304</sup> která přebírá některé role hostitele. Oproti tomu „afghánská“ pohostinnost se objevuje v prostorech malého rozsahu, jako jsou domy, trhy, vesnice, cesty v určitém regionu, a podobá se tak antickému vztahu mezi hostitelem a hostem. Tyto poněkud fragmentární prostory jsou vymezeny hranicemi rodiny, domova či určité širší komunity, která na sebe bere ucelenou škálu povinností hostitele (i v jejich rámci však může rozlišovat, například v případě afghánského bazaru, roli bazarového *malika* a roli bazarové džirgy). Ačkoliv moderní pohostinnost je koherentně integrovaná do prostoru státního teritoria a tím i do sociálního prostoru (je uniformní napříč národním společenstvím), funkce hostitele naopak netkví v jediné socioprostorové jednotce, nýbrž jsou fragmentárně distribuované mezi různé aktéry v důsledku moderní dělby práce. V důsledku toho ochrana, bezpečnost, ubytování, strava, nebo třeba řešení konfliktů či sporů apod. nejsou poskytovány stejným sociálním segmentem nebo na stejném místě. Místo toho se setkáváme s širokou paletou soukromých i veřejných entit včetně státu, které sehrávají jednotlivé úlohy v tomto komplexním, avšak fragmentovaném systému pohostinnosti. Někdy se uvádí, že host musí akceptovat (právní) autoritu hostitele v rámci vztahů host-hostitel. Přesnější by však bylo říci, že afghánský kodex pohostinnosti je založen na tom, že všechny tyto role jsou soustředěny

---

<sup>303</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga: An Indigenous Way of Peace-Building and More*. Lahore 2012, s. 12–13, 24.

<sup>304</sup> SHRYOCK, A.: *Thinking about Hospitality, with Derrida, Kant, and the Balga Bedouin*. In *Anthropos* 103, 2 (2008): 405-421, s. 419.

do jedné hostící komunity, jejíž moc je soustředěna (nebo omezena) v jednom místě. Veřejný pořádek v moderním státě tak není protikladem pohostinnosti, nýbrž je součástí specifického moderního pojetí pohostinnosti.<sup>305</sup> Tato moderní pohostinnost není o nic méně autentická či opravdová, než intenzivní osobní pohostinnost v Afghánistánu. Ta je lokalizovaná v hranicích prostoru jednotlivých hostících komunit. Avšak mezi nimi je mnoho prostoru nekontrolovatelné a nebezpečné povahy.

Naneštěstí se se stejným etnocentrismem někdy setkáváme i v tradičních antropologických studiích.<sup>306</sup> Ty téměř soustavně opomíjejí právní dimenzi pohostinnosti, případně vztah mezi pohostinností a státem v moderním kontextu, když odmítají jinou definici pohostinnosti než tu, která je založena na osobních vztazích blízkého charakteru. To je zřejmý důsledek klasifikace pohostinnosti jako součásti kultury cti. Tato komparace „afghánské“ a moderní právní kultury nicméně implikuje poněkud jiné, dosti nečekané rozdíly a podobnosti západní a afghánské konfigurace kodexu pohostinnosti. Zaprvé, jak afghánská tak moderní pohostinnost je nutným předpokladem k obchodu a komerční směně. Zadruhé, neexistuje žádný jiný obchod než ten, který se odehrává „v objetí pohostinnosti.“<sup>307</sup> Zatřetí, pohostinnost je nevyhnutelně spjata s právem. Přestože pohostinnost sama je primárně meziskupinový jev, je zřejmé, že jakékoliv porušení jejího kodexu členem určité komunity je sankcionováno autoritou téže komunity. Tato vnitroskupinová dimenze pohostinnosti koresponduje s její právní dimenzí. Začtvrté, distinkce mezi přeshraničním a vnitřním obchodem je v Afghánistánu relativní. Distinkce mezi vzdáleností a blízkostí je mnohem podstatnější než státní hranice – pokud strany (např. majetkového) sporu žijí v těsném sousedství, je spor řešen jinak než spor osob, žijících daleko od sebe a nemajících předchozí vztahy.<sup>308</sup> Přestože hranice jsou důležitým prvkem projektu afghánskému státu, nesetkal jsem se v literatuře s ničím, co by naznačovalo, že jsou pro právní regulaci obchodu důležitější než vnitřní etnická fragmentace Afghánistánu. Zapáté, sociální organizace moderního a afghánskému kodexu pohostinnosti je mimořádně odlišná (nomádská a státní pohostinnost). Tato skutečnost může skutečně způsobit to, že výzkumník, který se dostatečně nezbavil své etnocentrické podjatosti, může přehlédnout a opominout podobnosti mezi těmito pojetími. Etnocentrické popisy, které produkuje, pak svou podstatou mohou dezintegrovat komplex

---

<sup>305</sup> Ibidem, s. 415.

<sup>306</sup> Srov. například WESTERMARCK, E.: *Ritual and belief in Morocco*. op. cit., I. s. 227f; PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit., s. 514.

<sup>307</sup> MARSDEN, M.: *Fatal Embrace: Trading in Hospitality on the Frontiers of South and Central Asia*. In *Journal of the Royal Anthropological Institute* 18, 1 (2012): 117–130.

<sup>308</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 62, 78.

práva, cti, pohostinnosti a obchodu. Nicméně v kontextu „afghánské“ právní kultury jsou všechny tyto elementy zcela integrovány do koherentní kulturní asociace. Někteří autoři dokonce uvádějí, že „afghánská“ pohostinnost (melmastijá) „stanoví právo a povinnosti hostitelů a hostů“<sup>309</sup> a že je dokonce sdružuje takovým způsobem, že „pocitivé dodržování kodexu pohostinnosti přináší větší čest hostiteli, zatímco její porušení strašlivé zneuctění.“<sup>310</sup> Navíc pohostinnost přináší čest tím, že poskytuje pro řešení sporů bezpečnou půdu, na níž mohou jednat představitelé jinak oddělených sociálních skupin, které jsou jinak vtaženy do sporu. Pohostinnost je rovněž užívána k prosazení autority stojící nad těmito skupinami. Zašesté, pohostinnost se nezdá být primárně otázkou kultury a morálky, nýbrž autority a kognice. Zasedmé, české právní autority samy mají sklon zahrnovat zjišťování a aplikaci cizího práva, které jsou jinak chápány jako technické právní operace, do kontextu pohostinnosti, když posuzují svou povinnost aplikovat cizí právo *de lege ferenda* dle svého „morálního kodexu“<sup>311</sup> či svého „přirozeného práva pohostinnosti.“<sup>312</sup> A co více, aplikaci cizího práva v rodinných věcech chápou jako projev velkorysosti vůči cizincům a jejich rodinám, zatímco odsuzují přílišnou asertivitu zahraničních obchodníků požadujících aplikaci cizího práva jako nepatřičnou, jako vyjádření neúcty, s tím, že cizinec by měl projevovat zdrženlivost. Zaosmé, skutečné právní autority v Afghánistánu užívají pravidel pohostinnosti jak k „diplomatickým“ jednáním mezi stranami sporu za účelem předejití soudnímu procesu, tak pro zajištění toho, že strany sporu budou akceptovat jejich rozsudek, i k provádění důkazů, získávání informací apod. Komparace údajně archaické afghánské varianty mezinárodní zdvořilosti s moderní aplikací cizího práva jako výrazu organizačního principu *comitas gentium* znovu potvrzuje tezi, že právo a pohostinnost jsou ve svém fungování hluboce propojeny, jak ostatně vyplývá z konstrukce Pitt-Riversova pojmu „právo pohostinnosti.“<sup>313</sup> Ačkoliv název jeho známé eseje naznačuje, že pohostinnost se vztahuje k sociální organizaci celé kultury, Pitt-Rivers nedokázal zcela konceptualizovat právo jako integrální součást pohostinnosti a naopak. Proto je to jedním z cílů této studie. Je přitom třeba mít na paměti, že jak moderní *comitas gentium*, tak její afghánský ekvivalent je uměle vytvořený, což nepodporuje představu absolutní distinkce mezi „archaickým“

---

<sup>309</sup> BARFIELD, T.: *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Justice Institutions*. Washington 2003, s. 7.

<sup>310</sup> *Ibidem*.

<sup>311</sup> Viz část 2.2.8.2 této práce.

<sup>312</sup> *Ibidem*.

<sup>313</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. op. cit.; PITT-RIVERS, J.: *The Stranger, the Guest and the Hostile Host*. op. cit.

a „moderním“ právem, byť by někteří lidé trvali na svém dojmu nesmírné starobylosti práva v Afghánistánu. V tomto smyslu musíme odlišovat popisy afghánských soudních rad (džirg a šúr), které jsou mylně zobrazovány jako neformální, staré<sup>314</sup> nebo odvěké<sup>315</sup> od skutečných soudních rad, které probíhají v reálném čase, a historický původ jejich současné podoby nelze datovat.

Jelikož v této kapitole se pokusíme popsat dynamiku právní jinakosti při mezikulturním přenosu práva pouze na místě lokalizace afghánského práva (český justiční systém), je nutné prozkoumat jak aspekty afghánského práva, které byly přeneseny, tak ty, které cestou zanikly. Etnograf proto musí řešit otázku, jak přistupovat k těmto dvěma dimenzím mezikulturního přenosu práva (přenesené vědění a ztracené vědění), je-li jeho etnografický terén umístěn pouze v místě jeho nové lokalizace. Popis právní kognice těch, kteří aplikují cizí právo ve své zemi namísto svého vlastního práva na pozadí toho, jak se toto cizí právo liší od své originální verze v zemi původu, zahrnuje otázku, jak provádět zkoumání souběžně uvnitř jasně vymezeného etnografického terénu i vně jeho hranic – za horizontem tohoto terénu. Tento problém lze vyřešit srovnáním afghánského obchodního práva lokalizovaného v místě odeslání (ovšem zda tímto místem je Afghánistán, je sporné) a místem přijetí a lokalizace (Česká republika). Ale lze to vyřešit i jiným způsobem: ačkoliv lze afghánskou právní fakticitu dohledat jen ve velmi malém vzorku civilních případů řešených před českými soudy (čtyři za šest let, vietnamské právo přes sto ročně), je tento vzorek dostatečný k rekonstrukci celkového konceptuálního schématu afghánského práva užívaného českými právními autoritami a odborníky. Tito informanti beztak spoléhají na cirkulující symbolické reprezentace afghánského práva, které samy o sobě obsahují řadu potenciálně relevantních (avšak nevyužitých) údajů o afghánském právu stejně jako relevantních údajů, které byly v rámci právních komparací českých juristů využity. Tyto při právních srovnáních využitě údaje v podstatě zastíňují údaje nevyužitě. Nevyužitá část symbolických reprezentací afghánského práva může být znovu mobilizovaná jinak v daném terénu docela artificiálním uplatněním antropologických analytických kategorií (antropologických „kontejnerů“) a tímto způsobem může právní srovnání generovat zcela jiné závěry. Snad ne příliš překvapivě pro antropology, antropologické analytické nástroje rozhodně poskytují větší kognitivní kontejnery pro přenos práva a umožňují nám podívat se tak na právo druhých, v „zemi

---

<sup>314</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. Peshawar 1989, s. 21.

<sup>315</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. Washington 2006, s. 5.

za zrcadlem“ právní praxe. Nicméně navzdory možné zobecňující rétorice užití antropologických kategorií stejně jako užití juristických kategorií (které lze ztotožnit s perspektivou soudce jako určitého neviditelného pozorovatele) odehrávají se oba kognitivní postupy (juristický i antropologický) pouze v kontextu nové lokalizace symbolických reprezentací afghánského obchodního práva.

Jelikož hovoříme o afghánském právu nebo o afghánské právní fakticitě v českém kontextu a jelikož jsou toto právo a jeho fakticita fixovány a přeneseny prostřednictvím řetězce dokumentárních popisů, obrázků afghánského práva vytvořených v kancelářích českých právních autorit nemůže být nikdy ničím víc než přiblížením, odhadem. Navzdory různým druhům dat a různým úrovním přesnosti generovaným jednou antropologickými, jednou juristickými nástroji, afghánské obchodní právo, které zde zkoumáme, je v obou případech vždy jen určité vědění, poznání generované řetězcem dokumentů a kognitivními rámci jejich interpretace. Mělo by být tedy naprosto jasné, že afghánská právní fakticita v místech svého původu v tomto výzkumu nebyla zkoumána v jakémkoliv empirickém smyslu. Tato práce se prvotně zaměřuje na dekodování kulturní determinace západního právního myšlení (moderní právní kognice), které lze provést jak ve způsobu, jakým moderní juristé zkoumají a aplikují afghánské obchodní právo jako cizí právo, tak ve významu právního vědění, které jimi bylo opominuto. Znovuobnovení významu přehlédnutých údajů o afghánském právu, které mě nakonec (dále v této kapitole) vedlo k ustavení hypotézy, resp. teorie o povaze afghánského práva jako takového, je nutné chápat pouze jako vedlejší produkt tohoto primárního zaměření výzkumu. V tomto ohledu je proto také třeba zmínit, že tento výzkum rozhodně nebyl prováděn ve statickém prostředí. Zejména poměr mezi relevantními a opominutými údaji o cizím právu se globálně mění v důsledku *antropologizace* moderního vědění o cizích právních řádech. To znamená, že mé sdělení nespočívá pouze v tom, že v etnografickém terénu, jakým je *comitas gentium*, nejsou pouze dva identifikovatelné přístupy k cizímu právu, ale i to, že jejich vzájemný vztah se mění. Z toho důvodu bychom se v tomto terénu měli neustále reflexivně ptát, zda se zabýváme autoritou originálního cizího soudu či soudní rady nebo autoritou dokumentu či reprezentace, která na ni pouze odkazuje. Náhled na právo jako na lidskou záležitost v nás může udržet citlivost vůči vzdálenosti mezi afghánskou právní fakticitou (v místě dislokace údajů o ní prostřednictvím jedné kognitivních kontejnerů) a symbolickou reprezentací afghánského práva (v místě nové lokalizace těchto údajů prostřednictvím druhých kognitivních kontejnerů). Naproti tomu náhled na právo jako na objektivní věc může setřít naše vědomí toho, že mezi oběma jevy je naprosto vyloučena

jakákoliv automatická korespondence. Navíc, je-li afghánské obchodní právo přenášeno ze symbolické reprezentace do mysli moderní právní autority za tím účelem, aby bylo aplikováno namísto jejího vlastního práva, je zároveň její vlastní právo aplikováno na předmětné cizí právo, a to je právě moment, kdy dochází ke komparaci.

### **5.3 Symbolické reprezentace afghánského práva: „reformocentrismus“**

„Afghánské právo“ či spíše právní systémy v Afghánistánu jsou považovány za „archaické“ a „tradiční“ některými mými českými informanty. Přestože Afghánistán je konvenčně chápán jako odlehlý prostor údajně archaické normativity, jejíž sociální život tkví v statickém a uzavřeném tribálním prostředí nevykazujícím historickou dynamiku,<sup>316</sup> řada etnografických zpráv a studií ukazuje (prostřednictvím popisů obchodní a nomádické migrace), že obchodní spory mezi osobami z různých socioprostorových segmentů Afghánistánu jsou široce rozšířený fenomén. Jak v rámci *comitas gentium*, tak mimo tento organizační rámec je kategorizace „afghánského práva“ jako „archaického“ a „statického“ velmi obvyklá a spočívá v aplikaci dichotomií devatenáctého století na soubor dokumentárních důkazů, symbolických reprezentací tohoto práva. Tímto způsobem je „afghánské právo“ rozmělněno do různých rozdělení, například mezi právními odvětvími, mezi ústavní, zákonnou a podzákonnou právní silou, či mezi komparativně založenými dichotomiemi a dualismy jako právě „archaické“ a moderní. Tato strategie je evidentně efektivní v případě právního řádu jiného národního státu, avšak selhává, jakmile je aplikována na velmi odlišné právní kultury, v nichž právo není jen jednou z oddělených přihrádek v sekretáři, kde najdeme i přihrádku kultury, náboženství, ekonomiky apod., neboť je s nimi promíšeno, je jejich integrální součástí. Zejména z tohoto důvodu Afghánistán reprezentuje skupinu států (či lépe řečeno prostorů), kde moderní právní kognice neoperuje příliš hladce. Sklon moderních juristů chránit neposkvřenost moderních právních věd tím, že obviní sociokulturní prostředí Afghánistánu ze selhání svých vlastních juristických kategorií, když například užívají termínu „zhroutený stát,“ je jasný případ přenosu (psychoanalytický termín). Daleko od toho, aby bylo „archaické“ nebo „statické“ právo v Afghánistánu, je ve skutečnosti Eldorádem toho, co moderní lidé vidí jako neslučitelné prvky, jako je důraz na autonomii, osobní nezávislost, feud a diskriminaci na základě pohlaví. Každý z těchto prvků jednotlivě v nich generuje antipatie nebo sympatie. Právo v Afghánistánu, či spíše jeho

---

<sup>316</sup> BARFIELD, T.: *Afghanistan: A Cultural and Political History*. op. cit.



symbolické reprezentace tak nemohou být povrchně odsouzeny ani idealizovány. V Afghánistánu kognitivní kapacity moderních právních kategorií zkrátka naráží na své limity. Právní modernizátoři, místo toho, aby tuto skutečnost přiměřeným způsobem reflektovali, užívají starý dobrý způsob toho, jak rozšířit jejich validitu. Místo toho, aby se snažili modifikovat a zlepšit stávající s nimi nekompatibilní právní prostředí, snaží se nahradit jej jiným kompatibilním.<sup>317</sup> To je patrně důvod, proč volání po reformě ve formě zavádění západního modelu právního státu předchází a často strukturuje mnohé výzkumné pokusy.

Volání po právní reformě je nicméně založeno na stále stejné vysoce imaginativní myšlenkové operaci, která spojuje fakticitu práva v Afghánistánu s moderními kulturními standardy a která je navzdory své složitosti poměrně zautomatizovaná. Artificiální propojení těchto dvou vzájemně neslučitelných kulturních oblastí vede právní modernizátory k tomu, aby ji definovali jako něco patologického, tj. něco, co nezapadá do jejich kulturních měřítek. Samozřejmě tato patologizace práva je věcí perspektivy, neboť kdybychom užili afghánské kulturní standardy a aplikovali je jako měřítko na moderní právní systémy, opak by byl pravdou (tj. moderní právní systém by byla patologická výjimka). Hlavní zkrat v tomto kognitivním postupu spočívá v selhání provést nejprve srovnání „afghánského“ a západního právního systému. Pokud by tento krok byl učiněn, zjistilo by se, že právo v Afghánistánu nezapadá do juristického konceptu práva, což by nás mělo varovat v tom smyslu, že skutečné porozumění tomuto právu vyžaduje extenzivní průzkum. Je pravdou, že aplikace „afghánského práva“ jakožto cizího práva v rámci *comitas gentium* může být eliminována, je-li vnímána jako hrozba českému veřejnému pořádku, a takto může být vyhodnocena pouze na základě podobné imaginativní operace. Ať už je tomu jakkoliv, český soudce musí v každém případě nejdříve provést nespočet kognitivních kroků vedoucích k porozumění, v čem „afghánské právo“ vlastně spočívá, a to dříve, než může dojít k závěru, že jeho aplikace takovou hrozbu *ordre public* skutečně představuje. Takový krok může být příhodný v situaci, kdy „afghánské právo“ je skutečně přeneseno do západního kontextu. Avšak ani v této formální situaci nemůže být jakákoliv rozdílnost prohlášena za neakceptovatelnou bez podrobného poznání cizího práva. Například aplikace afghánského obchodního práva vůbec nemůže být odepřena na základě principu *ordre public*. Na druhou stranu, taková strategie je bez podrobného průzkumu naprosto nevhodná v situaci, kdy hovoříme o afghánském právu aplikovaném Afghánci v Afghánistánu. Naopak, moderní právní standardy a standardy právního státu mohou být dokonce chápány jako patogeny (vypůjčime-

---

<sup>317</sup> HUTCHINS, E.: *Distributed Cognition*. op. cit., s. 2071.

li si termín z epidemiologie), které pronikáním do sociokulturního organismu v Afghánistánu jeho celkový stav spíše zhoršují. Vskutku, cirkulující reprezentace tamního práva obsahují informace o tom, že populace na území Afghánistánu je resistantní vůči modernizačním strategiím a uplatňování západních kulturních měřítek (ukrytých v údajně obecných právních kategoriích). Zdá se, že opakované pokusy o jejich aplikaci v tomto prostředí připomínají mouchu snažící se uniknout z místnosti zuřivým narážením do zavřené okenice, zatímco druhá okenice je otevřená.

Je tedy zřejmé, že juristické kategorie práva, které užívají moderní právní autority k pochopení cizího práva, ztrácejí svou účinnost mimo rámec národních států, ve sféře právní divokosti. Je to patrné již z toho, jak byly vytvořeny juristické kategorie a jak antropologické. Kognitivní antropologie nám poskytuje rámec pro takovou komparaci: jakýkoliv systém právní kognice může být přiveden k životu jediné „v interakci [...] s druhými [...] a s artefakty.“<sup>318</sup> V daném etnografickém terénu jsou „artefakty“ symbolické reprezentace cizího práva, jeho cirkulující či cestující popisy dokumentárního charakteru, zejména však mobilní zákony. „Druzí“ pak představují především cizí autority. Zatímco antropologie práva má sklon vystavět své koncepty na základě znalostí práva všech dostupných kultur a společností, interakce juristického konceptuálního systému se omezuje pouze na západní či modernizované právní systémy. Odkazující na Vygotského, Hutchins argumentuje, že „každá kognitivní funkce vyššího řádu se objevuje dvakrát: nejprve jako intersubjektívni psychologický proces a teprve později jako intrasubjektívni psychologický proces [...] Jako 'určitý důsledek' zkušeností s interakcí s druhými a artefakty, funkční kognitivní systém může být nakonec vytvořen 'při absenci druhých“<sup>319</sup> Ačkoliv antropologie (jako určitý kognitivní systém) sleduje tuto trajektorii, zdá se, že interakce mezi moderní právní vědou a právem v Afghánistánu jde opačným směrem. Právní modernizátoři, snažící se reformovat „afghánské právo“, vytvářejí nejprve svůj vlastní „afghánský“ právní systém v rámci západního intra-psychologického procesu při absenci jakéhokoliv empirického vědění o právu v Afghánistánu, bez jakékoliv interakce s „afghánským“ druhým, pro nějž údajně vytvářejí tento nový právní systém. V důsledku toho se předpokládá, že „afghánské právo“ zapadne do předjímaného, universálně formulovaného juristického konceptu práva, i když tento koncept nebyl založen s právem toho typu, do něhož spadají i právní systémy v Afghánistánu. Teprve později právní modernizátoři situují tento nově vymyšlený právní systém do interakcí

---

<sup>318</sup> Ibidem, s. 2069.

<sup>319</sup> Ibidem.

s populací Afghánistánu. V tomto pozdějším intersubjektivním psychologickém procesu mezi moderními a „afghánskými“ právními autoritami, se moderní právní vědy pokoušejí modifikovat „afghánskou“ právní jinakost tak, aby vyhovovala jejím ideálním typům. Za takových podmínek je jakákoliv skutečně empirická, tedy antropologicky založená studie práva v Afghánistánu mimořádně hodnotná, neboť ji lze uskutečnit pouze s pomocí metodologické a teoretické výbavy sociálních věd, které mají potenciál přesáhnout své ideální typy na základě nových dat.<sup>320</sup> Avšak i sociální vědci podléhají riziku upadnutí do intrasubjektivního psychologického procesu, neboť potřeba dat vyvěrá z potřeby uskutečnit proveditelnou reformu.

#### 5.4 „Afghánské právo“ jako cizí právo: konceptuální schéma

České právní autority, odborníci na cizí právo a soudci, kteří se věnují jeho aplikaci, mají obecně sklon pokládat cizí právní systémy za duplikáty jejich vlastního právního systému. V důsledku toho hledají ekvivalenty zákonných ustanovení, které naleznou ve svém vlastním právním řádu. Přitom připouštějí odchylky v detailech, avšak jinak předpokládají, že právo je ve své podstatě stejné kdekoli na světě. Někdy však domácí právní institut nemá jakýkoliv ekvivalent v cizím právu nebo naopak (pěstounská péče, pomlčné příbuzenství, jitrní dar, rituální smlouvy atd.). Někdy je však právní jinakost mnohem hlubší. V takových případech soudci ani jiní odborníci a priori nevyklučují možnost využití empirické zprávy nebo akademického článku o cizí právní kultuře. Většinou jsou však chráněni před tím, aby čelili tak velkým právním rozdílnostem, v důsledku omezenosti přístupných pramenů, jejich nedostupnosti nebo nemožnosti je dohledat. V těch několika případech, kdy se „afghánské právo“ objevilo před českými soudy, které se mu podařilo zaznamenat, se vycházelo z předpokládaného afghánského práva, z představy, že se jedná o soubor právních norem, které nalezneme v psaných zákonech. I když se samy symbolické reprezentace afghánského práva (odlišné od mobilních zákonů samotných) rovněž prvotně zaměřují na afghánské státní právo, pravidelně zmiňují jeho koexistenci se „zvykovými“ nebo „neformálními“ právními systémy. Jelikož sama ústava Afghánistánu uznává legitimní oprávnění šaríja upravovat záležitosti, které nejsou upraveny státními zákony, šaríja je v těchto zprávách také brána v úvahu. Konceptuální schéma afghánského práva, které se užívá v právní praxi, je v zásadě stejné, jako to, které popisuje Elliese. Ten uvádí, že „formální struktura autority“<sup>321</sup> je

---

<sup>320</sup> WEBER, M.: *On the Methodology of the Social Sciences*. Illinois 1949, s. 112.

<sup>321</sup> ELLIESE, H.: *The Rule of Law in Afghanistan*. In KOETTER, M., SCHUPPERT G. (eds.): *Understanding of the Rule of Law in various Legal Orders of the World*. Berlin 2010, s. 3–4. Limity státní struktury jsou

„limitovaná.“<sup>322</sup> Předpokládá, že afghánské právo je strukturováno ve smyslu Kelsenovy všeobecné teorie norem.<sup>323</sup> Postupuje tedy od špičky předpokládané normativní pyramidy (Bonnská dohoda z roku 2001 a Afghánský pakt z roku 2006: dvě mezinárodní úmluvy o modernizaci práva v Afghánistánu a jeho demokratizaci.) a pokračuje níže k ústavě a státním zákonům. Nicméně dokonce i tyto právní dokumenty obsahují zjevné nesrovnalosti, které validitu tohoto konceptuálního schématu vyvracejí. Předně, tyto dokumenty berou na vědomí absenci funkčního aparátu státní justice a uznávají realitu, že drtivá většina všech sporů je řešena mimo státní soudy. Mezinárodní společenství tak oficiálně uznává absenci státního práva a státního justičního systému, když se shoduje na projektu jejich vytvoření. Dokonce se zmiňují o tom, že zákony zavedené od roku 2001 nejsou chápány ani oněmi nefunkčními státními soudy,<sup>324</sup> což jasně ukazuje, že překlad moderních kodexů do kulturního kódu těchto autorit se nepovedl. Jestliže formální požadavek českého práva stanoví, aby cizí právo bylo aplikováno českými soudy stejně jako v zemi původu, pak tato poznámka vylučuje možnost, aby afghánský státní soudce interpretoval zákony jako západní soudce, zbavuje českého soudce jakékoliv možnosti vlastní interpretace afghánského státního zákona. Jak uvidíme dále, reálná situace je mnohem komplikovanější. Jelikož v Afghánistánu nejsou téměř žádné fungující státní soudy, skutečné právní autority nepřikládají těmto dokumentům (státním zákonům) jakoukoliv relevanci. Elliesieho poznámka o koexistenci „tří hlavních právních tradic v Afghánistánu – islámského práva šarija, západního (hlavně francouzského) státního práva a zvykového práva“<sup>325</sup> – tuto situaci nijak nevyjasňuje. Snahy mezinárodního společenství aplikovat moderní koncept normativity byly navíc doprovázeny zvláštní nekonzistencí, neboť například exekutivním orgánům bylo umožněno plnit legislativní funkce. Tato nekonzistentnost dosud zdůvodňovaná prozatímní povahou afghánského státního práva po Bonnské dohodě s tím, že afghánské státní právo „stále ještě postrádá účinnost, kapacitu a celostátní pokrytí.“<sup>326</sup> Evolucionistický podtón tohoto „stále ještě ne“ je zjevný. Je z něj patrné, že tato informace se nevztahuje ke skutečnému právu, nýbrž k jeho projektu a realizaci. Tato informace může být relevantní pro azylový soud, avšak postrádá jakákoliv

---

konkretizovány např. Prosperem, který uvádí, že účinnost post-Bonnských zákonů nepřekračuje hranice hlavního města Kabul (PROSPER, P.: *On Respect for the Rule of Law in Post-Taliban Afghanistan*. In *Connecticut Journal of International Law* 17 (2002): 433–436, s. 14).

<sup>322</sup> Ibidem.

<sup>323</sup> KELSEN, H.: *General Theory of Norms*. Oxford 1991.

<sup>324</sup> ELLIESE, H.: *The Rule of Law in Afghanistan*. op. cit., s. 5.

<sup>325</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>326</sup> Ibidem, s. 8.

data o skutečném právu, kromě postřehu, že samotné státní právo skutečným právem („stále ještě“) není. Nemá tak jakoukoliv hodnotu v rámci *comitas gentium* a mezinárodního civilního řízení.

Strategie juristů, kteří hledají v neznámém, jiném právu duplikát svého vlastního práva a nacházejí spíše poněkud neurčité právo druhých, mohou na základě této strategie sice generovat jisté a solidní tvrzení o odlišnosti práva v Afghánistánu, avšak neposkytují jakékoliv vodítko k tomu, jaká právní pravidla by vlastně měla být aplikována v obchodním sporu například o platnost či obsah smlouvy, která se řídí tímto neznámým právem.

Lze shrnout, že tyto juristické strategie mají v zásadě tři prvky. Zaprvé, soustředí se téměř výhradně na afghánské státní právo a státní justiční systém. Zadruhé, opomíjejí veškerou nestátní právní infrastrukturu, tj. veškeré skutečné právo v Afghánistánu, přestože v poznámkách pod čarou uznávají její existenci i dominantní roli. Zatřetí, předjímají nebo volají po změnách současného afghánského práva, aniž by přitom bylo jakkoliv objasněno, co toto současné afghánské právo vlastně je.<sup>327</sup> V jistém protikladu k přístupu autorů cirkulujících reprezentací afghánského práva, který je v konečném důsledku založen jen na “(u)znání” podobného, překlad afghánského práva pro účely jeho aplikace spíše ignoruje rozdílnosti za účelem vytvoření styčných bodů mezi českými a afghánskými zákony prostřednictvím předpokládaných absolutních nebo relativních podobností. V tomto ohledu je autorita informace o cizím právu dovozována nikoliv z její korespondence s právním prostředím v Afghánistánu, nýbrž spíše vyplývá z podobnosti s českým právem, tedy s právem přijímacího místa mezikulturního přenosu práva. V důsledku toho lze afghánské právo vidět jako stanoviště přepínatelné právní jinakosti/stejnosti v závislosti na konkrétním kontextu. Tato právní jinakost/stejnost může být vystavěna různými způsoby, avšak obvykle je vystavěna na základně absolutního dualismu: afghánské právo je buď duplikát moderního práva, nebo je definováno jako antiteze k českému *ordre public*. Náhled na právní odlišnosti jako na relativní jev vyžaduje totiž odmítnutí auto-stereotypů české právní identity a moderní právní identity vůbec.

Sama možnost extrahovat určité zákonné ustanovení například z afghánského obchodního zákoníku nebo z určitého tvrzení výzkumné zprávy je založena na perspektivě, v níž je afghánské i české právo nahlíženo stejnou sociologickou optikou, která předpokládá, že právo stojí nad sociokulturní realitou. Tato tendence je sdílena rovněž právními

---

<sup>327</sup> SANTOS, B.: *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*. In *Law & Society Review*, 40, 1 (2006): 39-75, s. 40.

modernizátory, kteří se snaží smířit afghánské státní právo s právem šarija a „zvykovým“ či „neformálním“ právem. Jejich rekonciliační strategie lze klasifikovat jako singulární dichotomické strategie, singulární trichotomické strategie a plurální trichotomické strategie. První typ (strategií singulární dichotomické strategie) považuje státní právo za dominantní a připouští, že právo šarija smí být aplikováno státními soudy, protože státní právo se deklaratorně zakládá na právu šarija, jeho užití státními soudy zůstává marginální. V této strategii je skutečné právo vlastně zastřeno v šarija a otázka právní autority je zcela vytěsněna. Druhý typ (singulární trichotomické strategie) předpokládá existenci jediného právního systému, který je jakýmsi amalgámem tří hlavních právních tradic, o nichž hovořil Elliese, či tří sektorů téhož právního systému: státní, zvykový a náboženský.<sup>328</sup> Zde dochází k vyčlenění „zvykového“ práva, které odkazuje na skutečné právo, z „náboženského“ práva. Otázka právní autority je nadále vytěsněna, avšak je podhaleno, že státní soudy nejsou jedinými soudními orgány ve státě. Třetí typ (plurální trichotomické strategie) vidí místo tří sektorů jednoho a téhož právního systému tři rovnocenné právní systémy. Navíc, „sekulární“ právo, šarija a „kmenové“ právo mohou být chápána z hlediska své geografické distribuce v oddělených socioprostorových jednotkách na teritoriu Afghánistánu, a to tak, že sekulární právo je lokalizováno v Kábulu, právo šarija na sever a „kmenové“ právo na jih od Hindúkuše. Tato strategie je výborným příkladem toho, jak je moderní koncept práva spojen s obvykle zcela nezřejmým prostorovým způsobem uvažování o právu, který jej vsazuje do hranicemi pevně určených geografických jednotek, jako jsou státy, okresy nebo kmenová území.

Určité dimenze symbolických reprezentací afghánské právo zůstávají, podobně jako v těchto rekonciliačních strategiích, vně vymezení práva, pokud budeme chápat právo pouze jako určitý soubor norem. Do té doby, dokud budeme brát perspektivu nefunkčních afghánských státních soudů jako východisko, můžeme na afghánské právo nahlížet jako na „směs“<sup>329</sup> právních tradic, sektorů či systémů. Avšak ztotožnění výzkumu s takovým východiskem je vnitřně nekonsistentní, neboť směšuje představu objektivního práva s představou právní autority, které, jak jsme ukázali v předchozí kapitole, jsou neslučitelnými pozicemi právní ortodoxie a právní antropologie. Jelikož jsou tyto pozice zcela nekompatibilní, strategie jejich kombinování zamezuje tomu, aby opomenuté dimenze

---

<sup>328</sup> USAID (Afghanistan Rule of Law Project): *Field study of informal and customary justice in Afghanistan and recommendations on improving access to justice and relations between formal courts and informal bodies*. Washington 2005, s. 3.

<sup>329</sup> IGBINEDION, O.: *The Legal Systems of Afghanistan: A Geographic Distribution*. Chicago 2009, s. 17.

symbolických reprezentací afghánského práva byly vtaženy zpět do zorného pole. Místo toho zůstávají dosud ve stínu „křeslového“ zkoumání cizího práva v rámci *comitas gentium*. Avšak protože se tyto hluboké prostory afghánského práva objevily v jeho přenesených symbolických reprezentacích, nemohou být již nadále opomíjeny na základě argumentu o nekompatibilitě s moderními juristickými, analytickými nástroji. Několik empirických nebo empiricky založených zpráv se totiž zaměřilo především na tzv. „neformální“ nebo „zvykové“ právo – *orf* (*anana*), které je ve skutečnosti nejrozšířenějším a nejobvyklejším druhem práva v Afghánistánu. Právě jím se ve skutečnosti řídí obchodní spory. Tato skupina symbolických reprezentací tak představuje kruciální etnohistorický zdroj našeho poznání skutečného práva v Afghánistánu<sup>330</sup> a zde se také do popředí dostává antropologický přístup. Již proto, že je třeba identifikovat protějšek českého soudu v prostoru, který je nominálně označován jako Afghánistán.

## 5.5 Identifikace skutečných právních autorit

České právní autority nijak nepopírají existenci cizích právních autorit (například afghánských soudů) v případě, že mají určitým způsobem užít afghánské právo namísto českého. Avšak vazby tohoto práva k cizímu kontextu jsou uvolněny a cizí právní autority nejsou přenášeny společně s tím právem. V důsledku toho konkrétní symbolická reprezentace cizího práva není spojena s jakoukoliv původní sankcí ani jakýmkoliv původním soudem, neboť obé zůstalo v zemi původu. Na otázku, „[j]aké právní kvality tedy vlastně měla?“<sup>331</sup> do okamžiku její aplikace českým soudem, lze odpovědět (Pospíšilovými slovy) velmi jednoduše: „žádné.“<sup>332</sup> Z Pospíšilova analytického hlediska symbolická reprezentace cizího práva před jeho aplikací českým soudem namísto domácího práva, není vůbec právem, neboť postrádá klíčové atributy práva. Snad symbolická reprezentace cizího práva má určitou autoritu jako objektivní věc, avšak z mého analytického hlediska je třeba konstatovat, že autorita, která je v rámci mezikulturního přenosu exkludována z objektivní struktury cizího práva, je do něj opět zasunuta až v okamžiku jeho aplikace. Tato skutečnost je zejména důležitá v případech, kdy je cizí právo přenášeno ze zemí, jejichž právní systémy nekorespondují s moderním pojetím svazku státu a práva, a existence mnoha právních systémů v nich není přímo spojena s jakýmkoliv centrálním zákonodárcem, přinejmenším

---

<sup>330</sup> KELLOG, S.: *Legal Documents as a Source for Ethnohistory*, In LOCKHART, J., SOUSA, L., WOOD, S. (eds.): *Sources and Methods for the Study of Postconquest Mesoamerican Ethnohistory 2007*, s.1.

<sup>331</sup> POSPÍŠIL, L., *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 49.

<sup>332</sup> *Ibidem*.

fakticky. Ačkoliv země jako Afghánistán mohou být popsány jako společnosti bez státu s ohledem na skutečnost, že se vyznačují „absencí nějaké ústřední autority“<sup>333</sup> nebo ústřední autorita je tak enormně limitována mimo své lokální ohnisko, že „společnost [...] se blíží k bodu anarchie,“<sup>334</sup> na základě detailních výzkumů však není společností bez práva. Afghánistán je typické místo, kde „nedostatek ústřední politické hierarchie“<sup>335</sup> je často zaměňován „za egalitarismus.“<sup>336</sup> – viz například Barfield.<sup>337</sup> Některé zprávy se nicméně v tomto bodě podobají situaci cizího práva bez cizinců, zejména nahlíží-li na nesjednocený právní prostor jako na integrovanou jednotku.

Rozhodující rozdíl mezi českým a afghánským právem může být spatřována v textové kodifikaci prvně jmenovaného a v posvátnosti mluveného slova toho druhého. Tato posvátnost je někdy interpretována jako nízká (nejen právní) gramotnost ze strany moderních lidí nebo jako neznalost arabského jazyka ze strany muslimských učenců z intelektuálních center muslimského světa. Nepřítomnost psaných zákonů byla též zmiňována Thierem<sup>338</sup> jako překážka pro formování státního práva. Tyto kritické odsudky ze dvou různých směrů nereflektují skutečnou multiplicitu právních systémů v Afghánistánu, které oba druhy kritiky pokládají za dočasnou nebo středověkou do té doby „než bude právo nastoleno.“<sup>339</sup> Pro některé moderní i muslimské právní modernizátory či reformisty, kteří volají po změně afghánského práva, jsou tyto interpretace způsobem, jak status Afghánistánu konvertovat na bílé místo nebo „bezprávné místo,“<sup>340</sup> nebo dokonce „zemi, které chybí právo.“<sup>341</sup> V obou těchto kritikách vidím slepou uličku a místo toho perspektivu, která je radikálně odlišná od nich obou: za tím účelem, aby bylo možné identifikovat skutečné právo v Afghánistánu, musíme nejprve identifikovat skutečné právní autority, a sice nejdříve bez ohledu na ony tři zmíněné právní tradice (statní právo, šarija a „zvyk“/orf). Teprve poté můžeme započít se zkoumáním toho, jaké právní normy aplikují. Jestliže totiž nedokážeme

---

<sup>333</sup> LEVINE, R. *The Internalization of Political Values in Stateless Societies*. In *Human Organization* 19, 2 (1960): 51–58, s. 51. (cit. dle POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 47).

<sup>334</sup> HOEBEL, E.: *The Law of Primitive Man*. op. cit., s. 294.

<sup>335</sup> LEVINE, R. *The Internalization of Political Values in Stateless Societies*. In *Human Organization* (1960), 19 (2) 51–58, s. 58. (cit. dle POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 49).

<sup>336</sup> *Ibidem*.

<sup>337</sup> BARFIELD, T.: *Afghanistan: A Cultural and Political History*. Princeton 2013.

<sup>338</sup> THEIR, J.: *Reestablishing the Judicial System in Afghanistan*. Stanford 2004, s. 9.

<sup>339</sup> IGBINEDION, O.: *The Legal Systems of Afghanistan*. op. cit., s. 6.

<sup>340</sup> BARFIELD, T.: *Afghanistan: A Cultural and Political History*. op. cit., s. 69.

<sup>341</sup> IGBINEDION, O.: *The Legal Systems of Afghanistan*. op. cit., s. 9.



správně zjistit, kdo aplikuje právní pravidla, nedokážeme ani správně identifikovat sama tato právní pravidla. Teprve právo identifikované dle skutečných právních autorit je skutečné právo v Afghánistánu, byť by neodpovídalo nebo bylo dokonce antitezí práva předjímaného v různých projektech právního státu nebo islámského práva, či obecně projektech a realizacích právní změny.<sup>342</sup> V tomto ohledu lze posoudit naši současnou znalost těchto právních systémů jako znalost práva Kapauckých Papuánců v roce 1951. Je to tedy preskriptivní forma vědění, byť vykazuje určitý rozvojový podtext.

Empirické studie o fakticitě práva v Afghánistánu,<sup>343</sup> obsahují velmi precizní vymezení těchto skutečných právních autorit v Afghánistánu. Užívá se pro ně zpravidla termín džirga nebo šúra, což znamená více méně tu samou věc: soudní radu,<sup>344</sup> byť první termín je obvyklejší v jižní části země, zatímco druhý v severní. Přestože mnohé studie<sup>345</sup> limitovaly tyto soudní rady na tribální, semi-tribální, nomádické nebo venkovské prostředí, je dnes již jisté, že džirga, šúra a jejich ekvivalenty jsou užívány univerzálně ve všech segmentech afghánské společnosti včetně de-tribalizovaných komunit v městských střediscích (a to bez jakéhokoliv zahrnutí představitelů státu) pro řešení sporů ohledně „finančních transakcí, manželství, správy majetku stejně jako rodinných a obchodních sporů.“<sup>346</sup> Yousufzai a Gohar podobně uvádějí, že džirga je „jediným nositelem spravedlnosti,<sup>347</sup> jenž „operuje (...) mnoha horizontálními a vertikálními způsoby“<sup>348</sup> jako „dispute-resolution

---

<sup>342</sup> BENDA-BECKMANN, F., BENDA-BECKMANN, K., ECKERT, J., TURNER, B.: *Legal Pluralism*. op. cit., s. 150.

<sup>343</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit.; YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit.; CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit.

<sup>344</sup> Některá objasnění: „Šúra a džirga jsou zaměnitelné termíny pro tradiční způsob rozhodování skrze shromáždění na vesnické, okresní nebo krajské úrovni, první termín je perský/darí a druhý paštunský.“ (USAID 2005: 8) Slovo „šúra“ je obvykle překládáno jako „setkání“ zatímco „džirga“ jako „rada“ (CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 37). Mnoho etnických skupin údajně „postrádá velmi striktně organizované instituce jako džirga, avšak většina z nich má tradici ad hoc vesnických shromáždění (šúra), které provádí mediace a činí rozhodnutí. Rozhodování sporů se spoléhá na vesnické (*rishsafid*, persky; *aqsaqal*, turkicky) nebo důležité politické vůdce, kteří slouží jako soudci nebo mediátoři.“ (BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 11)

<sup>345</sup> Zejména RUBIN, B.: *The Fragmentation of Afghanistan*. New Haven 2002; KHURRAM, K.: *The Customary Laws of Afghanistan*, Kábul 2004. WARDAK, A.: *Jirga: Power and Traditional Conflict Resolution in Afghanistan*. In WALTER, J. (ed.): *Law after Ground Zero*. Londýn 2002; ROY, O.: *Islam and Resistance in Afghanistan*. New York 1985; KAMALI, M.: *Law in Afghanistan: A study of the Constitution, Matrimonial Law, and the Judiciary*. Leiden 1985.

<sup>346</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 5–6, 9.

<sup>347</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 18.

<sup>348</sup> *Ibidem*.

body na všech rovinách,<sup>349</sup> jenž je definován jako „soudní entita“<sup>350</sup> s mnoha jinými funkcemi (legislativními, diplomatickými, exekutivními),<sup>351</sup> která je inherentně propojena s „kodexem,“ který jí poskytuje „jurisdikci a autoritu.“<sup>352</sup> Užívá se pro „soudní proces ohledně velkých i malých zločinů a civilních sporů, avšak také pomáhá urovnávat konflikty a spory mezi jedinci, rodinami, skupinami rodin a kmeny.“<sup>353 354</sup>

Oficiální deklarace Bonnské dohody, že Afghánistán postrádá fungující státní justiční systém, je podpořena zjištěními, že na obecných soudech soudci většinou nejsou přítomni v soudních budovách a úřední hodiny sestávají z nepravidelných krátkých epizod.<sup>355</sup> Se zřetelem jednak na to, že spíše nominálně existující státní justiční systém má sklon odkazovat žalobce na soudní rady<sup>356</sup> prostřednictvím formalizovaného právního mechanismu známého jako *eslaah*,<sup>357</sup> jednak se zřetelem na to, že při absenci jakéhokoliv jiného typu právní autority (s výjimkou mullahů), je užití soudních rad jakožto právních autorit téměř dokonale univerzální napříč afghánskou společností. Tato zjištění klesí cestu novým průzkumům pokládajícím tyto soudní rady (džirgy, šúry apod.) za rovnocenné ekvivalenty moderních západních soudů, a nikoliv pouze za představitele alternativního (mimosoudního) způsobu řešení sporů či restorativní justice, neboť tyto rady jednají jak jako předběžní mediátoři<sup>358</sup> nebo rozhodčí orgány<sup>359</sup>, tak také jako plnohodnotné soudy. Jinými slovy, téměř všechny spory a různé jemně odstíněné varianty sporů a konfliktů, jsou řešeny a rozhodovány různými způsoby v rámci jediné instituce. Dle těchto empirických zpráv je tak skutečné právo v Afghánistánu spojeno s těmito soudními radami (džirgy, šúry apod.). Nicméně zůstává otázka, proč tyto rady nebyly dosud rozpoznány jako ekvivalenty moderních soudů.

Navzdory jistotě údajů, že soudní rady jsou skutečné právní autority v Afghánistánu, jsme na druhou stranu konfrontováni s protichůdnými tvrzeními, které pochází jak z různých dokumentů a z různých částí těchto dokumentů. Jednou se uvádí například, že jejich rozsudky

---

<sup>349</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>350</sup> Ibidem, s. 13.

<sup>351</sup> Ibidem, s. 13–15.

<sup>352</sup> Ibidem, s. 13.

<sup>353</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 9.

<sup>354</sup> Viz též YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 18.

<sup>355</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 11.

<sup>356</sup> Ibidem, s. 13.

<sup>357</sup> Ibidem, s. 31, 38.

<sup>358</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>359</sup> Ibidem, s. 17.

mají kolektivní povahu, podruhé se setkáváme s individualistickým důrazem na konkrétní autoritativní jedince, kteří rozhodují spory prostřednictvím svých vlastních rozhodnutí. Jednou je rovnostářská povaha těchto rad ilustrována na právu každého jednotlivce hovořit k věci, podruhé se hovoří o jedinci nebo vybrané hrstce jedinců, který nebo kteří jsou oprávněni přerušovat ostatní.<sup>360</sup> Někdy jsou opatrné teze smířující oba typy popisů, jako např. „v jejich struktuře je zřejmá jen velmi malá hierarchie,<sup>361</sup> okamžitě konfrontovány s postřehem, že v nich nejsou „jakékoliv hierarchické pozice ani se nevyžaduje status.“<sup>362</sup> nebo právě naopak se připouštějí „ohledy vůči stařešinům,<sup>363</sup> které však nejsou spojeny s „autoritářstvím nebo privilegiem.“<sup>364</sup> Vždy jsou však na soudních radách přítomní určití jedinci, kteří si hrají „se souborem kamínků ležících před nimi jako šachy,<sup>365</sup> a tato hra je chápána jako „zjevné mapování mysli,<sup>366</sup> či jako „techniky k záznamu komentářů či analýze situace.“<sup>367</sup> Ať je tomu jakkoliv, zdá se, jako by autoři těchto popisů měli obtíž s tím odlišit soudní proces, kde jsou přítomny strany sporu, jejich podporovatelé, komunita a její autority různého typu, svědci atd., od soudců, kteří rozhodují, jak bude spor vyřešen. Snad proto, že pro vnějšího pozorovatele se situace tohoto soudního procesu jeví jako neformální a je pro něj obtížné odlišit soudce od jiných autorit, které jsou všechny zpravidla po celou dobu přítomné (či spíše formální atributy těchto rad jsou pod rozlišovací schopností vnějšího pozorovatele). Z pohledu zasvěceného člověka jsou „členové rady“<sup>368</sup> a „účastníci rady“<sup>369</sup> od sebe navzájem jasně odlišitelní na základě oděvu, chování, pozici v soudní radě aj.

Na rozdíl od moderních soudů, které jsou stálými orgány obsazenými kariérními soudci, členové džirgy nebo šúry jsou obvykle vybráni ad hoc spornými stranami<sup>370</sup> nebo komunitou<sup>371</sup> za účelem rozhodnutí konkrétního sporu, takže soudní rada má vždy poněkud jiné složení, spor od sporu. Členové soudní rady rovněž plní řadu jiných důležitých

---

<sup>360</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>361</sup> Ibidem.

<sup>362</sup> Ibidem.

<sup>363</sup> Ibidem.

<sup>364</sup> Ibidem.

<sup>365</sup> Ibidem.

<sup>366</sup> Ibidem.

<sup>367</sup> Ibidem, s. 19–20.

<sup>368</sup> Ibidem.

<sup>369</sup> Ibidem.

<sup>370</sup> Ibidem, s. 52.

<sup>371</sup> Ibidem, s. 53.

funkcí v komunitě. „Afghánská“ soudní rada je tak více „integrální institucí“<sup>372</sup> dané kultury než moderní soud. Avšak složení a velikost soudní rady závisí na povaze případu a zájmu komunity na jeho řešení, džirga či šúra vykazuje jasné formální charakteristiky.<sup>373</sup> Jelikož povaha a stupeň formality závisí na kontextu nejenom mezi národy, ale také v rámci afghánské společnosti, je třeba mít na zřeteli, že stupeň formality se také „mění od místa k místu a že nestranní zprostředkovatelé tak nemusí být vždy snadno identifikovatelní.“<sup>374</sup> To znamená, že jak ornamenty soudního procesu, tak aplikované „normy řešení sporů varíují mezi oblastními a etnickými identitami s tím, že některé vykazují vysoký stupeň koherence a formality (např. pašunský systém džirg), zatímco jiné jsou méně vykrytalizované.“<sup>375</sup> Následkem toho může být konkrétní soudní rada jakožto právní autorita umístěna na „kontinuu sahajícím od velmi neformálních setkání stařešinů, aby řešili záležitosti vesnice (např. oprava mešity), k více formálním, jako jsou džirgy.“<sup>376</sup> Soudní proces uskutečňovaný afghánskou soudní radou je tedy zpravidla pokládán za velmi formální, což naznačuje i skutečnost, že „jsou užívána vybraná slova tak, aby sporná strana nebyla od počátku uražena,“<sup>377</sup> i dekorum a řád řízení, i přítomnost staršinů, i to, že shromáždění na radě je usměřováno vůdci.<sup>378</sup> V tomto ohledu formálnost může splývat se zajištěním bezpečí místa, kde se soudní shromáždění odehrává.<sup>379</sup> Členové džirgy představují na rozdíl od jejich účastníků ekvivalent moderního soudce nebo soudního senátu. Není tak podstatné, že to mohou být „místní, starší a vlivní muži“<sup>380</sup> nebo „bělovoucí muži,“<sup>381</sup> nýbrž to, že jsou respektováni stranami sporu.<sup>382</sup>

Někteří členové „afghánských“ soudních rad jsou nazýváni *spingiri*<sup>383</sup> a *marakachian*.<sup>384</sup> Právní autorita spingiriů spočívá v tom, že určují průběh soudního procesu

---

<sup>372</sup> Ibidem, s. 45.

<sup>373</sup> Ibidem, s. 53.

<sup>374</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan. op. cit., s. 7.

<sup>375</sup> Ibidem, s. 5.

<sup>376</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 3.

<sup>377</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 53.

<sup>378</sup> Ibidem, s. 65.

<sup>379</sup> Ibidem, s. 66.

<sup>380</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>381</sup> Ibidem, s. 20.

<sup>382</sup> Ibidem.

<sup>383</sup> Ibidem.

více než ostatní a že jsou to oni, kdo vynášejí verdikt. Vynesení rozsudku je přitom podmíněno tím, že je třeba o něm přesvědčit celé shromáždění, všechny členy i účastníky soudní rady. Zatímco v moderním kontextu je důraz kladen na oddělenost soudců od stran sporu a na závaznost jejich rozhodnutí bez ohledu na to, jestli s ním souhlasí, na shromáždění džirgy nebo šúry je proces přesvědčování, získávání souhlasu mnohem podstatnější, neboť situace, v níž tyto rady působí, je mnohem více decentralizovaná. „Afghánské“ soudní rady dlí více mezi sociálními skupinami než nad nimi, což je patrné i z toho, že členové rady jsou oslovováni spornými stranami, které se nikdy neoslovují napřímo.<sup>385</sup> Spingiriové „poslouchají a vyslychají strany sporu a svědky, aby odhalili fakta,<sup>386</sup> „diskutují se stranami,<sup>387</sup> „analyzují spor majíce na zřeteli (...) okolnosti,<sup>388</sup> „prověřují zjištěné<sup>389</sup> a „usilují o to nalézt nepodjaté proveditelné a přiměřené rozřešení sporu.“<sup>390</sup> Především však „proces i rozsudek mají podobnou váhu a respekt, jakou mají soudní rozhodnutí v západním právním rámci,<sup>391</sup> takže „obyčejní lidé respektují její [rady – pozn. autora] rozhodnutí.“<sup>392</sup> Navíc spingiriové „jednají jako soudci“<sup>393</sup> a tak je třeba na ně nahlížet jako na ekvivalenty českých soudů. Stejně jako moderní soudy se omezují na právní rozhodnutí, zatímco sankce provádí dobrovolná pořádková síla arbakaj.<sup>394</sup> Shromáždění rady se účastní také džirgamarové,<sup>395</sup> „profesionální vedlejší účastníci“<sup>396</sup> soudního procesu, na něž je třeba nahlížet jako na ekvivalenty českých advokátů a „mahsar/masharan,<sup>397</sup> kteří poskytují nestrannou radu (patrně ekvivalent znalce) khan nebo khanové, kteří zajišťují, že kodex pohostinnosti bude dodržen ve vztahu ke konáním soudní rady. Jedna ze zmíněných empirických zpráv dokonce činí poněkud zobecňující závěr, že „systém kmenové

---

<sup>384</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 9.

<sup>385</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 20.

<sup>386</sup> Ibidem.

<sup>387</sup> Ibidem.

<sup>388</sup> Ibidem.

<sup>389</sup> Ibidem.

<sup>390</sup> Ibidem.

<sup>391</sup> Ibidem, s. 76.

<sup>392</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 36.

<sup>393</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 20, 48.

<sup>394</sup> Ibidem, s. 64.

<sup>395</sup> Ibidem, s. 48–50, 52, 59–61.

<sup>396</sup> Ibidem.

<sup>397</sup> Ibidem, s. 48.

spravedlnosti může být účinně srovnáván s komponenty moderních soudních systémů.<sup>398</sup> Vedle soudních rad však existují i mnohé jiné autority, u nichž by výzkumník měl být opatrný, aby je nezaměnil za právní autority. Kromě pořádkové síly arbakaj se jedná především o míry a wazíry, kteří zajišťují chod bazarů.<sup>399</sup> Avšak i v prostředí bazaru je to opět rada, která jedná jako orgán rozhodující spory: „nepísaným zákonem bazarového života bylo to, že všechny konflikty byly tabu, nicméně jakmile se objevily, musely být okamžitě sprovedeny ze světa (...), každé porušení řádu mohlo být vyřešeno pouze rozhodnutím džirgy.“<sup>400</sup>

## 5.6 Multiplicita právních systémů v Afghánistánu

Analýzy právní plurality většinou nacházejí právo a právní systémy v ohraničených, předem vymezených sociálních jednotkách státu nebo kmene. To je také případ Afghánistánu, kde uznání právního pluralismu bylo dosud omezeno pouze na uznání tří hlavních právních tradic (státní právo, šarija a zvyk/*orf*). Toto omezení se ostatně vyjeví jako naprosto chybné, jakmile založíme svou analýzu práva v Afghánistánu na komparativně založeném pojmu právní autority.<sup>401</sup> Avšak ani snaha porozumět právnímu pluralismu výlučně na základě „některých velmi zjevných etnogeografických rozdílů“<sup>402</sup> nebo na základě konceptu tribálního práva<sup>403</sup> také není vhodným východiskem pro popis multiplicity právních systémů v Afghánistánu. Země je totiž domovem „docela komplikované etnické konfigurace,“<sup>404</sup> která „zamezuje tomu, aby bylo možné dělat definitivní závěry o tom, kdo kde žije, s kým a jaké chování lze od něj očekávat, na základě etnické identity,“<sup>405</sup> neboť „[v]nitřní migrace v Afghánistánu sehrála důležitou roli v etnických vztazích stejně jako v tom, jaké chování lze spojovat s určitými etnickými skupinami.“<sup>406</sup> Tyto migrace nelze výlučně spojovat s válkou,

---

<sup>398</sup> Ibidem, s. 76.

<sup>399</sup> FERDINAND, K.: *Afghan Nomads: Caravans, Conflicts, and Trade in Afghanistan and British India, 1800-1980*. Kodaň 2006, s. 154.

<sup>400</sup> Ibidem, s. 152.

<sup>401</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 44–77.

<sup>402</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 6.

<sup>403</sup> Ibidem, s. 10.

<sup>404</sup> Ibidem, s. 11.

<sup>405</sup> Ibidem, s. 11.

<sup>406</sup> Ibidem, s. 10.

naopak je zde zjevná předválečná kontinuita migrace související s obchodem, pro niž je emblematická postava „obchodujícího nomáda“<sup>407</sup> nebo „tejâra.“<sup>408</sup>

Jestliže jsou právní systémy hluboce propojeny se skutečnými právními autoritami, je třeba udělat dva kroky, abychom správně načrtli „afghánskou“ právní situaci. Zaprvé je třeba opustit ideu tří právních tradic. Ty nejsou ani konstitutivními autonomními segmenty singulárního právního systému, ani třemi autonomními právními systémy či duálními, paralelními právními systémy (například „formální“ a „neformální“). Zadruhé je třeba identifikovat skutečné právní systémy v Afghánistánu dle narkh,<sup>409</sup> svébytné tradice sestávající ze souboru precedentů, jejichž referenční bod je konkrétní nativní komunita. Ačkoliv na okrajích „afghánské“ situace existuje marginální státní justiční systém, jehož soudy obsazené ‘ulamā či sekulárními soudci se zabývají specifickými případy týkajícími se státní byrokracie a zločinů proti Islámu, jediné účinné a komplexní právní systémy lze ve skutečnosti dohledat pouze pod kódovými označeními „zvykové právo,“ „neformální právo“ či „nestátní právo“ nebo též *orf*. Avšak na rozdíl od toho, co tyto nálepky mohou naznačovat, těchto právních systémů je v Afghánistánu nespočet: „jejich zvláštnosti varíují široce a často idiosynkraticky,“<sup>410</sup> neboť „různé kmeny mohou mít odlišný narkh pro podobné případy.“<sup>411</sup> Ostatně i tam, kde je místo důležitější než klanová příslušnost, „praxe a aplikace varíují lehce od místa k místu.“<sup>412</sup> Co více, tyto právní systémy (narkh) se mění z jedné právní roviny na druhou, až na „nejnižší rovinu identity,“<sup>413</sup> neboť právní autority operují mnoha horizontálními a vertikálními způsoby.<sup>414</sup> Ani jeden jediný komponent těchto právních systémů není universální napříč zemí – například pravidla dokazování se mění od místa k místu.<sup>415</sup>

---

<sup>407</sup> FERDINAND, K.: *Afghan Nomads: Caravans, Conflicts, and Trade*. op. cit., s. 154; FREDERIKSEN, B.: *Caravans and Trade in Afghanistan: The Changing Life of the Nomadic Hazarbutz*. Londýn 1996; PEDERSEN, G.: *Afghan Nomads in Transition: A Century of Change among the Zala Khān Khēl*. Kodaň 1994; MARSDEN, M.: *Trading Worlds: Afghan Merchants across Modern Frontiers*. op. cit.

<sup>408</sup> Ibidem.

<sup>409</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 6.

<sup>410</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 6.

<sup>411</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 21.

<sup>412</sup> Ibidem.

<sup>413</sup> Ibidem, s. 25.

<sup>414</sup> Ibidem, s. 12.

<sup>415</sup> Ibidem, s. 78.

Všudypřítomný princip „rovnosti mužských členů komunity“<sup>416</sup> je třeba chápat jako indikátor, že rodina představuje nejnížší právní rovinu, zatímco nejvyšší je zjevně představována mezikmenovými sodalitami.

## 5.7 Mezi- a vnitroskupinové právní autority

V symbolických reprezentacích afghánského práva, zejména v empirických zprávách, se však poměrně často s inherentně protikladnými tvrzeními o povaze skutečných právních autorit, soudních rad (džirg). Například se uvádí, že „[t]radiční místní rozhodovací procesy v Afghánistánu jsou pravděpodobně více egalitární ve svém vnějším zjevu, než ve skutečnosti.“<sup>417</sup> Určitým klíčem k vysvětlení tohoto jevu je „vysoký stupeň mobility džirg“<sup>418</sup> a analytické rozlišení mezi vnitroskupinovými a meziskupinovými právními autoritami.<sup>419</sup> Rozpor mezi egalitární a autoritativní povahou „afghánských“ soudních rad může být s pomocí těchto náhledů smířen a zároveň můžeme dojít k hlubšímu porozumění zvláštní povahy těchto decentralizovaných právních autorit na základě jejich funkční podobnosti s moderním *comitas gentium*. Systém „afghánských“ soudních rad je totiž vystavěn na základě některých právních institutů, které se nápadně podobají *comitas gentium* a mezinárodním civilním soudním procesům. Jedná se například o „souhlas stran [že akceptují danou právní autoritu jako legitimní – pozn. autora] před vynesením rozsudku,“<sup>420</sup> což je zřejmý ekvivalent moderního *prorogatio fori* (tj. dohody stran z různých zemí o volbě soudu v jedné zemi), nebo *baramta*, což je zpravidla finanční záruka či záruka spočívající ve zbrani odevzdané právní autoritě, která propadá při nerespektování rozsudku,<sup>421</sup> případně opět zřejmý ekvivalent moderního institutu *cautio judicatum solvi* – záruka vyžadovaná po žalobci, který je cizincem, apod.

Jinou vnitřní rozpornost vystihují na jedné straně postřehy v tom smyslu, že rozhodnutí soudní rady musí být srozumitelně „zdůvodněno pro obě strany,“<sup>422</sup> aby mohlo

---

<sup>416</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 6.

<sup>417</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 38.

<sup>418</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 29.

<sup>419</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 7–9.

<sup>420</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 21.

<sup>421</sup> BARFIELD, T.: *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Justice Institutions*. Washington 2003, s. 11.

<sup>422</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 21.



„být implementováno efektivně,“<sup>423</sup> což činí z „afghánského“ soudního procesu cosi jako mediaci postrádající prvořadou třetí stranu, autoritu v západním slova smyslu. Na druhé straně se pak jedná o pozorování, že tyto soudní rady mohou užívat „mocné sankce k vynucení svých rozsudků,“<sup>424</sup> vůči těm, kdo se těmto rozsudkům nejsou ochotni podřídit, včetně ostrakismu, spálení domu nebo propadnutí záruky.<sup>425</sup> Nicméně nejefektivnějším prostředkem, jak spornou stranu přesvědčit k poslušnosti vůči rozsudku, který se jí nepozdává, je prostředek mnohem jemnější a nenápadnější vyplývající z přirozenosti věcí, totiž sám kodex pohostinnosti. Ať už se právní autorita (členové soudní rady) sama chopí iniciativy a jde vyjednávat tu s jednou, tu s druhou spornou stranou, nebo jedná na základě jejich pozvání, vykonává v podstatě návštěvu a sporné strany vůči ní mají povinnosti hostitele. Tyto povinnosti trvají, dokud se právní autorita zdržuje na místech, kde není doma, například ve vesnici, kde spor probíhá. To platí i přesto, že samotný finální soudní spor se odehrává na neutrální půdě, zpravidla pod širým nebem, na místě zabezpečeném uznávanými místními autoritami. Procesní úkony směřující k urovnání sporu lze uskutečňovat „jak na dálku prostřednictvím [členů soudní rady] nebo z očí do očí,“<sup>426</sup> v místě, kde je shromážděna soudní rada. Povinnost hostit právní autoritu je tedy jedním z nejúčinnějších prostředků, jak zajistit akceptování jejího rozhodnutí, neboť pohostinnost je nákladná, a pokud se soudní proces prodlužuje kvůli odvolání, počet členů soudní rady na prvním i druhém odvolacím stupni vzrůstá, pohostinnost se velmi prodraží, ba dokonce může být ruinující. Sporné strany v ní však spatřují prostředek, jak si právní autoritu naklonit na svou stranu. Právo pohostinnosti tak představuje hlavní pojítka mezi legitimizujícím schválením právní autority ze strany sporných stran a následnou ochotou podřídit se jejímu autoritativnímu rozhodnutí. Pohostinnost je tak v jistém smyslu objektivní okolností, formou tlaku působícího vedle respektu k autoritě jako k druhému, k mocnému sousedu či návštěvníkovi (meziskupinový respekt), který umožňuje onu zvláštní kombinaci autoritativnosti a rovnosti.

Spor o egalitární versus hierarchickou povahu afghánské společnosti nicméně jasně naznačuje, že autorita „afghánských“ soudních rad (džirg a šúr) je dvoudimenzionální a lze tak užít dva typy respektu (vzájemný meziskupinový respekt a jednostranný vnitroskupinový respekt), abychom identifikovali dva typy soudních rad z hlediska členů dané sociální

---

<sup>423</sup> Ibidem.

<sup>424</sup> Ibidem.

<sup>425</sup> Ibidem, s. 21–22.

<sup>426</sup> BARFIELD, T.: *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Justice Institutions*. Washington 2003, s. 12.

skupiny, například kmene, či naopak vnitřní a vnější dimenzi právní autority z hlediska jejich představitelů. Tomu odpovídají dva způsoby, jimiž se „afghánské“ soudní rady skládají. Jednak mohou reprezentovat určitou sociální skupinu („spornou stranu, vesnici, kmen či celou oblast“)<sup>427</sup> vůči jiným obdobným sociálním skupinám, jednak působí jako právní autorita pro danou sociální skupinu – (v dřívějším případě stranu soudního procesu). „Afghánská“ soudní rada coby složený soud je právní autorita vyšší právní roviny a je složená ze soudních rad nižší právní roviny. Složený soud, či složená soudní rada tak představuje splynutí meziskupinové vyjednávací funkce dvou či více vnitroskupinových soudních rad či jejich vnitroskupinových funkcí (které zahrnují právě i prosazení pravidel či rozsudků schválených v rámci složeného soudu), a slouží k řešení konkrétních konfliktů nebo sporů (není to tedy soudní orgán stálého charakteru, který by fungoval obecně).

Přestože jsou zde mnohé podobnosti mezi českými soudy a „afghánskými“ soudními radami, nalezneme mezi nimi též významné rozdílnosti. Zejména právě meziskupinový rozměr soudních rad reflektující její decentralizovanou povahu a její zapojení do obchodní směny. Ačkoliv termín směna je velmi obecný a flexibilní, lze konstatovat, že z určitého úhlu pohledu český soud, ostatně jako jakýkoliv jiný moderní soud, stojí nad směnou. Je od ní formálně oddělen. Tato jeho pozice zpravidla vyžaduje složité studium mobilních důkazů, tj. obvykle textů, které byly přeneseny na soudcův psací stůl ze světa mimo soudní palác či soudní síň. V obchodních věcech to v podstatě znamená, že kontrakt je uzavřen přímo mezi obchodníky a soudce se s ním seznámí teprve v okamžiku přenesení případného sporu před soud. V porovnání s tím však autorita džirgy nebo šúry není omezena na studium důkazů v nějakém vymezeném prostoru, jakým by mohla být například soudní síň. Právě naopak, členové soudní rady jsou velmi často zahrnuti do směny coby zprostředkovatelé umožňující uzavření dohody a uskutečnění transakce bezpečným způsobem. Nejenže působí jako „struktura a místo k řešení rozdílů mezi skupinami v konfliktu“<sup>428</sup> a „medium komunikace mezi soutěžícími skupinami a kmeny,“<sup>429</sup> nýbrž také slouží ke zprostředkování „problémů, o nichž se nevede spor, či pouhých návrhů“<sup>430</sup> mezi kontrahenty a obchodníky. Obecně lze konstatovat, že „afghánské“ soudní rady tak reprezentují jednu sociální skupinu (rodinu, klan, skupinu), aby „navrhla novou ideu jiné rodině, klanu nebo skupině.“<sup>431</sup>

---

<sup>427</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 45.

<sup>428</sup> *Ibidem*, s. 55.

<sup>429</sup> *Ibidem*.

<sup>430</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>431</sup> *Ibidem*.

Konkrétně v obchodních věcech soudní rada může zprostředkovat návrh jedné strany k dohodě o „koupí či prodeji“<sup>432</sup> a přijetí návrhu druhé strany. Sám negociační proces, který vede k uzavření smlouvy, je směřován skrze autoritativní a ceremoniální kontext, jenž je respektován oběma smluvními stranami (rituální smlouva). Takto vyjednaná smlouva zahrnuje inherentní pod-dohodu, že členové soudní rady budou vyjednávači mezi smluvními stranami.

Tato distinkce mezi „afghánskou“ radou jako soudem a „afghánskou“ radou jako účastníkem směny je konceptualizována jako *islahi džirga/šúra* (soud) a *mašwarati džirga/šúra* (rada vytvářející souhlas). Zmíněná *islahi džirga/šúra* (soud) může řešit problémy od sporů mezi jedinci po mezinárodné, meziklanové spory, i spory mezi skupinami vyšších úrovní. Zmíněná *mašwarati džirga/šúra* (rada vytvářející souhlas, obchodní rada) na sebe bere dvě formy, obchodní a politickou. Zatímco obchodní rada je užívána k uzavření „dohod o právních, finančních a ekonomických mechanismech všedního dne, jako jsou manželství napříč skupinami, finanční úvěry, prodej majetku, obchodní partnerství, hospodářská zvířata a závěti,“<sup>433</sup> politická rada je spíše diplomatický kanál pro vyjednávání v otázkách války, míru a spojení. Obchodní rada, která představuje tutéž autoritu zapojenou do obchodní směny, jak jsem ji popsal výše, může být nahlížena jako substitut písemného kontraktu nebo naopak, písemný kontrakt může být nahlížen jako chronologicky novější varianta kontraktu. V prvním případě jsou to nicméně členové soudní rady, kteří jednájí „jako svědci ověřující smlouvu, např. manželství, obchodní partnerství, koupě a prodej majetku nebo dohodu o úvěru.“<sup>434</sup> Ať tak či onak, členové soudní rady nemají „ani zisk z toho, že plní funkci svědků, ani se neúčastní realizace výsledku smlouvy.“<sup>435</sup> Spíše se zdá, že funkce ověřujícího svědka se opírá o čest a přispívá k alokaci cti členů soudní rady. Kromě toho takové zapojení do směny činí dokazování mnohem snazší záležitostí v případě „pozdějšího sporu nebo porušení smlouvy jednou nebo oběma stranami.“<sup>436</sup> Takové uspořádání definitivně rozmlžuje jasnou dělící linii mezi obchodem a diplomacií.<sup>437</sup> Zapojení členů soudní rady do směny tímto způsobem má patrně významný vliv na porozumění rozsuzování sporů, při němž oprávnění právní autority vydat rozsudek musí být předem schváleno oběma

---

<sup>432</sup> Ibidem.

<sup>433</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 6.

<sup>434</sup> Ibidem, s. 7.

<sup>435</sup> Ibidem.

<sup>436</sup> Ibidem.

<sup>437</sup> Viz též MARSDEN, M.: *Trading Worlds: Afghan Merchants across Modern Frontiers*. op. cit.

spornými stranami. Někteří autoři dokonce spekulovali o tom, že rozhodnutí džirgy nebo šúry není vůbec právním rozhodnutím v tradičním slova smyslu, neboť dělicí linie mezi smlouvou a rozsudkem není zcela jasná.<sup>438</sup> Tento argument byl podpořen okolností, že termín pro rozsudek (faisala) není vůbec místního původu, nýbrž se jedná o výpůjčku z arabského jazyka.<sup>439</sup> Nicméně tato teorie je zjevně nesprávná, neboť v afghánském právním prostředí existují ekvivalenty pravomocného soudního rozhodnutí (waak) a nepravomocného rozhodnutí (haq), a tedy i odvolací systém, byť má velmi odlišnou vnější podobu od odvolacího systému moderních národních států. Ať je tomu, jak chce, termín waak neznamená ve své podstatě rozsudek ani rozhodnutí, ale naopak znamená jak autoritu, tak aprobaci autority, souhlas stran s jejím oprávněním vydat rozhodnutí.<sup>440</sup> Ač je tento aspekt někdy viděn jako potenciální rozdíl mezi právem v Afghánistánu a moderním právem, ve skutečnosti je to jistý druh funkční podobnosti.

Právní povaha džirgy nebo šúry se zdá být omezena na určitou úroveň sociálního sdružování, mimo niž jedná spíše jako diplomatický orgán. Například „[k]dyž sporné strany náleží k odlišným kontextům, džirga se musí stát určitým orgánem, jenž podniká vyjednávání nebo mediace, ale nikoliv rozhodování.“<sup>441</sup> Jak vyplývá z této výzkumné zprávy,<sup>442</sup> odlišnými kontexty jsou míněny odlišné právní systémy. Nicméně rozdíl mezi vnější a vnitřní dimenzí „afghánských“ soudních rad se neomezuje pouze na vzájemné vztahy nativních komunit, jako jsou kmeny či klany. Vztahuje se na všechny roviny sociálního sdružování (vytváření sociálních skupin) směrem nahoru i dolů. Pojem sociální skupina a sociální sdružování jsou tradičně velmi flexibilní a mohou být užity na „spory mezi jedinci, rodinami, vesnicemi či kmeny,“<sup>443</sup> takže rozdíl ve vytváření vně- či vnitroskupinové dimenze soudních rad představuje spíše rozdíl v jejich stupni (právní rovině) než rozdíl v jejich podstatě, neboť vztahy mezi nativními komunitami mohou být užity k vytvoření či k nastolení sociální skupiny vyšší úrovně sdružování (a tím i vyšší právní roviny), zatímco vztahy uvnitř nativní komunity mohou být užity k nastolení právní autority na nižších úrovních sociálního sdružování (nižší právní roviny). V každém případě je třeba, aby počet právních rovin

---

<sup>438</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 81.

<sup>439</sup> Ibidem.

<sup>440</sup> Ibidem, s. 21, 49, 64.

<sup>441</sup> Ibidem, s. 62.

<sup>442</sup> Ibidem.

<sup>443</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 6.

v konkrétní situaci byl vždy pečlivě zjištěn. Nestací, abychom rozlišovali mezikmenové a lokální spory.<sup>444</sup>

Jelikož právní roviny odráží způsob, jakým se skupiny v rámci afghánské společnosti sdružují dohromady, význam sporů může ovlivňovat nejen samotné sporné strany, nýbrž i sociální skupiny, jejichž jsou členy, a to na různých úrovních. Z malého sporu se tak postupně může stát spor, který ovlivňuje celé komunity, a tak již samy spory v sobě nesou semena, z nichž mohou vyrůst právní sodality. Tento potenciál v sobě mají v zásadě všechny spory, které překračují hranice konkrétní sociální skupiny. Snaha porozumět této skutečnosti vytváří v moderním juristickém způsobu uvažování značnou zátěž, neboť je provázána s velmi specifickým pojetím spatio-temporality (právní modalita). V moderní společnosti jsou státní hranice absolutními dělicími příčkami přinejmenším v oblasti práva. Právní systémy národních států jsou přísně omezeny na teritorium konkrétní země a vztahy mezi soudními orgány této země konstituují vskutku autonomní, vnitřní právní život v rámci těchto hranic. To není případ vztahů mezi soudními radami a právními systémy různých nativních komunit v Afghánistánu. Naopak, pro jejich autonomii je důležitá v první řadě sociální a prostorová vzdálenost, nikoliv státní hranice. V některých ohledech se tak více podobají spíše některým jevům mezinárodního či nadnárodního práva. Jelikož skutečné právní autority v Afghánistánu jsou navíc vysoce mobilní, složené soudy mohou být snadno utvořeny z členů odlišných soudních rad rozdílných nativních komunit, jak se uvádí například v jedné z výzkumných zpráv:

„Staršinové dvou vesnic v takovém případě budou nejprve rozvažovat danou věc sami a poté se mohou na základě konzultace se stranami dohodnout na vytvoření kolektivní džirgy nebo požádat jednu z džirg, aby se o tento případ postarala. Zatřetí, když sporné strany bydlí v různých místech a nesdílí stejný kodex paštúnvální, džirga žalobce bude přistupovat k druhé sporné straně jakožto delegát nebo rada žalobce. Toto je více diplomatická role džirgy, kdy reprezentuje zájmy té strany, z jejíž iniciativy jedná.“<sup>445</sup>

Ačkoliv mezietnické sodality mají zjevné atributy autority, v každém z daných případů je tak nicméně nutné pečlivě studovat, zda její autorita má i právní povahu nebo zda je jen diplomatickým či obchodně-negociačním orgánem. Avšak je více než jisté, že v některých případech jsou mezikmenové i jiné sodality právními autoritami, neboť „vytvářejí zákony

---

<sup>444</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 75–76.

<sup>445</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 62–63.

a pravidla pro kmen.<sup>446</sup> Z tohoto hlediska musí být vztah mezi vnitro- a mezi-skupinovou dimenzí „afghánských“ soudních rad hluboce přehodnocen, neboť její členové pouze neasistují při uzavírání obchodních dohod či politických aliancí, nýbrž džirgy z různých sociálních segmentů vytvářejí složené soudy vyšší právní roviny (na základě vztahu džirga-džirga) a mohou nejen vynášet rozsudky závazné pro obě nativní komunity, které byly zataženy do sporu, nýbrž i uzavírat nepsané mezikmenové smlouvy, které mohou vyústit ve změnu zákonů v každé z jejich prostřednictvím zúčastněných komunit. Vedle této meziskupinové dimenze soudních rad v Afghánistánu existují ještě jiné právní praktiky, které podporují představu, že tyto skutečné právní autority jsou docela mobilní, a sice „praktiky užívání členů nebo respektovaných outsiderů vybraných spornými stranami jako těch, kdo zjišťují fakta a vynášejí rozsudky.“<sup>447</sup> Je přitom zajímavé, že tato praxe je pravděpodobně omezena jen na etnickou skupinu: „Tento systém tak nejlépe funguje v malých komunitách a může být někdy rozšířen na odlišné komunity v rámci etnické skupiny.“<sup>448</sup> Důvod tohoto etnického omezení však není zatím znám.

## 5.8 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a afghánským státním právem

Ačkoliv v některých výjimečných případech mohou soudní rady scházející se pod širým nebem zahrnovat státní komponent – zejména v Pákistánu je představitel státu někdy přítomen na shromáždění soudní rady, v Afghánistánu není takové zapojení státu obvykle tolerováno.<sup>449</sup> Stejně tak dále rozebereme, že ač náboženství je společným elementem soudních rad, nejedná se ani o státní ani o náboženský soud. Na rozdíl od mnoha zemí (například Libanon, Izrael) Afghánistán nemá jakékoliv vnitřní kolizní normy, pravidla, která by řešila kolizi různých právních systémů existujících uvnitř země. Tato skutečnost zmátla některé moderní juristy, kteří se snažili, jak jsem již naznačil výše, různými návrhy tuto situaci napravit. Jelikož předpokládali, že jsou to zpravidla tři právní tradice (státní právo, *šarija* a *zvyk/orf*), které jsou ve vzájemné kolizi, jejich řešení se ani náznakem nedotkla reálné podoby právních systémů v Afghánistánu. Možná řešení těchto předpokládaných právních kolizí spočívala v zavedení hierarchie mezi těmito tradicemi na základě

---

<sup>446</sup> Ibidem, s. 47.

<sup>447</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 6–7.

<sup>448</sup> Ibidem.

<sup>449</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 65.

předpokladu, že jejich vzájemné vztahy nejsou ustáleny;<sup>450</sup> vzájemné uznání těchto právních tradic;<sup>451</sup> přesné oddělení těchto tradic na základě předpokladu, že státní právo má být zodpovědné za haq ul-Allah (práva Boha), zatímco nestátní právo za haq ul-Abd (práva osob);<sup>452</sup> nebo odstranění zmatení způsobeného nároky těchto tradic na universální legitimitu přesným vymezením jejich domén.<sup>453</sup> Tyto návrhy jsou nekoherentní s fakticitou práva v Afghánistánu, což nás vede zpět na začátek: je obtížné určit, co je v Afghánistánu aplikovatelné právo, neboť „neformální systém“<sup>454</sup> je „kritický pro rozhodování sporů“.<sup>455</sup> Z této perspektivy ve stručnosti zrevidujeme tyto návrhy tím, že prozkoumáme jejich základní předpoklady, zejména pak vztah skutečných právních autorit k právním tradicím.

Vytvoření státního práva je zpravidla chápáno jako cesta k vymýcení vnitřních konfliktů. Ať už je tomu jakkoliv, v Afghánistánu byla kodifikace a modernizace jedním z mnoha faktorů, které způsobily vnitřní konflikt. V této situaci je zřejmé, a lze to demonstrovat v mnoha ohledech, že ani státní právo ani státní justiční systém nepředstavuje místní ekvivalent moderního justičního systému, jak z juristické, tak z antropologické perspektivy. Zaprvé, přestože státní soudy v Afghánistánu nominálně existují, „postrádají autoritu.“<sup>456</sup> Zadruhé, státní právo je popisováno jako „právní systém roztrhaný na cucky“,<sup>457</sup> nebo jako „chaotická přehlídka nefunkčních soudů.“<sup>458</sup> Zatřetí, teritoriální a věcná působnost afghánského práva je tak limitovaná, že jí lze lokalizovat v podstatě pouze v Kábulu a vztahuje se pouze na nepatrný segment případů (týkající se státní byrokracie a porušování Islámu), k nimž došlo v Kábulu nebo které byly přeneseny do Kábulu. Někteří autoři uvádí, že pokud je v zemi nějaké místo, kde se lze setkat s fungováním státního práva, pak je to v Kábulu, ale i tam převládá systém soudních rad, džirg.<sup>459</sup> Někdy se uvádí, že státní právo

---

<sup>450</sup> JONES-PAULY, Ch., NOJUMI N.: *Balancing Relations between Society and State: Legal Steps toward National Reconciliation and Reconstruction of Afghanistan*. In *The American Journal of Comparative Law* 52, 4 (2004): 825–857.

<sup>451</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 21–23.

<sup>452</sup> *Ibidem*, s. 23–24.

<sup>453</sup> EDDY, J. *Rule of Law in Afghanistan: The Intrusion of Reality*. op. cit., s. 6.

<sup>454</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 11.

<sup>455</sup> *Ibidem*.

<sup>456</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>457</sup> *Ibidem*, s. 2.

<sup>458</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>459</sup> *Ibidem*, s. 5.

existuje v hustě osídlených oblastech, v klíčových městech, avšak tato tvrzení přehlížejí, že drtivá většina sporů v těchto oblastech je rozsuzována soudními radami, nikoliv státními soudy, jejichž existence je tak nadále pouze nominální. Začtvrté, naším prvním antropologickým reflexem by měla být otázka, zda oficiální státní soudy ve skutečnosti jsou soudy nebo zda se nejedná jen o určitý typ vrchnostenského úřadu exekutivního typu. Jsou zde přinejmenším dva důvody pro takové pochybnosti. Barfield, Noujumi a Their<sup>460</sup> zdůrazňují, že například zpráva Asijské nadace<sup>461</sup> zjišťuje, že pouze 16% Afghánců by předložilo svůj případ státnímu soudu a že by tak pravděpodobně udělali, pokud by byli privilegovanými osobami, neboť v tom případě by státní soudy zasáhly v jejich prospěch (takové je přinejmenším obecné vnímání těchto soudů). Problém s touto zprávou je ale v tom, že je prováděna pouze na tzv. bezpečných místech, aniž by reflektovala, že jejich rozsah se stále zmenšuje.<sup>462</sup> Nedostatek soudců na státních soudech představuje překážku pro ekonomicky znevýhodněné jedince a rodiny, které si nemohou dovolit čekat každý den u dveří soudu, zejména když jsou ve sporu s významným členem komunity, který si může zakoupit rozhodnutí ve svůj prospěch. Nedostatek nestrannosti tak zpochybňuje legitimitu autority těchto soudů a jejich vzdálenost od nativních komunit účinnost jejich rozhodnutí, jejich „středisko právní moci.“<sup>463</sup> Ve výsledku se tak tyto soudy skutečně jeví spíše jako administrativní a exekutivní orgány s omezeným akčním rádiem. Jejich rozhodnutí navíc nejsou uznávána ze strany „afghánských“ soudních rad kvůli jejich nespravedlnosti<sup>464</sup> a běžná populace má tendenci spatřovat jejich funkci jen v tom, že obtěžují, zatýkají a uvěznují, aniž by tím jakkoliv přispívaly k bezpečnosti a spravedlnosti. Jinou otázkou je, na jaké zákony tyto státní soudy odkazují ve svých rozhodnutích. Paradoxně ani na těchto soudech se zpravidla nesetkáme s aplikací státních zákonů, které spíše odkazují na Islám a kmenové zvyklosti, neboť jen ty mohou dodat jejich rozhodnutím určitou míru legitimacy u populace

---

<sup>460</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>461</sup> Zprávy Asijské nadace jako je například zmíněná (ASIA FOUNDATION: *Afghanistan in 2006: A Survey of the Afghan People*, New York 2006) jsou známy pro nevěrohodnost svých dat a pro značné přehánění ve prospěch projektů majících údajně reformovat státní justiční systém. (CHAYES, S.: *In Afghanistan, It's Not All in the Numbers*. Carnegie Endowment for International Peace. Washington 2006).

<sup>462</sup> CHAYES, S.: *In Afghanistan, It's Not All in the Numbers*. op. cit.

<sup>463</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 115–118.

<sup>464</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 25, 30.



Afghánistánu. Státní zákony a státní práva tedy obecně nejsou chápány jako prameny práva.<sup>465</sup>

## 5.9 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a právem šarija

Právo šarija není v Afghánistánu zcela jednoznačně odlišitelné od právních systémů spojených se soudními radami,<sup>466</sup> neboť jsou místními populacemi obvykle ztotožňovány jako jedno a totéž. Ačkoliv je právní zdůvodňování členů soudních rad (spingiriové) založeno jak na lokální tradici a vědění, tak na odkazech na Islám,<sup>467</sup> skutečné („neformální“) právní systémy jsou v zásadě ne-náboženské, přinejmenším v západním slova smyslu.<sup>468</sup> Přestože mnoho jejich pravidel může být chápáno jako součást práva šarija nebo může být pro právo šarija relevantní, interpretace tohoto práva soudními radami v Afghánistánu se v podstatě dosti odlišují od jiných verzí práva šarija, které jsou známé v muslimském světě. Zároveň je však třeba dodat, že jakékoliv rozpornosti mezi právem šarija a skutečně aplikovanými právními pravidly jsou ze strany muslimských učenců obvykle nahlíženy z ortodoxního hlediska, které nebere v úvahu reálnou mnohočetnost práva šarija v muslimském světě. Venkoncem jejich ortodoxní hodnocení místních verzí práva šarija může být kamuflované prosazování vlastních kulturních měřítek na jiné oblasti stejně jako v případě západních pojetí práva v rámci projektů právní modernizace. Co se týká sociální organizace džirgového nebo šúrového soudního procesu, nezdá se být založena na jakýchkoliv náboženských předpokladech, či, přesněji řečeno, je založena na hodnotě autonomie sociálních skupin a podskupin, jejichž členové jsou účastníky sporu, čímž se velmi podobají dharmické sociální organizaci práva. Na rozdíl od českých soudů, které formálně čerpají svou legitimitu od státu coby suveréna (tj. sekulárního následníka absolutistických monarchií), v případě soudních rad v Afghánistánu nenajdeme jakékoliv podobné abstraktní zdůvodnění jejich oprávnění rozhodovat spor (jurisdikce). Na druhou stranu je jejich jurisdikce založená zpravidla na souhlasu stran nebo jejich nativních komunit na vyšší právní rovině, spočívající v tom, že budou akceptovat jejich verdikt. Jinými slovy, v podmínkách skutečných právních systémů v Afghánistánu lze hovořit o korespondenci mezi skutečnými právními praktikami,

---

<sup>465</sup> Ibidem, s. 9. Vedle soudů zahrnují některé zprávy do státního justičního systému také místní oddělení huquq („občanských práv“), detašovaná pracoviště afghánského ministerstva spravedlnosti, jejichž právní povaha je nejasná. Jedná se patrně o jakési poradny.

<sup>466</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 9.

<sup>467</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 20, 61.

<sup>468</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 8.

tradičními hodnotami, systémem víry a učením Islámu,<sup>469</sup> ale pokud jde o sociální kompozici soudních rad, nevztahuje se k jakémukoliv teoretickému rozdělení mezi autoritou a stranami sporu – jako v případě moderního, západního soudu nebo koloniálního soudu opírajícího se o kodifikované „zvykové právo.“ Kromě toho náboženští nebo duchovní vůdci mohou v rámci soudní rady působit jako znalci, soudci, konzultanti, ale někdy nemusí být vůbec přítomni.<sup>470</sup> Jednoduše řečeno, náboženská složka není definující ani klíčová charakteristika „afghánských“ soudních rad. Představitelé náboženství mohou mít v rámci shromáždění soudní rady autoritativní hlasy, neboť ty „dodávají prestiž, protože jsou s to urovnat je [spory] způsoby, které ponechávají čest obou stran nedotčenou,<sup>471</sup> ale to ještě neznamená, že jejich autorita je automaticky právní povahy.

### **5.10 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a orf(y), „zvykovými“ právními systémy**

Multiplicita právních systémů v Afghánistánu se nezastavuje podél linií etnických rozdělení, ale dosahuje mnohem hlouběji. Je ostatně paradoxem, že právní systémy, které jsou obvykle klasifikovány jako „tradiční“, „neformální“, „zvykové“, nebo jako „orf“ či „anana“ („zvyk“), se „mění každých pár mil,<sup>472</sup> přičemž se velmi často zároveň objevují i tvrzení, že právní systémy napříč jižními oblastmi Afghánistánu jsou víceméně stejné.<sup>473</sup> Ať je příčina jakákoliv, je jisté, že každý z těchto právních systémů má svůj vlastní narkh (soubor precedentů), který se mění oblast od oblasti a kmen od kmene.<sup>474</sup> (Deklarovaná stejnost právních systémů tak může být universalistická rétorika prosazovaná právě mezikmenovými právními sodalitami, které potřebují opřít souhlas se svým právním rozhodnutím, včetně aplikovaných právních pravidel, o určitou představu spravedlnosti, která jinak značně zpochybňuje skutečnost, že každá nativní komunita v dané oblasti má své vlastní „tradiční metody zacházení s konfliktem. Pokud je zde několik podskupin v džirze, určitý kompromis

---

<sup>469</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 82.

<sup>470</sup> *Ibidem*, s. 48.

<sup>471</sup> BARFIELD, T.: *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Justice Institutions*. op. cit., s. 11; ZADRAN, A.: *Socioeconomic and Legal-Political Processes in a Pashtun Village, Southeastern Afghanistan*. Ann Arbor 1977, s. 221.

<sup>472</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit. s. 77.

<sup>473</sup> *Ibidem*.

<sup>474</sup> *Ibidem*.

ohledně pravidel, která se budou aplikovat, musí být dosažen předtím, než dojde k vynesení rozsudku.<sup>475</sup>

Je třeba rovněž zmínit, že dosavadní znalosti „zvyku (orf nebo anana), jehož příklady zahrnují paštúnváli,<sup>476</sup> jsou poněkud fragmentární. Například paštúnváli je vymezeno jako „orální tradice, která sestává z obecných principů a praktik (tsali), které se aplikují na specifické případy (...) badal (msta), melmastijá (pohostinnost), a nanawatei (azyl). Navíc to valorizuje akumulaci osobní cti (ghayrat) a obranu proti urážkám vůči cti skupiny nebo jejích žen (namus).“<sup>477</sup> Avšak mnoho afghánských právních expertů si není jisto ohledně povahy tohoto normativního systému. Můžeme se setkat s kategorickými, avšak protichůdnými argumenty, že se jedná o právní systém, kodex cti, soubor kulturních norem nebo morální kodex. Každý z těchto normativních systémů, spíše než paštúnváli jako celek, je definován jako „inkluzivní kodex chování řídící všechny aspekty (...) chování,<sup>478</sup> nebo jako „soubor pravidel, nařízení, zákonů, étosu a morálních standardů.“<sup>479</sup> Již z toho důvodu etnografické zachycení jen jednoho z nesčetných právních systémů, které jsou označovány souhrnným krycím názvem orf, anana nebo paštúnváli, stěží může představovat reprezentativní vzorek, který by mohl být transferován jako cizí právo do kontextu západních soudů. Vzhledem k existenci ne jednoho, ale mnoha orfů, je rozsah jejich spaciotemporální validity neznámý, stejně jako jejich počet.

Jelikož tyto právní systémy, spojené se soudními radami, jsou komplexní,<sup>480</sup> není třeba je doplňovat žádnými státními zákony k tomu, aby mohly fungovat. Kromě toho „afghánské“ soudní rady plní „soudní funkce“<sup>481</sup> vztahující se k ekvivalentům domén veřejného a soukromého práva – uplatňují se, kdykoliv se objeví „hrozba míru a pokoje“ nebo kdykoliv se vyjeví „nebezpečí pro život a majetek jakékoliv osoby v komunitě.“<sup>482</sup> Komplexnost těchto právních systémů, tj. skutečnost, že pokrývají všechny otázky života a jdou nad rámec trestního, rodinného práva či práva osob, je faktem. Jedná se o „určitý vše zahrnující rámec

---

<sup>475</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 11.

<sup>476</sup> SABOORY, M., YASSARI, N.: *Family Structures and Family Law in Afghanistan. A Report of Fact-Finding Mission to Afghanistan, January–March 2005*. Hamburg 2005, s. 8.

<sup>477</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 7.

<sup>478</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 7.

<sup>479</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 62.

<sup>480</sup> Ibidem, s. 76.

<sup>481</sup> Ibidem, s. 75.

<sup>482</sup> Ibidem.

regulující život.<sup>483</sup> A tato představa je v rozporu s konvenční představou zvykového práva. Idea zvykového práva je obvykle spojena s nedostatečností, neúplností, nedostatečnou vyvinutostí, zvykové právo je zpravidla redukováno pouze na rodinné a trestní právo. Ve skutečnosti se však tyto právní systémy uplatňují na nejširší kategorii sporů mezi venkovským i městským obyvatelstvem včetně majetkových a obchodních sporů, z nichž mnohé souvisí s „migrací, destrukcí obydlí a statků, nucenou okupací soukromého, komunitního i veřejného pozemkového majetku a se závratným růstem cen majetku v městských centrech a jejich venkovském okolí.“<sup>484</sup> Tyto spory jsou samy považovány za velmi komplexní a mohou zahrnovat soukromé jednotlivce, komunity i stát.<sup>485</sup>

### 5.11 Vztah mezi „afghánskými“ soudními radami a feudem

Široce se připouští, že v Afghánistánu je „úroveň konfliktu, která byla tolerována, znatelně vyšší v některých částech země, než by bylo tolerováno v mnoha jiných společnostech.“<sup>486</sup> Konflikt, o němž se zde hovoří, je zjevně feud. Může se proto zdát jako značný rozpor, jestliže se uvažuje o tom, že právo v Afghánistánu má restorativní povahu a zároveň feud je nahlížen jako funkční složka té samé „archaické“ spravedlnosti. Ačkoliv se nikomu nepodařilo v Afghánistánu nalézt jakýkoliv adversariální (spor upřednostňující) právní systém,<sup>487</sup> ještě to neznamená, že zde nejsou jiné, mimoprávní prostředky sociální kontroly, které adversariální povahu mají. Na rozdíl od moderní právní kultury, která delegalizovala nestátní formy násilí, „afghánské“ právní kultury obsahují dualismus mezi právem a feudem, který lze poněkud zjednodušeně interpretovat tak, že právo je „spravedlnost na základě sympatie“,<sup>488</sup> kdežto feud je spravedlnost na základě antipatie. Jestliže je tedy právní zdůvodňování v Afghánistánu charakterizováno ideou míru,<sup>489</sup> je tomu tak proto, že právo jako takové je vymezováno vůči feudu, či přesněji je hrozbou feudu legitimizováno. Vědomí, že majetkové a dokonce i obchodní spory mohou s ohledem na specifickou sociální strukturu přerůst v širší konflikty, znamená pouze to, že retributivní strategie řešení konfliktu jsou vyloučeny z domény práva, ale nejsou vyloučeny naprosto

---

<sup>483</sup> Ibidem, s. 77.

<sup>484</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 10.

<sup>485</sup> Ibidem.

<sup>486</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 37.

<sup>487</sup> Viz například KAGAN, R.: *Adversarial Legalism*. Cambridge 2001.

<sup>488</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 81.

<sup>489</sup> Ibidem, s. 34.

ze sociokulturního prostředí. Jako nejpřednější výraz retribuce v afghánské společnosti, feudy mohou být nahlíženy spíše jako prostředek symbolické komunikace užívaný k nastolení mimoprávní spravedlnosti. Přestože jednání každé sociální skupiny, která se účastní feudu, je regulováno právním systémem této skupiny, feud sám o sobě je meziskupinový jev, protikladný právu. Naproti tomu kodex feudu je podobný kodexu pohostinnosti v tom, že funguje jako zdroj tlaku na sporné strany a jejich skupiny v tom smyslu, aby hledaly řešení svého konfliktu právními prostředky. V tomto ohledu se kodex feudu jeví jako zjevně účinnější než státní soudy, které na symbolické rovině nekomunikují vůbec nic, co by mohlo vést k řešení sporu. Prostředky trestního práva, o němž se předpokládá, že by mohlo nahradit nebo vymýtit feudy, tak postrádají potřebné významy relevantní pro řešení sporů. Z tohoto důvodu by afghánský feud neměl být nazírán jako výraz sociální patologie, nýbrž spíše jako důkaz, že právní moc je rozdrobena mezi jednotlivé kmenové autority.

## 5.12 Nepsaná právní kultura

Přestože se setkáme s distinkcí mezi rolí „afghánských“ soudních rad v politické a obchodní diplomacii na jedné straně a v právu a řešení sporů na druhé straně,<sup>490</sup> princip jejich fungování je v obou případech v zásadě stejný: „strategická výměna mezi dvěma nebo více osobami ohledně určité záležitosti skrze verbální komunikaci,<sup>491</sup> která může nebo nemusí „vyústit v dohodu“<sup>492</sup> nebo rozhodnutí. Není jakýchkoliv pochyb o tom, že tyto „[t]ransakce jsou založeny na křehkých interpersonálních vztazích, v nichž ústní slib je bezpečnější než psaný dokument“<sup>493</sup> a smlouvy se opírají o „verbální sliby.“<sup>494</sup> Personálně propojené fungování autority „[v]ně kodexu,<sup>495</sup> který sestává ze „souboru procesů za účelem nastolení komunikace mezi spornými stranami a lidmi,<sup>496</sup> je tak uvnitř právního systému jako orgán řešící spory, sociálním mechanismem, který podporuje nadvládu mluveného slova v rámci obchodních transakcí osob ze sousedství i mezi lidmi ze vzdálených míst, neboť „[v]ětšina dohod“<sup>497</sup> je založena na „verbálním ujištění v protikladu k písemným

---

<sup>490</sup> Ibidem, s. 45.

<sup>491</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>492</sup> Ibidem.

<sup>493</sup> Ibidem.

<sup>494</sup> Ibidem, s. 41–42; FERDINAND, K.: *Afghan Nomads: Caravans, Conflicts, and Trade*. op. cit., s. 137.

<sup>495</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 13.

<sup>496</sup> Ibidem.

<sup>497</sup> Ibidem.

záznamům.<sup>498</sup> „[D]ůvěra v dohody uzavřené ústně“<sup>499</sup> je dokonce pokládána za „významnou  
ctnost,<sup>500</sup> zatímco ústní „odkazy na náboženství“ fungují jako zajištění závazků, jako  
„naprosté ujištění.“<sup>501</sup> Ačkoliv obchodní vztahy založené na důvěře lze dohledat rovněž  
v západní kultuře (stejně jako na bazarech v Afghánistánu bez autoritativní infrastruktury),  
autoritativní „stín“<sup>502</sup> dopadající na směnu tuto důvěru podporuje nebo jí dokonce nahrazuje,  
pokud ve vzájemných vztazích obchodníků schází nebo ještě nebyla vybudována.

Nepsaná povaha skutečných právních systémů v Afghánistánu vnáší do problému  
mezikulturního přenosu práva na západ neobvyklý element. Nesrovnalost  
mezi kodifikovaným a nekodifikovaným právem demonstruje, že jakékoliv srovnání  
mezi „archaickým“ afghánským obchodním právem a moderním českým obchodním právem  
závisí na předchozí diseminaci západních právních kategorií, zejména samého pojetí práva  
jako textu, do sociokulturního prostředí v Afghánistánu. Z toho je patrné, že mezikulturní  
přenos práva z Afghánistánu na západ není jednosměrný, nýbrž se jeví spíše jako velmi  
specifická forma směny. Viditelnost tohoto faktu je nízká ve vztazích mezi soudy podobných  
národních států, ale dostává se do popředí zde, kde je markantní rozdílnost samotných  
základů právních kultur. Přetvoření fakticity práva v Afghánistánu do přenosných textových  
reprezentací tak vyžaduje dřívější přenos idey moderního práva do tohoto právního prostředí.  
Patrně v důsledku této rozpornosti výsledné reprezentace afghánského práva nebyly zpravidla  
vytvořeny přímo v „afghánských“ podmínkách, byť tam byla shromážděna výchozí data.  
Naopak, tyto symbolické reprezentace práva jsou vytvářeny nenativními juristy  
nebo modernizovanými nativními juristy na vzdálených místech nebo místech, která jsou  
sice v Afghánistánu, ale jsou oddělena od jeho sociokulturního prostředí. Jinými slovy,  
mezikulturní transmise afghánského práva (a dokonce afghánského státního práva)  
do kontextu českého justičního systému nebo jakéhokoliv jiného západního justičního  
systému nemůže být popsána jako čistá transpozice nebo dislokace z Afghánistánu  
jako odesílajícího stanoviště. Právní vědy zcela zřejmě poskytují pro vyložení příslušných  
informací v západním justičním kontextu potřebné kontejnery a afghánské právo je do něj  
transportováno za pomoci širších (laických) kognitivních rámců, než jsou ty,  
které průzkumníkům může poskytnout moderní pojetí normativity. Ať už jakkoliv, posvátnost

---

<sup>498</sup> Ibidem.

<sup>499</sup> Ibidem.

<sup>500</sup> Ibidem.

<sup>501</sup> Ibidem, s. 79.

<sup>502</sup> Viz oddíl 2.1.2 této práce.

mluveného slova, nedůvěra k psaným dokumentům, neochota sepsat právní pravidla a odmítání státního práva (Thier 2004: 2), představují zásadní překážku pro proveditelnost celého mezikulturního transferu.

Tato neproveditelnost vyžaduje určitou reflexi, konceptualizaci. Komunikace mezi právními autoritami z různých národních států je obvykle velmi nízká. Státní právní systémy mezi sebou komunikují prostřednictvím symbolů, symbolických (textových) reprezentací, které dokáží přenést normativní obsah jednoho právního systému do kontextu druhého. Navrhuji, aby tyto symbolické reprezentace práva v kontrastu s právem v Afghánistánu, byly označovány jako mobilní zákony, a nejobvyklejší materiální kultura pramenů práva, kterou moderní lidé znají, a idea práva či právního systému, která je na nich založena, byly označovány jako právní modalita. Mobilita těchto zákonů spočívá v možnosti jejich disociace od soudů, které je aplikují. Komunikace mezi „afghánskými“ a moderními právními autoritami je rovněž velmi nízká,<sup>503</sup> navíc je však ještě charakterizována nekompatibilitou mezi moderní a afghánskou situací, která postrádá mobilní zákony. Mezikulturní přenos afghánského práva se uskutečňuje prostřednictvím symbolických reprezentací afghánského práva, které se podobají mobilním zákonům, ale ve skutečnosti se od nich odlišují. Západní právní autority totiž předpokládají, že autoritativní právní infrastruktura v Afghánistánu nemůže cestovat stejně jako soudy jiných národních států, takže afghánské státní právo a zprávy o právu v Afghánistánu cestují místo nich. Zmíněné textové dokumenty, které reprezentují právo v Afghánistánu, jsou zaměňovány za skutečné afghánské právo, což vytváří dojem, že toto skutečné právo může „interagovat na dálku.“<sup>504</sup> Je to však přesně tato představa, že mobilní zákony učinily z afghánského práva mobilní právní systém, která je zpochybňována v této kapitole. Ve skutečnosti je totiž právo v Afghánistánu naprosto a zásadně nekompatibilní s moderním organizačním principem *comitas gentium*, jenž je založen na technologii mobilních zákonů. Tato nekompatibilita pramení nikoliv z rozdílů v obsahu právních předpisů, nýbrž z rozdílů v komplexní sociální organizaci práva jak v Afghánistánu a moderních, západních národních státech, tak v sociální organizaci mezikulturního přenosu práva z jednoho kontextu do druhých. Jinými slovy, organizační axiomy, na nichž jsou postaveny vztahy spolupráce mezi moderními soudy různých národních států, nejsou kompatibilní se vztahy mezi právními systémy v Afghánistánu, neboť jedny jsou založeny na právních modalitách a druhé na právních sodalitách. Yousufzai a Gohar říkají

---

<sup>503</sup> Srov. HUTCHINS, E.: *Distributed Cognition*. op. cit.

<sup>504</sup> LATOUR, B.: *On Interobjectivity*. In *Mind, Culture, and Activity*, 34 (1996): 228–245, s. 239.

něco podobného, když tvrdí, že „[r]egulérní diplomatické normy systému národních států nejsou možné“<sup>505</sup> v kontextu „afghánských“ soudních rad, aniž by v tomto tvrzení zněl jakýkoliv hodnotící podtext. Přeshraniční spolupráce mezi moderními soudy různých států (které samozřejmě nejsou specializovanými diplomatickými orgány) je nepochybně předmětem stojícím na pomezí práva a diplomacie. V této funkční podstatě lze však spatřovat určitou podobnost mezi „archaickou“ a moderní právní kulturou. Přestože „afghánské“ soudní rady neznají moderní organizační rámec *comitas gentium*, ještě to neznamena, že nedisponují svou vlastní, kulturně specifickou variantou na koncept *comitas gentium*, již s ohledem na skutečnost, že místní právní systémy jsou navázány na odlišné oblasti a komunity v Afghánistánu stejně, jako jsou moderní soudy svázány se svými národními státy. Je paradoxem, že shodou okolností tyto hluboké prostory práva v Afghánistánu se objevily v rámci moderní *comitas gentium* skrze různé symbolické reprezentace tohoto práva představující řetězec dokumentárních důkazů, které mohou sloužit ke studiu cizího práva českými civilními soudy.

### 5.13 Právo reciprocity (*badal*)

Ačkoliv sociokulturní prostředí v Afghánistánu zahrnuje retributivní složky, je zde určitá korespondence mezi tamními právními systémy a recentní ideou restorativní justice. Neznamena to však, že by snad tyto systémy a jejich právní autority postrádaly sankce. Hlavní typ sankce, o němž se zmiňují výzkumné zprávy, je sankce, jejímž účelem je prosadit nebo vynutit autoritativní rozhodnutí. Jejich účelem však není trestání za porušení norem přímo.<sup>506</sup> Určitá omezenost sankcí v tomto smyslu vyplývá také z toho, že právo v tomto pojetí a „veškerá jeho moc a jurisdikce [je] reciproční; nikdo nemá z právního hlediska více moci a autority než kdokoli jiný.“<sup>507</sup> Je také kompatibilní s principem, že „kdokoli má osobní právo svémocí potrestat narušitele a přistoupit k přiměřené retribuci.“<sup>508</sup> Pokud by sám tento princip neměl náboženský zdroj (například koncept *dharma*), znamenalo by to, že tato soustava právních systémů je mnohem méně náboženská, než jakýkoliv moderní justiční systém, jenž podědil mnoho svých aspektů, zejména sociální organizaci práva z období feudalismu, která poskytovala jakékoliv autoritě náboženský,

---

<sup>505</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 8.

<sup>506</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 13.

<sup>507</sup> BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. op. cit., s. 6.

<sup>508</sup> *Ibidem*.



transcendentní podtón. Ve srovnání s tím je „afghánské“ pojetí autority (waak), jak jsem již uvedl, ztotožnitelné se souhlasem sporných stran, že se dobrovolně podřídí rozsudku.<sup>509</sup> Zda představa reciprocity (badal) jako organizačního principu vzájemných vztahů právních systémů v Afghánistánu nese nějaký náboženský podtext, zůstává nejasné. Je naopak nepochybné, že tento organizační princip pronikl v podstatě na všechny právní roviny. Je to tradiční pojetí reciprocity, jak je známe z antropologické literatury a je definováno jako „oplátka, směna a odpověď“ v nejširším slova smyslu vztahujícím se rovnocenně k oblasti práva, feudu a obchodu.<sup>510</sup> Reciprocita tedy není jen název konkrétního právního institutu,<sup>511</sup> nýbrž hlavní princip sociální organizace skutečného práva.

V této souvislosti nelze přehlížet skutečnost, že způsob sdružování mezi sociálními skupinami a podskupinami je uspořádán podobně jak ve vztahu k autoritě na vyšších právních rovinách, tak ve vztahu k společnému nepříteli či obchodní transakci. Právní autorita, obchodní transakce i společný nepřítel ve své podstatě sjednocují sporné strany a jejich přítomnost odkládá spory mezi nimi tím, že (1) hostí nebo jsou hosty nebo že (2) bojují proti společnému nepříteli.<sup>512</sup> Jak právní autorita, tak obchodní transakce či společný nepřítel sehrávají roli třetí strany, která suspenduje jejich vzájemné vztahy, případně konflikt. Rozdílnost mezi obchodem a feudem (meziskupinovými jevy) na jedné straně a právem (vnitroskupinovými jevy) na druhé straně může být zdrojem zmatení. Je však třeba mít na paměti, že reciprocita se prvotně vztahuje ke vztahům mezi právními autoritami, které v jednom případě zastupují různé sociální skupiny, jejichž členové jsou strany obchodní smlouvy či sporné strany. V druhém případě vytvářejí vyšší právní rovinu, která přesahuje skupinovou příslušnost každé ze sporných stran tím, že propojuje členy jednotlivých džirg nebo šúr do složeného soudu (džirgy nebo šúry vyšší právní roviny).

Jelikož složení „afghánské“ soudní rady replikuje, resp. odráží sociální kompozici obligatia<sup>513</sup> sporu na základě příslušnosti sporných nebo dotčených stran, je soudní rada respektována inter alia také proto, že sama tímto způsobem respektuje skupinovou příslušnost sporných stran. Jestli je džirga nebo šúra více „radou“<sup>514</sup> nebo „setkáním“<sup>515</sup> závisí na tom,

---

<sup>509</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 40; YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 21, 49, 64.

<sup>510</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding ng Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 78.

<sup>511</sup> Srov. USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 5–6, 9.

<sup>512</sup> FERDINAND, K.: *Afghan Nomads: Caravans, Conflicts, and Trade*. op. cit., s. 150.

<sup>513</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 81–86.

<sup>514</sup> *Ibidem*.

zda respekt vůči ní je založen na poslušnosti (vnitroskupinová dimenze právní autority) nebo na vzájemnosti (meziskupinová dimenze právní autority).<sup>516</sup> Dle principu, že čest je spojena s reprezentací a ochranou druhých, lze identifikovat nejnižší právní rovinu jako rodinu, v níž osoby mužského rodu reprezentují ženy a děti. Na druhou stranu, ženy jsou dle stejné logiky chápány jako „zdroj cti rodiny“<sup>517</sup> – naamus. Z tohoto důvodu naamusdary („udržování rodinné cti“<sup>518</sup>) je odpovědností mužských představitelů rodiny, jejích jednatelů.<sup>519</sup> Tyto vztahy samozřejmě nejsou ideální, je však otázkou, zda není vhodnější snažit se zlepšovat postavení žen na základě tohoto konceptuálního schématu, než se o to snažit prostřednictvím formování afghánského státu, jehož definitivní etablování je alespoň prozatím v nedohlednu. Stejný princip cti a její akumulace však platí i v obchodních transakcích, v nichž obchodník obchoduje nejen se svým zbožím, nýbrž i ve jménu své sociální skupiny, jméno kmene mu dodává lesk a důvěryhodnost stejně jako značka (obchodní firma) korporace v západním kontextu, jak to podrobně rozebírám v závěrečné kapitole.

## 5.14 Jiné měřítko práva

Důkladné porozumění těm částem symbolických reprezentací afghánského práva, které zůstávají soustavně přehlíženy (a nevyužity leží ladem) ze strany západních právních autorit, vyžaduje změnu referenčního bodu afghánského obchodního práva, který by byl odlišný jak od juristického náhledu, jenž jednoduše chápe Afghánistán jako národní stát, tak od tradičního antropologického náhledu, dle něhož je právní systém lokalizován v kmenu nebo v jiné předjímané sociální jednotce. Přestože tyto dvě perspektivy pocházejí z odlišných disciplinárních tradic, jsou plně kompatibilní a v jistém smyslu se doplňují, což zakrývá fakt, že jsou obě neúplné. Jednak proto, že afghánský stát je z tohoto hlediska jediným faktorem, který může sloužit k vysvětlení určitého stupně právní a politické integrace mezi jinak izolovanými sociálními segmenty (kmeny, oblastmi, etniky apod.). Avšak, jak jsme viděli na základě dostupných informací, soudní funkce afghánského státu nejsou plněny, resp. omezují se na velmi limitovanou oblast a i v jejím rámci na téměř nepatrný segment sporů a konfliktů specifického vymezení. Státní soudy tedy neprosazují integritu státu cestou

---

<sup>515</sup> Ibidem.

<sup>516</sup> Srov. CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 13.

<sup>517</sup> USAID: *Field study of informal and customary justice in Afghanistan*. op. cit., s. 24.

<sup>518</sup> RUBIN, B.: *The Fragmentation of Afghanistan*. op. cit., s. 24.

<sup>519</sup> Ibidem.

řešení konfliktů. V důsledku toho afghánské státní právo nelze chápat jako prostředek politické integrace, která tak či onak je poměrně nízká ve srovnání s centralizovanými národními státy. Avšak na druhou stranu i bez příspěvku státu společnost na území Afghánistánu je poměrně výrazně integrována ve srovnání s antropologickou představou izolovaných tribálních či místních sociálních jednotek, a to především po právní stránce, jak je zjevné například z víry, že všichni Paštuni (Afghánci v úzkém slova smyslu) sdílí jeden jediný kodex chování (paštúnváli). Tento zjevně nezanedbatelný stupeň právní či politické integrace držíci afghánskou společnost pohromadě a způsob, jakým jsou různé skupiny propojeny v oblasti práva, vyžaduje jiné vysvětlení (než faktor státu). Jeden ze způsobů, jak toto vysvětlení založit, představuje opětovné vymezení významu státu v Afghánistánu ve vztahu k jednotlivým segmentům afghánské společnosti. Spíše než nahlížet na tribální a teritoriální segmenty různých etnických populací v Afghánistánu včetně měst, jako na součásti jedné mozaiky, které dohromady tvoří afghánský stát, může být stát sám nahlížen jen jako jeden kmen mezi mnoha, byť výrazně mocnější a se značně dalekosáhlými aspiracemi. Tento krok vede k odlišnému porozumění, či přesněji řečeno škálování práva v Afghánistánu. Máme-li na mysli, že měřítko či velikost právního systému, je pouze výsledkem překladu,<sup>520</sup> a inspirujeme-li se Malinowského rozlišením mezi moderní civilizací (jako seskupením národů) a trobriandskou civilizací (jako seskupením kmenů)<sup>521</sup> – tedy rozlišením mezi geografickým obrem a trpaslíkem – můžeme pro účely správného přenosu afghánského práva zavést poněkud umělejší ekvivalenci tribálních a teritoriálních jednotek v Afghánistánu s moderními národy. Tento krok nám umožní klasifikovat sociokulturní prostředí v Afghánistánu jako civilizaci střední velikosti spíše než stát. Cílem této spíše překladatelské operace není zasahovat do citlivých politických otázek (například, jak by se Kábul mohl opět stát hlavním městem původního duranijského politického útvaru), nýbrž zaměřit se na přehodnocení meziskupinové a vnitroskupinové distinkce, která toto nové pochopení teritoriality afghánského státu umožňuje. Jak státní právo ztrácí v důsledku této změny referenčního bodu svou singulární výjimečnost a stát jako základní kámen západního vnímání časoprostoru je decentrován, můžeme reflektovat skutečnost, že juristická kategorie práva udílí nezpochybnitelné privilegium státnímu právu nad nestátním právem a že moderní dualismy jsou založeny na tomto privilegiu a vedou k odmítnutí (u)znání jakéhokoliv typu nestátního práva.

---

<sup>520</sup> PASSOTH, J., ROWLAND, N.: *Actor-Network State: Integrating Actor-Network Theory and State Theory*. In *International Sociology* 25, 6 (2010): 818–841, s. 829.

<sup>521</sup> MALINOWSKI, B.: *Freedom and Civilization*. New York 1944, s. 94, 325; MALINOWSKI, B.: *Magic, Science and Religion and Other Essays*. Garden City 1954, s. 100–104.

V tomto srovnání by mělo být zdůrazněno, že v moderních společnostech obchodníci a obchodní společnosti jsou mobilní, zatímco právní autority zůstávají imobilní, svázané s teritoriem konkrétního národního státu a na nižších úrovních s teritoriem konkrétního okresu či kraje. V důsledku toho mobilní zákony, mobilní smlouvy či mobilní důkazy následují migrující, mobilní populaci, zejména obchodníky a obchodní společnosti, zatímco právní autority zůstávají prostorově stálé. Jsou to právě tyto mobilní zákony a další artefakty, které umožňují státním soudům, aby vytrvaly ve své prostorové stabilitě, ve světě permanentního proudění globální směny. Nicméně omezenost údajů přenášených mobilními zákony a rozdíly mezi právními řády jednotlivých států vyvolávají potřebu studovat kromě samotných mobilních zákonů i způsoby, jimiž jsou tyto mobilní zákony aplikovány právními autoritami země původu. Z toho důvodu je do moderního pojetí těchto mezikulturních přenosů práva (*comitas gentium*) nutně zaveden vědecký prvek. Jak jsem uvedl výše, moderní soudce za podmínek, kdy mobilní zákony jsou přeneseny až na jeho psací stůl, připomíná spíše „křeslového antropologa“ devatenáctého století, než moderního empirického sociálního vědce. Jelikož se však na moderním soudci požaduje, aby aplikoval cizí právo stejným způsobem, jako se aplikuje v zemi původu, měl by se spíše podobat etnografovi v terénu. Tato rozpornost patrně pramení ze skutečnosti, že *comitas gentium*, jakožto rámec aplikace cizího práva, byl původně zaveden ve vztazích mezi „civilizovanými národy“, západními impérii šestnáctého století, pro něž bylo typické extenzivní užívání psaných médií. Od období dekolonizace se moderní soudci častěji setkávali s možností aplikace právních systémů, které nejsou přímo spojeny s jakýmkoliv státem, ale spíše s určitou „kulturou.“ Jedním z příkladů takového vývoje je právě Afghánistán. Ve srovnání například s mnoha africkými zeměmi<sup>522</sup> Afghánistán je ještě složitější případ, neboť nikdy nebyl v pravém slova smyslu kolonizován a tedy ani dekolonizován. Prakticky to znamená, že neexistují žádné starší studie právních systémů v Afghánistánu, které by pomohly objasnit jeho povahu a na které by bylo možné se spoléhat. Tyto právní systémy, které jsou navíc ze své povahy nepsané, nebyly ani kodifikovány legislativní cestou, ani sebráním a sepsáním precedentů, ani zachyceny etnografickým popisem. To však neznamená, že by právní řešení sporů spojených s migrací a obchodem v Afghánistánu neexistovalo.

Jak jsem již uvedl výše, populace Afghánistánu nejsou imobilní, naopak užívají privilegia svobodného pohybu stejně jako moderní lidé. Na druhou stranu však zákony imobilní jsou v tom smyslu, že je nelze odloučit od džirg a šúr, „afghánských“ soudních rad.

---

<sup>522</sup> SANTOS, B.: *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*. op. cit., s. 42.

Přirozeně taková situace nesnižuje počet sporů s meziskupinovým rozměrem. Otázkou pak je, jak jsou takové meziskupinové spory, tj. spory členů různých nativních komunit, řešeny, pokud zákony těchto komunit necestují. Jak nás jedna ze zpráv informuje „Zákony a precedenty sousedních kmenů mohou ovlivňovat určitý region, ale udržitelnost takových zákonů [v jiné nativní komunitě – pozn. autora] je důkladně diskutována, než jsou adaptovány“<sup>523</sup> a „rozhodnutí určité džirgy nebo praxe určitého kmene může být snadno adaptována jinými, pokud je považována za přílehlavou k dané situaci.“<sup>524</sup> Těmto situacím lze rozumět buď jako ekvivalentu právní (kulturní) výpůjčky, nebo jako ekvivalentu uznání cizího rozhodnutí. Avšak tyto moderní, západní koncepty neodrážejí specifickou sociální organizaci právních systémů v Afghánistánu. V tomto ohledu proto raději navrhuji hypotézu, že složené soudy, složené z členů soudních rad různých, odlišných kmenů či teritorií, jsou kanálem, díky němuž dochází k difuzi právních inovací. V kontextu národních států by takový složený soud připomínal hypotetickou a vlastně s ohledem na princip státní suverenity nemyslitelnou situaci, v níž civilní soudci ze dvou odlišných národních států vytvářejí společné přeshraniční soudní těleso, aby rozhodlo o jediném přeshraničním sporu v rámci jediného soudního řízení na základě vlastního kompromisu ohledně aplikovaných právních pravidel. Na druhé straně v situaci „afghánského“ složeného soudu se takový kompromis vztahuje k vzájemným rozdílům mezi „neformálními“ právními systémy a nemá přímo nic společného s třemi hlavními právními tradicemi (šaría, státní právo a neformální právo). Znamená to, že právo v Afghánistánu necestuje prostřednictvím mobilních zákonů (ani mezi národními státy, ani mezi kmeny a teritorií Afghánistánu), nýbrž jsou to vlastně skutečné právní autority, které cestují a setkávají se, čímž přesahují lokalizaci práva v předjímaných, uzavřených jednotkách (oblasti, kmeny, státy) juristické nebo konvenční antropologické analýzy. Paštunské kmeny se tak například scházejí za účelem rozhodnutí sporu mezi jejich členy a ve výsledku vytvoří vyšší právní rovinu tím, že vydají společný mezikmenový verdikt. To není v rozporu s ideou, že právo je zásadně vnitroskupinový jev. Jednáním na vyšší právní rovině právní autority z různých kmenů vytvoří větší společnou skupinu, která inkorporuje všechny kmeny, jejichž členové se účastní sporu, byť by to bylo jen na přechodnou dobu. Na druhou stranu tato vyšší právní rovina není stabilní natolik, aby mohla být základem pro trvalé a odolné vyšší formy sociálního sdružování. Z tohoto důvodu tyto složené scházející se soudy či mobilní soudy se spíše podobají právním sodalitám, jak jsem je navrhl nazývat, sociálně méně stabilním, právně však plně účinným

---

<sup>523</sup> YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga*. op. cit., s. 83.

<sup>524</sup> *Ibidem*.

orgánům řešícím konflikty a spory, které reprezentují přímý kanál interakce mezi právními systémy. Tyto právní sodality jsou formou právní autority, která je více křehká a méně viditelná, nicméně tvoří zákony, které jsou nakonec svázány s více trvalými sociálními skupinami a podskupinami na nižších právních rovinách, neboť jejich rozhodnutí jsou uznávána oběma zúčastněnými kmeny, nebo také proto, že jejich právo a právní pravidla jsou jimi akceptována. Tyto procesy internalizace práva na úrovni podskupin právních sodalit jsou usnadněny také tím, že příslušná část členů složeného soudu představuje zároveň právní autoritu v rámci konkrétní podskupiny. Na rozdíl od moderních soudů, které jsou permanentními orgány s relativně stálými soudci, členové „afghánských“ soudních rad jsou mnohem spíše „skupinou jedinců, která se setkala pouze v odpovědi na určitou potřebu, za tím účelem, aby bylo rozhodnuto, jak na ni bude reagováno.“<sup>525</sup> Složení členů této právní sodality navíc odráží, jak jsem již uvedl, obligatio sporu – strany, identity, předmět sporu. Jelikož složení právní sodality závisí na identitách sporných stran a předmětu sporu, „členství je flexibilní a poněkud variabilní.“<sup>526</sup> Z toho důvodu se jakákoliv distinkce mezi naléhavou situací, krizí a rutinním zvládnutím sporů a konfliktů stírá.<sup>527</sup> Právní sodalita může být chápána jako protiklad právní modality (jejíž referenční bod je stabilní a snadno rozlišitelná sociální jednotka jakékoliv velikosti), avšak problém je v tom, že ustavení právní sodality přispívá k ustavení identit sporných stran a jejich společného referenta (sociální skupiny a způsobu alokace autority v jejím poli). V důsledku takové fluidity mohou být právní sodality rovněž považovány za nekompatibilní s moderní *comitas gentium*.

Dosud právní sodality zůstávaly nezmapovaným terénem jak z perspektivy právní teorie (pro kterou je stát základní jednotkou analýzy), tak z perspektivy antropologie (pro kterou je to zpravidla kmen nebo lokalita). Za účelem úplného výzkumu a úplné konceptualizace práva v Afghánistánu je nezbytné vyjít ven ze zavedených kategorií obou perspektiv. Sklon zaměřovat se na právní modality (lokální právní řády a lokální autority, nativní či nikoliv) je jimi sdílen a je také jedním z důvodů pro přetrvávající mezery v současném výzkumu afghánského práva. „Afghánská“ právní civilizace má svůj vlastní meziprostor, své vlastní „mezi národy,“ kde sociální chování a právní rozhodování není kvalitativně odlišné, naopak se podobá rozhodnutím učiněným „uvnitř kmene.“ V tomto ohledu je proto třeba zaměřit se na dvě facety práva v Afghánistánu: fungování právních

---

<sup>525</sup> CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 9.

<sup>526</sup> *Ibidem*, s. 29.

<sup>527</sup> Srov. CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. op. cit., s. 20.

sodalit a jejich vliv na integritu společnosti a roli všech jednotek interakce jednajících v rámci složených soudů (jak vymezují a jak se dohodnou ohledně pravidel meziskupinového rozhodnutí). Tato studie zjevně neposkytuje vyčerpávající odpověď na tuto otázku. Má pouze ambici nastolit relevantní hypotézu. Možná však může podnítit nový přístup ke zkoumání práva v Afghánistánu a v obdobných regionech a k otázkám právní koordinace. Interakce mezi právními systémy prostřednictvím právních sodalit může být mnohem hustší, než implikuje uměle izolované „zvykové právo“ lokalizované uvnitř kmenových nebo lokálních segmentů. Monumentální monstrum „tribálního práva,“ které se vztahuje k etnické skupině jako celek k celku, je nemístným a zavádějícím referenčním rámcem. Egalitární charakteristika sociokulturního prostředí v Afghánistánu nepředpokládá ani jednotu ani absenci práva, nýbrž spíše odráží multiplicitu právních systémů v Afghánistánu. Proto navrhuji hypotézu, že většina interakcí mezi právními systémy probíhá přímo skrze právní kanály – právní autority samotné – že je to právě sodalitiní forma právní spolupráce, která podemílá juristický koncept práva jako výlučně „západní“ (kodifikovaný, psaný a mobilní). Jelikož právní sodalita je situována mezi sporné strany a jelikož je složená z představitelů jejich identit, spíše než, že by stála nad nimi, zdá se, že „afghánský“ nestátní justiční systém se odlišuje od jakéhokoliv moderního justičního systému v tom, jak se dvě právní autority vztahují k sobě navzájem. Na jedné straně srovnání tedy stojí vytvoření složeného soudu, jehož se obě právní autority přímo účastní. Na druhé straně se k sobě vztahují prostřednictvím média odvolacího soudu, který je od nich obou oddělen. Právo svázané s právní sodalitou vyšší právní roviny necirkuluje mezi zúčastněnými skupinami bez členů právní sodality. Z toho důvodu může být stigmatizováno jako „překážka“ právního vývoje některými odborníky, jimž právo splývá se státem. Ať už je tomu tak v jakémkoliv směru, kompozice právní sodality propůjčuje legitimitu jejich právním rozhodnutím a „trumfuje“ jakoukoliv legitimitu rozhodnutí státních soudů. Členové právní sodality nejsou osvobozeni od konfliktů a tenzí, na něž naráží ve sporech, o jejichž řešení se snaží. Ve skutečnosti jsou v nich zapojeni skrze sociální vztahy a je to právě tento komponent jejich života, který je zdrojem jejich autority. Nijak se tedy nepodobají představě moderního soudce, který je od tohoto sociálního života alespoň formálně odloučen a který dosahuje stejného stupně legitimacy svého právního rozhodování skrze svůj svazek se státem.

Pojem autority je přinejmenším tak flexibilní jako pojem sociální skupiny. Pospíšilovo rozlišení mezi mezi- a vnitroskupinovým chováním<sup>528</sup> by nás však nemělo vést k závěru,

---

<sup>528</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 7–9.

že právní sodality postrádají sociální organizaci. Ve skutečnosti jsou eskalací formování skupin, spíše než jejich absencí. Jsme však zvyklí uvažovat v tom smyslu, že mezi sociálními skupinami může existovat jen izolující hranice nebo konflikt. Sociální organizace „afghánských“ právních systémů však anticipuje autonomii a konflikt mimo doménu práva coby funkční mechanismy, které ve výsledku přispívají k účinnosti soudních postupů právních sodalit, v jejichž rámci jsou hierarchické a adversariální prvky spíše vytěsněny (i když jsou přítomny). Je proto složitým úkolem pro naši imaginaci cestovat do mozaiky méně kompaktních, méně stálých sociálních skupin a podskupin, přiřadit k nim právní systémy a najít právní autority mezi jednotlivými dílky. Musíme se naučit porozumět tomu, že konfigurace meziskupinového a vnitroskupinového respektu vůči autoritě může být uspořádána odlišně, než jsme zvyklí v moderní právní kultuře. Právo je obvykle považováno za relevantní pouze pro vnitroskupinové chování, nicméně toto v Afghánistánu platí pouze pro nejnižší právní rovinu, neboť rozlišení meziskupinového a vnitroskupinového se mění v závislosti na povaze sporu. Pokud se zaměříme příliš na stabilní formy sociálního sdružování jako na referenční pojem práva, můžeme nakonec přehlédnout to nejdůležitější pro dynamiku práva, méně integrované, méně stabilní, zato hierarchicky vyšší právní roviny a jejich formace, tedy místa, kde lze právo rovněž nalézt. Porozumění určitým právním autoritám jako právním sodalitám směřuje k závěru, že „domorodé“ právní systémy nejsou totální instituce, což vysvětluje rovněž skutečnost, proč si tak značná část „afghánských“ populací cení tak vysoko „personální autonomie“ v tomto údajně zcela statickém prostředí.



## 6. REPRESENTACE PRÁVA DRUHÝCH V AZYLOVÉM PRÁVU

V azylovém řízení se právo druhých (včetně obchodního práva) skrývá pod juristickou kategorií „účinné ochrany před pronásledováním,“ zatímco v rámci *comitas gentium*, v níž se zpravidla vyskytuje právě právo obchodní, se skrývá pod juristickou kategorií „cizí právo.“ Mělo by být zřejmé, že cizí právo a jeho symbolická reprezentace v *comitas gentium* pouze zhruba odpovídá sociální a kulturní realitě práva v původním kontextu. I když obě tyto kategorie – „cizí právo“ v *comitas gentium* a „účinná ochrana“ v azylovém právu – odkazují na právo druhých, dělají to velmi odlišnými způsoby. Vzhledem k tomu, že azylové právo je možná více přístupné pro sociology i sociální antropology, než hlavolam *comitas gentium*, užívám kontrast mezi těmito dvěma oblastmi s cílem proniknout hlouběji do této spletené otázky.

V azylovém řízení žadatel o azyl vypráví příslušným orgánům, z jakých důvodů utekl ze země původu. Příslušné orgány pak posuzují jednak vnitřní soulad tohoto vyprávění (autenticita žadatele), jednak jeho soulad se specifickou právní a kulturní informací o zemi původu nebo jejím konkrétním regionu (věrohodnost jeho příběhu ve světle právních a kulturních reálií). Velmi obecně lze říci, že žadatel získá azyl, pokud příslušné orgány shledají dvě věci. Zaprvé, žadatel má oprávněný strach z pronásledování. Za pronásledování se v popisovaném případě pokládá feud (v jazyce českého soudu mezikmenový svár). Zadruhé, proti tomuto pronásledování neexistuje v zemi původu účinná ochrana. Za účinnou ochranu se v tomto případě pokládá právní systém, který před pronásledováním žadatele chrání. Toto je podstata posuzování žádosti o azyl. Jak se v rámci azylového dokazování objevuje obchodní právo? Jako možná příčina feudu (mezikmenového sváru). Ten totiž vznikl ze sporu o pozemky mezi dvěma kmeny. Weir popisuje, že v Jemenu je smlouva o prodeji a koupi pozemku „smluvní aktivitou na vysoké úrovni,“<sup>529</sup> s ohledem na skutečnost, že překračuje hranice jurisdikcí právních autorit jednotlivých kmenů.<sup>530</sup> To se týká nejen smluvních aktivit mezi kmeny, ale i uvnitř kmenů, neboť na ně navázaná „sít“ zájmu a vědění má větší dosah, jelikož [...] svědci a ručitelé jsou často ze sousedních kmenů.<sup>531</sup> Obchodní spor tak může snadno přerůst ve feud (krevní mstu), pokud jsou dotčeny i zájmy nebo důstojnost členů jiného kmene. Na druhou stranu, obchodníkům – cizincům (tj. z jiného

---

<sup>529</sup> WEIR, S.: *A Tribal Order: Politics and Law in the Mountains of Yemen*. Austin 2007, s. 152.

<sup>530</sup> *Ibidem*.

<sup>531</sup> *Ibidem*, s. 154.

kmene) se poskytuje zvláštní „mimoprávní ochrana,“<sup>532</sup> která se vztahuje k otázkám kmenových suverenit. Znamená to však, že mezikmenový spor o pozemek je vždy nutné řešit feudem (krevní mstou), když státní soudy (jak vyplývá z podkladů případu) nejsou kmeny respektovány? Nejsou snad v Jemenu také složené mezikmenové soudy (právní sodality)? Nejde takový spor vyřešit pozváním soudce zvenčí? Cílem této kapitoly není vyřešení hypotézy, že v Jemenu existují mezikmenové obchodní soudy. Jejím cílem je právě zobrazení skutečnosti, že v azylovém dokazování jsou vidět pouze dva typy autorit: kmenové (nejsou považovány za soudy ze strany českých orgánů) a státní soudy (nejsou z antropologického pohledu skutečnými právními autoritami, neboť nejsou respektovány). Azylové soudy jsou pevně zasazeny v západní kultuře<sup>533</sup> a mohou být kritizovány pro nedostatek kulturní citlivosti. Z mého hlediska je však více důležité upřesnit, co toto „zasazení do západní kultury“<sup>534</sup> znamená pro kognitivní postup při zkoumání práva druhých ve vztahu ke kulturám, které byly (přinejmenším) pokládány za „relativně izolované od západních vlivů po celá staletí.“<sup>535</sup>

Článek publikovaný na internetovém serveru Česká justice<sup>536</sup> obsahuje stručný popis případu jemenského azylanta známého jako A.Q.M.S.M., který byl zastupován Organizací pro pomoc uprchlíkům ve svém odvolání, u azylového (východočeského krajského) soudu, proti ministerstvu vnitra, které vydalo negativní azylové rozhodnutí. Banální azylový případ stejně jako mnoho dalších. Čím to, že upoutá pozornost serveru, který se obvykle zabývá pouze politikou a vnitřními záležitostmi resortu justice? Odpověď lze nalézt hned na začátku článku, kde vidíme rozmazanou barevnou fotografii pěti mužů tančících uprostřed davu ve slunném a zaprášeném dni. Každý z nich má na opasku připnutou džambíju, tradiční dýku, která se nosí na jihu Arabského poloostrova a v Africkém rohu. Jemen je známý těmito tradičními dýkami. Několik roz dováděných dětí a někteří vážně vypadající muži se na ně dívají a užívají si vyfotografovanou událost. Ale titulek pod snímkem vypráví jiný příběh. Malý snímek je rozmazaný a nejasný, a zřejmě převzatý z Wikipedie - fakt, který tento článek neskrývá. Popisek pod fotografií zní takto:

---

<sup>532</sup> Ibidem, s. 158.

<sup>533</sup> ALVAREZ, L., LOUCKY, J.: *Inquiry and Advocacy: Attorney-Expert Collaboration in the Political Asylum Process*. In KANDEL, R. (ed.): *Double Vision: Anthropologists at Law*. Oxford 1992, s. 47.

<sup>534</sup> Ibidem.

<sup>535</sup> Ibidem.

<sup>536</sup> ČESKÁ JUSTICE: *Jemenec žádá v Česku o azyl: Soudy řeší vyvražďování kmenů v jeho zemi*. Pub. 16. 7. 2015. <http://www.ceska-justice.cz/2015/07/jemenec-zada-v-cesku-o-azyl-soudy-resi-vyvrazdovani-kmenu-v-jeho-zemi/>

„Kmen odmítl i zapomenout na krevní mstu. Kmen by jistě uplatil policii, je bohatý. I kdyby vraha zadrželi, museli by ho posléze propustit a nepřátelé by ho zabili.“<sup>537</sup>

Toto tvrzení je převzato přímo z rozhodnutí vydaného azylovým soudem (krajským soudem v Hradci Králové),<sup>538</sup> na základě prohlášení proneseného žadatelem o azyl A.Q.M.S.M. v průběhu azylového pohovoru, dlouho předtím, snad již v roce 2010. Samo o sobě by toto prohlášení mělo stačit, aby upoutalo naši pozornost. Soud v klidné venkovské oblasti ve východních Čechách se zabývá kmenovým svárem v Jemenu. Podivné spojení tak náhle vytvořené mezi dvěma velmi různými zeměmi a kulturami nás může zarazit jako netradiční předmět na internetových stránkách České justice, a to i v době, kdy stále více uprchlíků ze Středního východu přichází do Evropy. Ačkoli toto setkání s právní jinakostí je samo o sobě stále neobvyklé v jednom z nejvíce homogenních států Evropy, je zde ještě jedna věc poutající pozornost - vztah fotografie odkazující na jemenskou kulturu a výňatku azylového rozhodnutí ke složitosti azylového řízení. Když se podíváme na azylové řízení pod mikroskopem, mohli bychom říci, že jemenské právo a kultura se v tomto řízení objevují stejně zlomkovitým, fragmentárním způsobem. A tak opustíme webové stránky a podíváme se blíže na zobrazení jemenského práva a kultury v azylovém rozhodnutí samotném.

Než se obrátíme k našemu hlavnímu tématu, nejprve se pokusím o krátký nástin tohoto rozhodnutí. Toto azylové rozhodnutí soudu v podstatě vyvrací dřívější negativní azylové rozhodnutí ministerstva vnitra a vrátí věc ministerstvu zpět s požadavkem na přesnější dokazování a přesnější vyhodnocení důkazů právě ohledně jemenských právních a kulturních realit. Soudní rozhodnutí pracuje s malou, ale geograficky velmi rozsáhlou sítí skutečností, důkazů, hodnocení a právních a antropologických kategorií, jako je například sociální skupina. Právě důkazní konstrukce jemenského práva je pro nás podstatnější než jádro právní bitvy, která byla vyhrána žadatelem o azyl. Soustředím se proto dále na otázky reprezentace vzdáleného právního systému a kultury v rámci azylového řízení, jako určitého „režimu pravdy.“<sup>539</sup> Je totiž patrné, že azylový soud přezkoumával azylové rozhodnutí výkonného státního orgánu dle jiných představ o tom, co je a co není prokázané. Existuje tedy zjevný rozdíl mezi pravdou azylového soudu a pravdou ministerstva vnitra. Tento fakt byl vyjádřen velmi jasně soudkyní, jež v rozhodnutí uvedla, že ministerstvo nedosáhlo ohledně jemenských právně-kulturních reálií „dostatečné konkrétnosti.“<sup>540</sup> Lze konstatovat, že v rámci azylového

---

<sup>537</sup> Ibidem.

<sup>538</sup> Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové sp. zn. 29Az 26/2014 -78 ze dne 20. 4. 2015.

<sup>539</sup> FOUCAULT, M.: *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*. op. cit., s. 133.

<sup>540</sup> Všechny následující citace v této kapitole – bez vyznačení zdroje v poznámce pod čarou – jsou vyňaty z již zmíněného azylového rozhodnutí Krajského soudu v Hradci Králové sp. zn. 29Az 26/2014 -78 ze dne 20. 4. 2015.

řízení je způsob poznání jemenské kultury a práva ovlivněn dvěma výroky žadatele o azyl a je, jak pečlivý čtenář rozhodnutí záhy zjistí, zakotven v síti několika málo jejich symbolických reprezentacích. Při několika příležitostech během svých azylových pohovorů, totiž A.Q.M.S.M. řekl, že se bojí vrátit do Jemenu z důvodu krevní msty, a že jeho kmen (rodina) se obrátil k místnímu státnímu soudu s jurisdikcí nad městem Disia, jeho domovským místem v Jemenu a že právní rozhodnutí tohoto soudu v majetkovém sporu o pozemky nebylo respektováno druhým kmenem, který je nárokoval. Tyto dva jednoduché výroky jej pravděpodobně zachránily před okamžitým návratem do vlasti.

Organizaci pro pomoc uprchlíkům (OPU), která A.Q.M.S.M. v řízení o udělení azylu zastupovala, se podařilo prokázat spojitost mezi jeho výroky týkajícími se jeho situace v Jemenu a dvěma velmi formálními právními kategoriemi – „účinnou ochranou“ a „pronásledování.“ Tyto dva pojmy byly ve vztahu k okolnostem případu konkretizovány jako krevní msta, ve kterém A.Q.M.S.M. byl zapleten v Jemenu (pronásledování) a stavu právního systému v Jemenu (ne)účinná ochrana. Taková konkretizace obecných pojmů je omezena na tento azylový případ. Nelze tedy hovořit o tom, že formální kategorie pronásledování vždy odkazuje na krevní mstu apod. Takový závěr není univerzálně použitelný v celém geo-sociálním labyrintu azylového práva. V daném případě však existuje určitá korespondence mezi těmito dvěma formálními právními kategoriemi (pronásledováním a účinnou ochranou) a dvěma antropologickými pojmy (krevní msty a práva). Tento případ je tedy reprezentativní ke všem obdobným případům, v nichž se taková korespondence vyskytuje. Cestou této korespondence se také do azylového řízení dostávají tradiční antropologická témata, na jejichž základě lze odušit komplexitu lidského chování a kulturních fenoménů ve vzdáleném prostředí, které je přeneseno do rituálního rámce azylového řízení. Podívejme se však nyní podrobněji na překlad výroků A.Q.M.S.M. do jazyka moderního azylového práva a rozhodujících orgánů, jehož se podařilo docílit zastupující organizaci. Tento překlad není totiž možné pokládat za automatický, neboť spočíval na několika krocích. Výrok A.Q.M.S.M., že se bojí zabití ze strany kmene Al-Satihy, byl připojen ke kategorii krevní msty, poté tento výrok i kategorie krevní msty byly společně připojeny ke kategorii pronásledování, a tento svazek byl připojen ke kategorii nezbytnosti pokračování pobytu žadatele o azyl v České republice. Tento složitý proces propojování výroků a kategorií lze také číst v opačném směru – je nutné rozhodnout, zda žadatel o azyl zůstane nebo bude repatriován. Jedním z důvodů, které mu umožní zůstat, je, že je pod hrozbou pronásledování (právní kategorie, která zahrnuje krevní mstu). Krevní msta

je definována jako násilný mechanismus pro vyrovnání počtu úmrtí mezi dvěma příbuzenskými skupinami, a A.Q.M.S.M. situuje své obavy do rámce takových okolností. Tato řada asociací se zdá být jednoduchá a jasná. Zcela pochopitelná. To, co není na první pohled vnějšího pozorovatele zcela patrné, je, že tato řada významových asociací není ustavena ani automaticky ani pevně. Ačkoli ji Organizace pro pomoc uprchlíkům navrhovala již od počátku řízení, její návrh byl původně velmi neúspěšný. Nevyhovoval podmínkám štěstěny, dalo by se říci. A.Q.M.S.M. sám byl totiž odpojen ministerstvem vnitra z celého řetězce vazeb, včetně jeho vlastních výpovědí, a to prostřednictvím pochybností o jeho osobě na základě obecné apriorní nedůvěře, uplatněné vůči němu, jako cizinci.

Naštěstí pro A.Q.M.S.M. se jeho případ dostal před azylový soud, který nesouhlasil s tím, jak ministerstvo vnitra pochopilo a vyhodnotilo důkazy. Tomuto soudu bylo nejasné zejména to, proč ministerstvo vnitra nedůvěřovalo tomuto žadateli. V antropologické literatuře o azylovém řízení se uvádí například, že „nepochopená gesta, výrazy, emoce, a vzory řeči podporují nedůvěru,<sup>541</sup> ale nedorozumění samo je třeba chápat jako něco, co vyplývá z nedostatku zdrojů, podkladů, na jejichž základě by bylo možné generovat důvěryhodnost neznámého chování. Azylový soud nicméně musel pracovat s podklady, které již byly k dispozici ve spisu. V tomto případě nenašel žádný základ pro nedůvěru ministerstva. Nebylo v něm přítomno nic, co by jí ospravedlnilo. V důsledku toho byl nedostatek důkazů přinejmenším stejně důležitý jako jejich přítomnost ve spisu. Ačkoli absence jakéhokoliv základu pro nedůvěru ministerstva byla patrná od počátku řízení, teprve v právním rozhodnutí azylového soudu se tento nedostatek důkazů stal odpojovacím faktorem, faktorem, který odpojil nedůvěru vůči osobě žadatele od sítě důkazů. Výsledkem je, že žaloba podaná jménem A.Q.M.S.M. byla úspěšná před azylovým soudem, ačkoli on sám byl neúspěšný v průběhu celého azylového procesu na administrativní úrovni. Mohlo by se tedy zdát, že Organizace pro pomoc uprchlíkům úspěšně připravila své zdůvodnění a argumenty již na nižší úrovni, jakoby od počátku očekávala, že rozhodující je teprve jejich test na úrovni soudu.

Jak postupně procházíme azylovým rozhodnutím soudu, vidíme, že spis sám je určitou reprezentací celého případu, který spojuje různé aktéry, jejich činnost a záznamy jejich činnosti v řízení. Žadatel o azyl sám je ve spisu reprezentován svými zaznamenanými výroky, ministerstvo vnitra je zastoupeno svým rozhodnutím, azylový soud svým vlastním azylovým rozhodnutím. České ministerstvo zahraničních věcí je reprezentováno svým doporučením,

---

<sup>541</sup> ALVAREZ, L., LOUCKY, J.: *Inquiry and Advocacy: Attorney-Expert Collaboration in the Political Asylum Process*. op. cit., s. 48.

aby čeští občané opustili Jemen z důvodu zhoršujících se vnitřních bezpečnostních podmínek. Další, vzdálenější aktéři jsou rovněž zahrnuti. Americké ministerstvo spravedlnosti je reprezentováno svou „Zprávou o zemi ohledně praktikování lidských práv - Jemen,“ UNHCR je reprezentováno svým doporučením, že ne-repatriace jemenských občanů je třeba chápat jako minimální standard jejich ochrany. Jemenské sociokulturní prostředí je reprezentováno přípisem vesnického šejka Mudiriet al-Shar, který potvrzuje, že se skutečně odehrává krevní msta, uvádí jména kmenů, jména kmenových šejků a názvy sousedních kmenů, stejné, jaké uvádí žadatel o azyl. Nicméně, tento případ zahrnuje také více prchavé a méně viditelné aktéry. Organizace pro pomoc uprchlíkům sama je reprezentována žalobou podanou ve jménu A.Q.M.S.M. za účelem zahájení správního a později soudního řízení, a úspěšným propojením jednotlivých důkazů, symbolických reprezentací sociokulturní reality v Jemenu s právními kategoriemi azylového práva.

Po tomto krátkém přehledu nyní nahlédneme do nitra případu a do způsobu, jakým je konstruován. Na počátku existují tři azylové rozhovory s žadatelem o azyl, které v podstatě říkají následující: kmen Al-Qublani a sousední kmen Al-Satihy jsou oba zapojeny do sporu o pozemkový majetek. Rozhodnutí jemenského státního soudu není respektováno, neúspěšná byla i snaha urovnat spor mimosoudně, včetně nabídky peněz, ale spor eskaloval ve svár, krevní mstu. Dva lidé z kmene Al-Satihy byli zabití a bratr žadatele o azyl byl zabit. Tato konkrétní situace je popisována zejména v přípisu vesnického šejka Mudiriet al-Shar. Rozhodující faktory pro zdůraznění těchto dat v obou azylových řízeních (administrativním i soudním) jsou jemnější, téměř neviditelná spojení, která je téměř nemožné rozeznat v soudním rozhodnutí. Téměř nepolapitelné jsou reprezentace práva v Jemenu a podstaty krevní msty. Ty jsou reprezentovány v několika větách ve zprávách amerického ministerstva a vysokého komisaře pro uprchlíky, a v přípisu vesnického šejka Mudiriet al-Shar, i ve výrocích žadatele o azyl. Jsou opakovaná mnohokrát dalšími aktéry v obou řízeních a patrně jsou reprezentována i ve znalostním pozadí samotného azylového soudu v Hradci Králové. Skoro se zdá, jakoby jejich pomíjivý charakter ztuhl a byl postaven na pevný základ jejich opakováním ze strany azylového soudu, jakoby šlo o objektivní fakta: „V neposlední řadě měl žalovaný [ministerstvo vnitra – pozn. autora] přihlídnout k povaze krevní msty, kdy s ohledem na kulturu a tradice Jemenu je nevykonání krevní msty potupou pro kmen Al-Satihy.“ Vzhledem k tomu, že v tomto azylovém případě se neobjevil žádný znalec, tato slova v azylovém rozhodnutí odkazují na azylový soud, jako na jejich původce (tj. západní právní autoritu) a její kognitivní chápání práva a krevní msty. Také částečně odrážejí roztržité obraz jemenské sociokulturní reality, který je ukotven v jednotlivých

symbolických reprezentacích. Ačkoli vztah mezi tímto důkazním základem a soudním pochopením podstaty krevní msty je více než diskutabilní.

Jak azylový soud prohlásil v rozhodnutí, vztah mezi krevní mstou a právem v Jemenu poskytuje „kontext“ pro odůvodněný strach žadatele o azyl z návratu do země původu, a je tedy součástí hlavního argumentu pro udělení azylu. Zároveň pochopení tohoto vztahu práva a krevní msty ze strany azylového soudu se opírá o jakési srovnání moderního práva a práva druhých, nemoderních lidí v Jemenu. Detailní pohled na důkazy v azylovém spisu, na jejichž základě je vystavěna podstata právní jinakosti, jasně ukazuje, že její mnohé zlomky a fragmenty lze nalézt v azylových rozhovorech s A.Q.M.S.M., stejně jako ve zprávách různých tuzemských i cizích ministerstev a UNHCR. Následující klíčové fragmenty byly zahrnuty do rozhodnutí soudu:

„To, že byly zabity osoby z druhého kmene a bratr žalobce, nakonec vedlo k tomu, že druhý kmen se chtěl pomstít vyvážením počtu zemřelých, což nijak podkladové zprávy nevyklučují.“

„Kmen Al-Satihy ho chtěl zabít, neboť chtěl pomstít své mrtvé, problémy se vždy řešily mezi kmeny, neboť úřady nefungují dostatečně, krevní msta je vyrovnána, když zemře stejný počet lidí na každé straně.“

Je třeba také poznamenat, že prostorová a časová dimenze krevní msty je specifikována jako věčná („Spory krevní msty jsou časově neomezené, zdejší pobyt žalobce v délce 5 let tak nemůže znamenat jeho ukončení“) a zeměpisně neomezená, bezbřehá [„vzdálenost těchto měst (Ibb a Saná) je však pouze 206 km a s ohledem na povahu krevní msty v Jemenu není předpoklad definitivního úniku a opětovného rizika reálný“] a osudově nevyhnutelná („Kmen odmítl i zapomenout na krevní mstu“ a „je nevykonání krevní msty potupou“). Tento popis krevní msty vyplývá z dynamiky samotného azylového řízení. Jelikož Jemen není považován za moderní národní stát, heterogenita jeho území slouží jako argument pro pochybnosti ministerstva, pokud jde o „reálnost“ krevní msty a jejího časoprostorového rozmezí. Slovo reálnost se užívá v procesu dokazování, jak ze strany ministerstva vnitra tak azylového soudu právě ve vztahu k prostorovým aspektům msty. Azylový soud nařídil ministerstvu posoudit „reálnost skutečného možného přesídlení v rámci země,“ tj. Jemenu. Tento termín ve skutečnosti neodkazuje na realitu, nýbrž na možnost a potenciál. Tento přístup k tomu, co vlastně je skutečnost, se velmi podobá povaze antropologických poznatků,

které „z větší části jsou pravděpodobnostmi, nikoliv jistotami nebo 'absolutními pravdami'.“<sup>542</sup>

Stav práva v Jemenu je popsán ve verdiktu azylového soudu těmito výroky. Zaprvé: „Samotná skutečnost, že kmen Al-Satihy nerespektoval rozhodnutí soudu, svědčí o tom, že spory obecně v Jemenu jsou řešeny mimosoudně a stát, ani státní orgány dostatečnou ochranu neposkytují.“ Zadruhé: „žalobce se již v minulosti obrátil na soud v zemi původu se žádostí o vyřešení sporů s tímto kmenem, týkajících se půdy, avšak protože je doposud v zemi krevní msta problémem, došlo k řešení těchto sporů mimosoudně, přičemž byl zabit bratr žalobce. Lze tak předpokládat, že kmen Al-Satihy nebude mít zájem na soudním řešení sporu ani v budoucnu a ani pouhá možnost přešetření krevní msty členy kmene Al-Satihy od zabití žalobce neodradí.“ Zatřetí: „Uvedený problém [krevní mstu vzniklou z majetkového sporu] nejsou jemenské orgány schopny, ale ani ochotny vypořádat.“ Začtvrté: „případ řešil i [jemenský – pozn. autora]soud, který však na obavy z krevní msty nemohl mít dopad.“ Azylový soud dospěl k závěru, že i když existuje jemenský státní soud s jurisdikcí nad městem Disia, jeho rozhodnutí nejsou respektována. Český azylový soud rovněž souhlasil se spekulací žadatele o azyl, že výsledky soudních řízení „v provinciích jsou sporné, pozitivnější výsledek lze očekávat u odvolacích soudů, v daném případě ve městě Saná,“ který by se se sporem lépe vypořádal. I když toto tvrzení je pouze názor, z nějakého důvodu bylo pro azylový soud natolik důležité, aby bylo citováno ve verdiktu. Azylový soud sám přidal ještě jeden kousek do skládky o krevní mstě, který je vyjádřen s poněkud evolučním podtextem, když prohlásil, že „na tomto poli [beztrestnost krevní msty – pozn. autora] je ještě stále pomoc orgánů prakticky neúčinná. Krevní msta v této zemi je ještě stále problém.“ Slovo „ještě stále“ jasně naznačuje, že předpokladem moderního soudu je, že jemenské právo se nachází někde na své trajektorii k modernitě. V této souvislosti soudkyně striktně rozlišuje mezi oběma doménami: mezi právem a „kulturou a tradicí.“ Ačkoli to není nikde výslovně uvedeno, tato interpretace vyplývá ze skutečnosti, že soud nahlíží na „mimosoudní formy urovnávání sporů,“ jakoby neodkazovaly na právo, zatímco trvá na tom, že rozhodnutí státních soudů jsou právní, i když bezpochyby nejsou respektována. Kdyby byl k tomuto případu přizván zkušený antropolog jako soudní znalec, musel by rozlišit nejméně tři sféry normativity: formální státní právo, mezikmenové právo, mezikmenovou krevní mstu, a „tzv. 'urfi,' zvykové právo, kmenový systém souzení.“ Nicméně, azylový soud kategorizuje mezi-kmenovou mstu i právo jako jemenskou kulturu a tradici, a proto jsou jako takové tyto

---

<sup>542</sup> RIGBY, P., SEVAREID, P.: *Lawyers, Anthropologists, and the Knowledge of Facts*. In KANDEL, R. (ed.): *Double Vision: Anthropologists at Law*. Oxford 1992, s. 11.



sféry normativity vnímány jako předmoderní a tudíž ze své podstaty neúčinné. Jejich vnitřní specifika jsou pak neviditelná. Smíšení právního systému státu a (mezi)kmenového práva v jednom konceptu práva je pro český azylový soud irelevantní; mezikmenové právo není právem, neboť není navázáno na stát (svazek státu a práva) a státní právo je právem, byť není respektováno a fakticky umožňuje krevní mstu, kterou zároveň kriminalizuje. Taková je kognitivní strategie soudu pro navigaci ve zcela neznámém právním terénu.

Dalším, dosud nejmenovaným důkazem je zpráva českého velvyslanectví v Jemenu, který jasně ukazuje vztah mezi právem a krevní mstou z pohledu státního práva: „krevní msta v Jemenu [je] považována za trestný čin, uvádí se však, že dosáhnout jejího vyšetření je často obtížné a pouhá výhrůžka nebývá šetřena vůbec.“ Zpráva také konstatuje stav práva v Jemenu, ale překvapivě jen v jedné větě: „právní systém pro odhalování, stíhání a trestání osob, které se dopustí krevní msty, nelze považovat za účinný.“ Tento důkaz je pak doplněn o nové doporučení ministerstva zahraničních věcí České republiky, které „nabádá občany, aby Jemen opustili a do země necestovali“ z důvodu probíhajících bojů a náletů, a selhávajících systémů vody, elektřiny a zdravotní péče. Pro azylový soud je souvislost mezi těmito dvěma zprávami zřejmá – selhávající státní právo.

Snad ještě výmluvnější je další důkaz – zpráva amerického ministerstva zahraničí, která v rozhodnutí užívá k osvětlení jak krevní msty, tak stavu práva v Jemenu. Informace převzaté z této zprávy do azylového rozhodnutí hovoří o „beztrestnosti jako všudypřítomném jevu, o problémech v oblasti lidských práv – jako svévolném zabíjení a aktech násilí páchaných vládou a různými subjekty a skupinami, mizení a únosech lidí a slabém a zkorumpovaném soudním systému [...] násilnostech, souvisících s tradičními kmenovými konflikty.“ Dále se uvádí, že „[e]xistují konfliktní oblasti, do nichž je vstup omezen, místní úřady občas nectí oficiální dokumenty, svoboda pohybu je omezována ozbrojenými příslušníky kmenů (první zpráva).“ Azylový soud rovněž zaměřuje svou pozornost na „neutěšenou situaci v soudnictví, kdy byly zaznamenány výhrůžky soudcům.“ Tyto aspekty sociokulturního prostředí v Jemenu byly také přeneseny do verdiktu soudu. Ačkoli Alvarez a Loucky<sup>543</sup> spatřují ve „zprávách o lidských právech“ určitou podjatost (jejich formulace vždy odpovídají politickým a zahraničně-politickým zájmům, než potřebám azylového řízení), v tomto konkrétním případě naopak zpráva o stavu lidských práv jednoznačně pomáhá A.Q.M.S.M. v jeho snaze o udělení azylu. Není proto jasné v čem

---

<sup>543</sup> ALVAREZ, L., LOUCKY, J.: *Inquiry and Advocacy: Attorney-Expert Collaboration in the Political Asylum Process*. op. cit., s. 47.

by měla její podjatost spočívat. Nicméně před soudem a úřadem je prokazována konkrétní situace žadatele o azyl, nikoliv situace v zemi jako takové.

Azylový soud v tomto smyslu například uvádí, že tyto zprávy představují „rámec“ pro příběh žadatele o azyl, jelikož s ním „nejsou v rozporu.“ V tomto ohledu mohou být užitečnější pro žadatele o azyl více, než mnohem konkrétnější a specifické znalecké výpovědi antropologa zaměřujícího se na Jemen, který by pravděpodobně mohl hovořit pouze o některých regionech v Jemenu.<sup>544</sup>

Dalším aktérem příběhu je ministerstvo vnitra a jeho nedůvěra vůči osobnosti žadatele o azyl. Říkám „osobnost,“ protože on sám je viděn jako nedůvěryhodný zdroj. Vzhledem k tomu, že Organizace pro pomoc uprchlíkům představila více důkazů než ministerstvo, ministerstvo udělalo mnoho pokusů o jejich zpochybnění, které se týkaly zejména výroků žadatele o azyl jako například: „zpochybnění označení příslušníků znepráteleného kmene Al-Satihy za skutečného pronásledovatele,“ nebo „situace v Jemenu se postupně stabilizuje, žalobci nic nebrání v tom, aby se uchýlil na vhodné a bezpečné místo pomocí vnitřního přesídlení, které již dříve využil,“ nebo „údajnou činnost soukromých osob tedy nelze přičítat státním orgánům Jemenu,“ nebo „se nepodařilo v průběhu řízení prokázat existenci kmene Al-Satihy,“ nebo „zpochybňuje, že kmen Al-Satihy mohl disponovat vlivem, o němž žalobce hovořil.“ Jak je patrné, dle náhledu soudu jsou tato zpochybnění ve své podstatě pouze názory formulované z distancované kritické perspektivy, avšak bez jakéhokoliv spojení se symbolickými reprezentacemi práva a kultury v Jemenu, či konkrétní situací žadatele. Je to jen kritika důkazů bez podkladů. Přesto tento režim pravdy fungoval docela dobře proti žadateli o azyl v průběhu správního řízení, kdy sama autorita ministerstva vnitra užívala nezdůvodněnou a nedůvěřivou kritiku osobnosti žadatele o azyl, proti jeho zájmům. Tato nedůvěra, v kombinaci s kritickým přístupem ministerstva, fakticky přenesla důkazní břemeno na žadatele o azyl. Tento postup však odporuje jak vnitrostátním zákonům, tak mezinárodním smlouvám. Ministerstvo vnitra tak velmi účinně diskriminovalo A. Q. M. S. M. v průběhu azylového řízení, aniž by k tomu potřebovalo cokoli navíc, než své vlastní předsudky. Je zajímavé, že jej nijak nezneklidnila soudem konstatovaná „nezákonnost“ takového postupu.

V azylovém řízení existuje nicméně ještě více aktérů, kteří se podílí na utváření představy soudu o právu druhých, jmenovitě normy (zákony a mezinárodní smlouvy) a související příručky a komentáře. Ačkoli tyto nejsou přímo zmíněny v rozhodnutí, mají obrovský vliv na utváření popisu případu. Tito aktéři zahrnují pojem nestátního aktéra a jeho

---

<sup>544</sup> Viz například, WEIR, S.: *A Tribal Order: Politics and Law in the Mountains of Yemen*. op. cit.

vazbu na pojem pronásledovatele, pojem sociální skupiny a jeho vazbu na pojem kmene a v neposlední řadě pak vztah mezi státními a nestátními subjekty. Vzhledem k tomu, že všechny tyto detaily byly již obsaženy ve spisu na úrovni správního řízení o udělení azylu, musíme se ptát, co se s nimi stalo v řízení před azylovým soudem, který je použil ve prospěch žadatele o azyl. Možná, že soudkyně zamíchala s těmito pojmy jako s kartami a vznikly tak nové vztahy mezi jejich jednotlivými detaily. I když azylové řízení před ministerstvem mohlo být popsáno jako selhání důkazů, soud v první řadě uvedl, že pochybnost a nedůvěra ministerstva vnitra nemá základ v realitě – „Správní orgán pouze opakovaně trvá na svých tvrzeních, a to, že státní orgány Jemenu jsou schopny v podobných případech poskytnout účinnou ochranu a je možné reálné využití vnitřního přesídlení. Taková tvrzení však nemají oporu v podkladech.“ A dále uvádí, že ministerstvo „argumentuje i nadále selektivně, uvádí, že krevní msta je v Jemenu trestným činem, ale další argumenty nejsou brány v úvahu.“ Nebo že je jeho „argumentace (...) nepříhodná.“ Kromě toho lze říci, že azylový soud vyvolal určitou realitu, alespoň pro ministerstvo tím, že hovoří o určitých segmentech symbolických reprezentací jemenské sociokulturní reality jako o „skutečnostech“, „pravdě“ a o „existenci“ či o tom, že něco „existuje“, byť si je jinak vědom svého dovozování na jejich základě, když například uvádí, že „[d]le shromážděných podkladů tak právní systém pro odhalování, stíhání a trestání osob, které se dopustí krevní msty, nelze považovat za účinný.“ Tato změna postupu spočívajícího téměř výhradně v popisu důkazů a jejich vzájemného propojení pozoruhodně přesunula důkazní břemeno z žadatele o azyl zpět na státní orgán. Soud dále zopakoval například, že „[s]amotná skutečnost, že kmen Al-Satihy nerespektoval rozhodnutí soudu, svědčí o tom, že spory obecně v Jemenu jsou řešeny mimosoudně,“ čímž naráz uznal existenci kmenů a realitu krevní msty, kterou přidal jako určitou příměs do konceptuální sloučeniny „kultury a tradic Jemenu.“ I když by se „mimosoudní řešení“ dalo interpretovat tak, že existuje účinný nestátní nesoudní, nicméně však právní mechanismus, tato možnost nepřipadá v úvahu, protože takové právo není rozpoznatelné jako právo ze strany českých právních autorit. Avšak ani tehdy, kdyby rozpoznáno bylo, jeho účinnost by byla zpochybněna také, neboť upravuje, spíše než kriminalizuje krevní mstu. Azylový soud přidal ještě více zrněk reality do případu tím, že uvádí například, že „[s] problémem krevní msty se žalobce setkal osobně, v popisované přestřelce došlo k zabití osob a taková situace znamená centrum žalobcových obav.“ Proti tvrzení ministerstva, že existence kmene Al-Satihy nebyla prokázána, soudkyně napsala, že „[j]e pravdou, že kmen Al-Satihy je v oblasti, kde žalobce žil, vlivný a bohatý.“ Dále soud uvádí, že „[j]e pravdou, že soudy řešily spor kmenů o pozemek, policie šetřila okolnosti přestřelky.“ Z tohoto náhledu azylového soudu je patrné,

že řadu faktů má za prokázané již ze samotného příběhu žadatele o azyl, které buď nebyly zpochybněny, nebo byly podpořeny důkazy v tom smyslu, že jim odpovídaly a nebyly s nimi v rozporu. Důležité také bylo, že žadatel o azyl „popsal skutečnosti, pro které opustil zemi původu, detailně a konstantně.“ Relevance těchto okolností pro ministerstvo v jeho režimu pravdy zanikla, neboť byly odděleny od věci pochybností o důvěryhodnosti žadatele. Stav práva v Jemenu a realita krevní msty musí být dle náhledu azylového soudu hodnocena ve světle shromážděných důkazů, nikoli s ohledem na tyto dle všeho apriorní pochybnosti.

V tomto ohledu je třeba si uvědomit, že úloha azylového soudu je prokázat zvláštní druh skutečnosti. Soudce zkoumá kulturní a právní realitu, které se nachází „někde tam venku.“ Dělá si o ní vlastní obrázek, jehož cílem je opravit obrázek, který si na základě stejných podkladů vytvořilo ministerstvo vnitra. Ve skutečnosti soudce spoléhá na stejné symbolické reprezentace, které se ocitly ve spisu, což znamená, že přeskupuje stejné omezené množství údajů a neúplných a někdy ne zcela srozumitelných informací do jiného typu výsledného porozumění. Omezenost prověřitelnosti informací o A.Q.M.S.M., jemenských právních systémech a jejich vztahu ke krevní mstě je enormní. Je zřejmé, že k ní přispívá i to, že ani státní orgány v azylovém řízení ani azylový soud nejsou odborníci na právo a kulturu Jemenu. Jejich laický přístup k těmto skutečnostem lokalizovaným v Jemenu je v jistém smyslu přirozený. Vyplyvá z toho, že žádostí o azyl je mnoho a jsou podávány lidmi všech možných národností.<sup>545</sup> Absence jemenského odborníka je přirozená ve stejném smyslu, protože takový člověk zřejmě bude pouze v zahraničí.

Podíváme-li se blíže na rozhodovací praxi azylového soudu, můžeme prozkoumat konkrétní způsob, jakým mluví o právu - nebo přesněji řečeno, způsob, jak mluví o jemenském právu. Jak již bylo uvedeno výše, role azylového soudu není omezena na nápravu nesprávného výkladu důkazů. Vzhledem k tomu, že soudu se nedaří změnit nesprávný postup ministerstva k důkazům – jeho režim pravdy je konstantní a dlouhotrvající i přes rozhodovací praxi azylových soudů, které často ani nemají poslední slovo<sup>546</sup> – více důležitá role soudu spočívá v novém smontování sociokulturní reality, na kterou důkazy odkazují. Kromě toho je dobře známo mezi odborníky, že přístup ministerstev vnitra k azylu a migraci se vyznačuje řadou nedostatků, které lze označit jako vytváření institucionálních překážek, plnění politické objednávky, kulturní necitlivost, nedostatek nestrannosti,

---

<sup>545</sup> ALVAREZ, L., LOUCKY, J.: *Inquiry and Advocacy: Attorney-Expert Collaboration in the Political Asylum Process*. op. cit., s. 49.

<sup>546</sup> *Ibidem*.

nedostatku informací a nedostatku zdrojů pro získání odborné pomoci.<sup>547</sup> Nízká úroveň přístupu ministerstva k důkaznímu procesu je dobře známá, a není neobvyklá, přinejmenším v mezinárodním srovnání s jinými zeměmi.<sup>548</sup> Tato kritika by nás však neměla odvádět od chápání právní a kulturní skutečnosti v Jemenu jako specifického režimu pravdy. Přenesení případu ze správní na soudní úroveň jasně změnilo nejen způsob, jakým jsou posuzovány důkazy, ale také to, na kom leží důkazní a procesní břemeno. V řízení před ministerstvem je posuzován A.Q.M.S.M, ale před azylovým soudem je posuzováno ministerstvo (to znamená, že z právní autority se stává strana sporu). Pozorovatel se náhle mění v pozorovaného a tím se mění hodně. Z antropologicko-komparativního hlediska ministerstvo v prvním stupni azylového řízení lze považovat za kvazi-soud. V tomto světle lze charakteristické rozdíly mezi ním a azylovým soudem pokládat za rozdíly mezi režimy pravdy dvou právních autorit. Význam tohoto rozdílu lze jen zdůraznit tím, že vyhoštění žadatele o azyl může vést k jeho smrti v Jemenu. I když tento následek by mohl být chápán jako pouhý vedlejší produkt jeho repatriace, srovnání mezi odepřením azylu a trestem smrti nelze zcela ignorovat.

Zatímco azylový soud popřel režim pravdy zavedený do důkazů ze strany ministerstva, přijal jeho jazyk ohledně krevní msty, který se na první pohled zdá být sofistikovaný. Z antropologického hlediska je nicméně zvláštní směsicí evropského myšlení devatenáctého století o primitivních kulturách a imaginárního obrazu „archaického“ práva vymyšleného (patrně na základě překladů) pro účely azylového řízení. Ten však působí tak, že se vzal kdo-ví-kde. Je to ten druh promítání, který lze bezpečně označit za archetypální obraz archaického v moderním způsobu myšlení. Tento archetyp nevznikl z ničeho, nýbrž je zakotven v reprezentacích jemenské skutečnosti odebraných z důkazů. Prohlášení jako „nejvíce sporů se řeší mezi kmeny bez pomoci nebo podpory ze strany státu“ nebo „jiný kmen se chtěl pomstít tím, že vyrovná počet úmrtí,“ jsou náhle povýšeny na úroveň obecnějšího, apodiktického jazyka původně zakotveného v otázkách ministerstva jako „kdo krevní mstu vyřkl.“ Archaické české sloveso<sup>549</sup> „vyřknout,“ které lze přeložit také jako „pronést“ kletbu, modlitbu nebo „vynést“ ortel, se fakticky zaměřuje na to, kdo autoritativně rozhodl o započetí feudu. Toto archaické sloveso není však obvykle užíváno takovým způsobem v českém jazyce, spíše se užívá ve zmíněných kontextech kletby, ortelu či modlitby. Obvykle přináší na mysl rituály ve středověkých kostelech nebo zaklínání v domě čarodějnice. Dle mého

---

<sup>547</sup> Srov. ALVAREZ, L., LOUCKY, J.: *Inquiry and Advocacy: Attorney-Expert Collaboration in the Political Asylum Process*. op. cit., s. 43.

<sup>548</sup> *Ibidem*.

<sup>549</sup> Sloveso, které je z lingvistického hlediska archaismem, tj. zastaralým jazykovým prvkem.

názoru tato volba slov v azylovém rozhodnutí jednoduše umístí feud do archetypu archaického.

V současné době feud není příliš dobře známý kulturní jev v České republice. Vzhledem k tomu, že feud představuje téměř neznámou oblast odborných znalostí, je velmi pravděpodobné, že porozumění azylového soudu je odvozeno v podobě logických závěrů o dílčích dostupných faktech, které se objevují v azylovém řízení. Studie práva v archaických kulturách<sup>550</sup> mají tendenci popisovat feud neutrálně jako „právní mechanismus,“ což zjevně vyplývá ze spoléhání hlavně na religionistickou literaturu a starší etnografické studie devatenáctého století, které přímo neprozkoumají vztah mezi feudem a právem a že – navzdory jejich poctivému přístupu a některým zajímavým objevům – ve výsledku romantizují pojem feudu. Tyto studie mají tendenci užívat slovo „archaické“ stejným způsobem jako „starobylé,“ „velmi dávné“ nebo „velmi staré“ v chronologickém smyslu, tj. jako „již dávno neexistující.“ Kromě toho chápající perspektiva studií práva v archaických kulturách může vyvolávat přemýšlení o oprávněnosti feudu. V tomto konkrétním případě, i v azylovém řízení vůbec, je to však velmi nepříhodné z hlediska západních právních hodnot. V této souvislosti je tedy především třeba chápat, že archaické právo je právem „historizovaným,“ (umístěným) do velmi vzdálené, zaniklé minulosti. V oblasti antropologie šlo bádání o feudu jiným směrem. Tato změna kurzu byla nastolena Pospíšilem,<sup>551</sup> když popisoval koncept feudu jako protikladu k právu. Dosud je tento pohled široce respektován.<sup>552</sup> Vzhledem k tomu, že žádní antropologové nebo odborníci na právo v archaických kulturách nebyli povoláni ke znalecké výpovědi v azylovém řízení, žádná taková debata nemohla před soudem zaznít. Nicméně, tento azylový kontext může způsobit, že si antropologové uvědomí, že charakterizace feudu jako „právní mechanismus“ je vlastně reliktem kolonialismu, a že vztah práva a feudu je ve skutečnosti jiný. Ochota azylového soudu akceptovat archaická česká slova ve vztahu k feudu, stejně jako jeho přijetí odkazů na archaickou tradici a kulturu, však dost možná vyplývá z jeho imaginace, která je sama o sobě problematická v rámci azylových případů s potenciálem pro deportaci, neboť patrně právě ona je faktorem latentně zdůvodňujícím apriorní nedůvěru vůči žadatelům o azyl. Použití těchto archaických slov ve vztahu k současnému právu a kultuře v Jemenu odpovídá zhruba ochotě jiných soudců vidět současné právo v Afghánistánu a dalších „zhroutených

<sup>550</sup> STRNAD, J., VÍTEK, T.: *Zákon a právo v archaických kulturách*. Praha 2010.

<sup>551</sup> POSPÍŠIL, L.: *Law and Societal Structure among the Nunamiut Eskimo*. In GOODENOUGH, W. (ed.): *Explorations in Cultural Anthropology: Essays in Honor of George Peter Murdoch*, 395–431. New York 1964; POSPÍŠIL, L.: *Feud*. In SILLS, D. (ed.): *International Encyclopedia of the Social Sciences* 389–393. New York 1968.

<sup>552</sup> COONEY, M. 2001. *Feud and Internal War: Legal Aspects*. In SMELSER, N., BALTES, P. (eds.): *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, 8, 5605–5608. New York 2001.

států“ jako archaické, takže lze mluvit o jakési „archaické současnosti.“ Samy studie práva v archaických kulturách však nejsou žádným způsobem spojeny s oblastí současných azylových řízení. Tyto jediné odborné materiály na téma feudu a krevní msty v českém jazyce byly psány, aniž by měly azylové soudy v mysli, a tak praxe extrahování znalosti z odborných knih bez jejich umístění do kontextu v čase a místě, může mít i dnes nebezpečné důsledky pro žadatele o azyl. Naštěstí pro ně tyto staromódní materiály (neprávnícké knihy) jsou příliš objemné pro tempo a spád soudního řízení. Ve srovnání s tím azylový soud učinil z konstantního a podrobného aktuálního svědectví žadatele o azyl jeden z rozhodujících důkazů. Toto svědectví a oficiální dopis od vesnického šejka jsou jedinými přímými artefakty právních, společenských kulturních podmínek v Jemenu.

Z tohoto pohledu jádro analyzovaného azylového rozhodnutí spočívá v aktivním popisu a propojení různých fragmentů jemenského práva a kultury a v překreslování mapy jejich vzájemných propojení. Právní normy českého státního práva jsou přítomny spíše skrze několik odkazů na samém počátku a na samém konci tohoto rozhodnutí. Dokonce i „opodstatněný strach z pronásledování z důvodu příslušnosti k určité sociální skupině“ převzatý z Úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951 stojí v rozhodnutí jako samostatná kategorie spíše než součást právní normy. Právní normy a předpisy hrají spíše zákulisní roli. I když významně přispívají k tvarování popisu práva a kultury v Jemenu a hodnocení důkazů, azylové rozhodnutí samo o sobě se zdá být v první řadě cvičením v „spojnicografii“<sup>553</sup> důkazů. Výsledkem je, že čtenář se z rozhodnutí bezprostředně nedozví, například, že azyl je poskytován pouze z toho důvodu, že žadatel byl buď obětí minulého pronásledování, nebo má opodstatněný strach z pronásledování z důvodu členství k určité sociální skupině, a že to je důvod, proč je svědectví o fungování jemenského právního systému připojeno k pojmu „účinné ochrany v zemi původu.“ A tak právní pravidlo, které je v rozhodnutí téměř neviditelné, je hlavní příčinou konkrétního typu výstavby popisné mapy důkazů. Břemeno důkazu a nezpochybnitelná fakta jsou znovu zamíchána, respektive znovu rozehrána jako „Osadníci z Katanu,“ a také mohou vést ke zcela jinému výsledku, tj. udělení azylu. Z tohoto důvodu je důležité prokázat, zda žadatel o azyl se skutečně obává pronásledování, i když neví, co to znamená, jelikož nemusí být obeznámen se všemi právními „Abracadabra.“ Azylový soud mění strategický význam důkazů tím, že autoritativně říká, co je skutečnost a co je jen názor, co člověk či ministerstvo ví a co neví, navzdory tomu, co by se mu mohlo zdát, že ví nebo neví. Ačkoli řízení trvalo celkem asi pět let a ministerstvo mělo cca dva roky na to, aby zajistilo podklady pro své pochybnosti a nedůvěru, azylový soud

---

<sup>553</sup> KHANNA, P.: *Connectography: Mapping the Future of Global Civilization*. New York 2016.

konstatoval, že pochybnosti nemají ani po této době žádný základ v realitě. Výsledkem je, že výpověď žadatele o azyl se stala ústředním důkazem o jeho konkrétní situaci v Jemenu, s kterou byla v souladu řada dalších informací (šejkův přípis). Žadatel sám se stal odborníkem, který poskytl autoritativní osobní svědectví. „Já“ antropologa s přímou zkušeností v terénu je velmi podobné tomuto „já“ A.Q.M.S.M., žadatele o azyl. Je třeba dodat, že ačkoliv některé případy antropologie ve službách azylové spravedlnosti jsou v literatuře známé,<sup>554</sup> antropologické, odborné a znalecké zapojení do azylového řízení je velmi neobvyklé v České republice.

Jemenská právní a sociokulturní realita je přenesena do středoevropského kontextu, jakoby to byl letecký snímek vzdáleného fotografa. Její hodnocení zahrnuje velmi specifický obraz krevní msty, která je hlavním indikátorem kvality jemenského práva. Dané azylové rozhodnutí bezostyšně přehlíží jakýkoliv konkrétní jemenský zákon, s jednou výjimkou - oficiální zákaz krevní msty a pravidla krevní msty, nahlížené ovšem sociologicky. Ani jediné slovo se však netýká obchodního, majetkového či pozemkového práva, kde byl prapůvodní kořen feudu. Ani o způsobu řešení mezikmenových obchodních sporů. Tato perspektiva je výsledkem zvláštností řízení o udělení azylu. Vlastně právo feudu je detailně popsáno, stejně jako (ne) fungování jemenského státního práva. Zákony samy o sobě (státní právo) jsou vnímány jako nadkulturní materiál. Jsou v náhledu soudu odděleny i od fakticity svého vlastního fungování, nesprávného užití či neužití. Kmenové a mezikmenové právní systémy jsou pouze zmíněny. Jemenská právní a kulturní realita je takto přenesena do České republiky za použití velmi úzkého normativního síta. Tento filtr lze nalézt jak v kulturním pozadí samotných českých právních autorit, tak u těch, kdo vytvářeli symbolické reprezentace práva v Jemenu (zejména různé zprávy o jeho stavu, a jež tak bylo vloženo přímo do popisovaných skutečností). Zejména se to týká západního vymezení říše normativity vůči fakticitě (kultuře, společnosti, tradici, feudu, bezpečnostní situaci apod.). Způsob, jakým právo v Jemenu vnímají západní soudy nebo jiné západní autority, ukazuje na to, co se rozumí pod pojmem moderního práva. Je to konečný cíl, který by mělo právo v Jemenu dle tohoto náhledu dosáhnout ve svém vývoji. Tento podrobný pohled na domácí azylové právo v praxi a na to, pod jakým zorným úhlem chápe právo druhých, ukazuje, jak je moderní právo manifestováno v popisech tohoto cizího práva. Pokud došlo ke srovnání jemenského práva s právním řádem České republiky a věřím, že k tomu v tomto azylovém řízení došlo, pak to bylo velmi specifické a velmi úzce tvarované právní srovnání.

---

<sup>554</sup> ALVAREZ, L., LOUCKY, J.: *Inquiry and Advocacy: Attorney-Expert Collaboration in the Political Asylum Process*. op. cit., s. 47.



Právní sodality (mezikmenové obchodní soudy), které řeší spory o převodu pozemků, však nebyly ze strany moderní právní autority zaznamenány. To však nic nevyovídá o jejich existenci či neexistenci. Pokud by právní sodality neexistovaly, mělo by to následující implikace. Zaprvé, mezikmenové spory řeší pouze státní soudy (ty nejsou kmeny respektovány). Zadruhé, mezi kmeny nedochází k obchodním sporům (to vyvrací samotná existence krevní msty). Zatřetí, všechny mezikmenové obchodní spory jsou řešeny prostřednictvím feudu. Jak však uvádí Weir, smlouva o koupi pozemku z roku 1605 byla respektována ještě v roce 1980.<sup>555</sup>

---

<sup>555</sup> WEIR, S.: *A Tribal Order: Politics and Law in the Mountains of Yemen*. Austin 2007, s. 18.

## 7. ZÁVĚREČNÁ ČÁST

### 7.1 Právní systémy založené na reciprocitě

Právo skryté za naší ideou práva, právo vymykající se z rámce této ideje, právo odlišné tak, že jej sotva můžeme rozpoznat, představuje jeden z antropologických mýtů. Součástí tohoto mýtu je i představa, že toto právo druhých lze objevit na odlehlých místech nedotčených moderní civilizací, například ve vysokých horách Hindúkuše, anebo pod vnější slupkou modernity, za níž může být pokládán například národní stát. Zvláštní napětí pak tomuto mýtu dodává představa, že taková místa můžeme nalézt také nedaleko domova, poblíž cest, po nichž denně chodíme. Životnost tohoto mýtu pak pramení z toho, že vybízí k hledání a že neznámé právní jevy jsou stále nacházeny. V předcházejících kapitolách mohl čtenář postřehnout, že neznámost některých právních jevů – zde určitý typ právní autority, kterou označujeme za právní sodalitu – zapřičiňuje, že jsou soustavně přehlíženy moderními právními odborníky jak na úrovni rozhodovací činnosti soudů, tak na úrovni vědecké produkce o afghánském právu a projektů právní změny. Tato tendence nemá zcela objektivní příčiny, nýbrž vyplývá spíše z inherentní struktury moderního kognitivního přístupu. Uvedený aspekt moderní právní kognice, který v této kapitole podrobně rozebereme v širším kontextu právní antropologie, zde reflektuji pod pojmem zániková transformace práva.<sup>556</sup> Její následky obecně nastávají, zdá se, kdykoliv nešetrně uplatníme naše ne příliš jemné kategorie. Dále se v této kapitole zaměřím na to, co vyplývá z porovnání zanikajících a přenesených informací o afghánském právu při mezikulturním přenosu, totiž na distinkci právních sodalit a modalit, která nám umožnila konceptualizaci skutečných právních autorit na území současného Afghánistánu. V tomto ohledu se potvrzuje nejen životnost, nýbrž i pravdivost zmíněného antropologického mýtu: stopy právních sodalit se nacházejí v textech o právním uspořádání Afghánistánu, které byly obsaženy ve zprávách a internetových archivech a které tyto české právní autority měly k dispozici. Přesto klíčová místa tyto autority přešly bez náznaku zaujetí. Nejinak se však zachovali i lidé, kteří tytéž údaje sbírali přímo v terénu a kteří je do těchto textů vložili. Údaje o právních sodalitách zde jsou od počátků poznávacího procesu (moderní výzkumník v afghánském terénu) a zůstávají nepovšimnuty až po finální akt aplikace vědění o afghánském právu v rozhodovací činnosti českých právních autorit, která se odehrává v soudních síních evropských měst. Proč tyto údaje nemají význam,

---

<sup>556</sup> Tento pojem odkazuje na skutečnost, že v důsledku mezikulturního přenosu značná část právní informace zkrátka zanikne, takže výsledná právní informace je určité torzo. K pojmu „zániková transformace“ samotnému srov. NEÚSTUPNÝ, E.: *Archaeological Method*. Cambridge 1993, s. 50, 63, 71. Pojem souvisí s přechodem artefaktů z živé do mrtvé kultury.

vymykají se porozumění i možnosti praktického uplatnění? Co je příčinou této juristické necitlivosti? Lze ji omezit jen na český justiční systém nebo jen na právní vědu či se jedná o obecnější problém? Nedostatek kognitivních a intelektuálních zdrojů, které by umožnily konceptualizaci těchto skutečných právních autorit v Afghánistánu, je jasně patrný. Bez nich však data o onom zásadně jiném obchodním právu, užívaném právě ve vysokých horách Hindúkuše a jejich sousedství, leží ladem na internetu, v elektronických archivech soudů, ministerstev či zastupitelských misí, aniž by bylo zřejmé, co s nimi. Na druhou stranu je zde také problém přehlížení některých rysů moderního práva, které se svým afghánským protějškem sdílí a souvisejí s reciprocitou. Toto přehlížení, vrostlé hluboko do moderního způsobu uvažování, je tak v jistém smyslu symetrické.

V této kapitole je hledání rozdílů a podobností mezi právními řádů nahlíženo skrze problém zániku zásadních informací o právu druhých, k němuž dochází v reálných životních situacích právního provozu. Ač by se na první pohled mohlo zdát, že české právní autority zde představují „moderní“ obchodní právo, zatímco afghánské obchodní právo je pokládáno za „archaické“ či „tradiční“, tato distinkce není východiskem tohoto výzkumu, nýbrž je, jak jsem již uvedl v úvodu této práce, součástí náhledu účastníků výzkumu, kteří „své“ právo pokládají za moderní a sami sebe za moderní lidi, zatímco někteří z nich „afghánské právo“ pokládají za „archaické“ či „středověké.“ Jejich pohled však nekoresponduje s tím, co tento výzkum zjistil, ani se stavem poznání v rámci antropologie práva, která na základě jednotlivých empirických výzkumů postupně opustila jak dualismus „archaického“ či „tradičního“ práva, tak dualismus „náboženského“ a „sekulárního“ práva.<sup>557</sup> Naneštěstí oba tyto dualismy se opět vrací do hry v novém kabátě – jako distinkce formálního a neformálního, státního a nestátního práva. Toto zmrtvýchvstání absolutních právních distinkcí se pokusil překonat Rosen lépe podloženou taxonomií právních systémů, která sice opouští termíny jako archaické právo, náboženské právo či neformální právo a je o několik řádů přesnější, nicméně tato komparace nepotvrzuje zcela ani ji. Dle Rosenovy taxonomie je nutné konkrétní právní systémy klasifikovat dle jiných kritérií, než bylo dříve obvyklé. V důsledku toho se nacházejí v jedné třídě (rodině) právních kultur právní systémy, které jsou dle starších měřítek protikladné (například islámské právo a ekvitní systém). Rosen rozlišuje systémy common law (islámské právo, židovské právo od zničení druhého chrámu, irokézské právo), systémy civilního práva (babylónské a řecké právo) a tzv. právní systémy založené na reciprocitě („reciprocity-based legal systems“),<sup>558</sup> mezi něž počítá např. hinduistické

---

<sup>557</sup> ROSEN, L.: *The Justice of Islam*. Oxford 2002, s. 62.

<sup>558</sup> *Ibidem* s. 43–63.

a buddhistické právní systémy. Tato poslední právní taxa je pro nás nejdůležitější, neboť problém reciprocity představuje styčný bod mezi moderním *comitas gentium* a afghánskými právními *sodalitami*. Avšak užití Rosenovi taxonomie v této studii ukazuje, do jaké míry je závislá na perspektivě pozorovatele a míře jeho přiblížení k danému právnímu systému. Na základě emického náhledu je totiž český právní systém nutné zařadit mezi systémy civilního práva a afgánský právní systém mezi systémy *common law* (jelikož mezi ně Rosen řadí systémy islámského práva). Pokud však budeme hodnotit afghánský právní systém bez ohledu na jeho islámský charakter a přijmeme-li přitom distinkci formálního a neformálního práva, dojdeme k závěru zcela jinému. Totiž afghánský formální právní systém je dle taxonomie též systémem civilního práva a afgánský neformální právní systém je právním systémem založeným na reciprocitě. Jak jsme však již naznačili, sama tato distinkce („formální“/„neformální“) není validní, neboť afghánský formální právní systém nelze na základě antropologických analytických nástrojů téměř vůbec klasifikovat jako právo. Užijeme-li totiž antropologický pojem práva, jeví se pouze jako určitá exekutivně-administrativní soustava quasi-feudálních úřadů, která však postrádá povahu právního systému p, resp. skutečná právní rozhodnutí jsou v ní zcela marginální. „Neformální“ právo naopak při užití stejných nástrojů představuje jedinou oblast skutečného práva. Z antropologické perspektivy je však problematické vycházet z juristické jednotky analýzy, jíž je Afghánistán jako stát, jestliže se ukázalo, že právní kulturu, kterou nacházíme na území Afghánistánu, je třeba klasifikovat jako právní systémy založené na reciprocitě. I takto definované právní systémy v Afghánistánu nelze definovat naprosto soudržně, neboť v nich nacházíme sedimenty různých nábožensko-rituálních tradic (nejen islámské, ale též dharmické a jiné před-islámské, zejména co se týká sociální organizace práva).<sup>559</sup>

Jestliže uvádíme, že je obtížné skloubit představu právních systémů založených na reciprocitě s ideou státu, je tomu tak proto, že jsme odhalili těsnou souvislost mezi problémem reciprocity a multiplicity, a to v obou zkoumaných právních kulturách (české a afgánské). Již s ohledem na skutečnost, že s problémem reciprocity a multiplicity právních systémů se musí vyrovnávat i moderní obchodní právo (byť v jiném rozsahu a celkové konfiguraci), je nutné pro účely tohoto srovnání rovněž český systém civilního práva nahlížet jako právní systém založený na reciprocitě, a to přinejmenším v oblasti *comitas gentium*. V tomto kontextu je však rovněž zpochybněna singularita právního řádu na teritoriu českého státu a objevují se náznaky multiplicity právních systémů. Je proto nutné poznamenat, že v každém systému civilního práva i *common law* je *reciprocita explicitní*

---

<sup>559</sup> LUBIN, T.: *Indic Conceptions of Authority*. In LUBIN, T.: *Hinduism and the Law*. Cambridge 2010, s. 138.

kategorie právní praxe ve sporech s přeshraničním prvkem. Zcela běžně se užívá právě v kontextu, který jsem zkoumal v této studii. Je dokonce pravděpodobné, že do antropologie byl tento termín přenesen Malinowským právě z tohoto specifického právního kontextu, a přinejmenším jako analytický pojem je skutečně západním konstruktem, jak tvrdí Weiner.<sup>560</sup> Znalost tohoto kontextu lze dovodit i z Malinowského raného chápání práva.<sup>561</sup> Avšak recipocita v této studii není analytický pojem antropologie, nýbrž je to nativní analytická kategorie, neboť pod jejím prizmatem zkoumané právní autority studují některé aspekty právního rozhodování druhých. Na druhou stranu je však nutno zdůraznit, že recipocita se v českém právním systému explicitně objevuje právě jen v hraničních situacích, kdy je při rozsuzování obchodních (případně i rodinných, dědických a pracovních) sporů soudům uložena povinnost brát v úvahu i jiné právní systémy a jiné právní autority (resp. jejich precedenční právo) nacházející se mimo teritorium jejich státu. V těchto hraničních situacích skutečně dochází k tomu, že „představitel právního systému vyjadřuje standardy chování v rámci rozsáhlejšího kosmologického řádu“<sup>562</sup> a právní propozice jsou tak zároveň „kosmologickými propozicemi,“<sup>563</sup> což je dle Rosena jeden z hlavních atributů právních systémů založených na recipocitě.<sup>564</sup> Oproti tomu právní systémy v Afghánistánu jsou na recipocitě výslovně založeny mezi sebou v jádru afghánské společnosti. Lze snad říci, že na recipocitě mezi afghánskými právními autoritami (nikoliv na zmocnění suveréna) závisí legitimita jejich rozhodnutí. Avšak i tuto tezi tento výzkum relativizoval. Různé výsledky užití Rosenovi taxonomie tedy poměrně jasně ukazují, že nejméně polovina kognitivního postupu je určována perspektivou; kontextem, v němž srovnávání právních systémů probíhá. Určujícím faktorem se tak jeví „kosmologická deixis“<sup>565</sup> moderních právních komparací, které paradoxně nelze plně porozumět bez dalšího srovnávání, byť to se již musí odehrávat na jiné úrovni.

Z tohoto hlediska se „kosmologický“ aspekt v definici právních systémů založených na recipocitě jeví jako příhodný pro komparativně-analytické účely. Zbývající Rosenova kritéria pro identifikaci těchto právních systémů je však nutno považovat za příliš

---

<sup>560</sup> WEINER, A.: *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping-While-Giving*. Berkeley 1992, s. 17.

<sup>561</sup> LEDVINKA, T.: *Bronislaw Malinowski and the Anthropology of Law*. Cham 2016, s. 69.

<sup>562</sup> ROSEN, L. *The Justice of Islam*, op. cit., s. 58.

<sup>563</sup> Ibidem.

<sup>564</sup> Ibidem.

<sup>565</sup> VIVEIROS DE CASTRO, E.: *Cosmological deixis and Amerindian perspectivism*. In *Journal of the Royal Anthropological Institute* 1998.

nekonkrétní. Rosen například uvádí, že na „úrovni kultury“<sup>566</sup> tyto systémy „vyjadřují hodnoty vepsané do konvenčního chování,“<sup>567</sup> zatímco na „úrovni moci“<sup>568</sup> jsou tyto systémy „limitovány sociálními řešeními (...) [a] podporují společenské konvence.“<sup>569</sup> Snad o něco přesnější je formulace, že „takové právní systémy obnovují vzájemné propojení, které v kterýkoliv daný moment ustavuje východisko pro distribuování moci v těchto společnostech.“<sup>570</sup> Avšak i tato formulace je dosti nekonkrétní a její užití by bezpochyby vedlo například k zahrnutí celé moderní právní kultury do třídy právních systémů založených na reciprocitě. Takové vyústění užití Rosenovi taxonomie by v podstatě znamenalo, že český právní systém lze přiřadit do každé z Rosenových tříd. Rovněž by bylo možné říci, že obsahuje prvky všech tří typů, kdyby se to ovšem nepříčilo povaze Rosenovi taxonomie, jak jí sám charakterizuje. Toto stanovisko však nesdílím, neboť je patrné, že je to perspektiva zastávaná výzkumníkem, která zdůrazňuje určité rysy právního systému. Rosen nadto samu reciprocitu považuje za „prvek *give and take*.“<sup>571</sup> Tento náhled jsem však v předchozích kapitolách dosti zřejmě vyvrátil jako esenciální pojetí reciprocity, redukováno pouze na ekonomickou směnu – tzv. první okrsek reciprocity<sup>572</sup> – kdežto reciprocita jako explicitní kategorie se objevuje ve vztazích mezi právními autoritami (druhý okrsek reciprocity) stojícími nad směnou. Vztah práva a reciprocity je tak mnohem jasnější u Malinowského a Pitt-Riverse, než je tomu u Rosena. Rosenovi je však třeba dát za pravdu, když tvrdí – s odkazem na výzkumy práva u Šajenů, Kapauků, Tiruray (Teduray) a v království Busoga – že reciprocita je důvod, proč tyto systémy nejsou „statické.“<sup>573</sup>

Toto srovnání různých pojetí sociální organizace práva doplňuje úvahy Malinowského, Pitt-Riverse či Rosena v tom smyslu, že zdůrazňuje lokalizaci reciprocity nikoliv v obsahovém jádru jakéhokoliv právního systému, nýbrž právě ve vztazích mezi právními systémy. Reciprocita tedy představuje určitý způsob organizace právních systémů mezi sebou, jejichž pojetí se může zjevně lišit. V důsledku toho problém reciprocity zahrnuje i problém multiplicity právních systémů a stejně, jako mohou existovat různá pojetí reciprocity, jak jsme ukázali i v předchozích kapitolách, mohou existovat i různá pojetí

---

<sup>566</sup> ROSEN, L. *The Justice of Islam*, op. cit., s. 58.

<sup>567</sup> Ibidem.

<sup>568</sup> Ibidem.

<sup>569</sup> Ibidem, s. 61.

<sup>570</sup> Ibidem 58–59

<sup>571</sup> Ibidem.

<sup>572</sup> PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*, op. cit.

<sup>573</sup> Srov. ROSEN, L. *The Justice of Islam*, op. cit., s. 59.

multiplicity právních systémů a jejich adaptace v obchodním právu. Jak jsem již naznačil, jakékoliv jednoduché srovnání dvou takto odlišných právních systémů by bylo z antropologického hlediska naivní, neboť komparace probíhá vždy pouze v epicentru jednoho ze srovnávaných právních systémů a při přenosu informací o právu druhých dochází k zániku, zkreslení nebo modifikaci mnohého z těchto informací. Zániková transformace práva zároveň definuje témata, na něž se soustředíme, neboť při mezikulturním přenosu mezi právními kulturami s různými pojetími reciprocity (multiplicity) dochází paradoxně právě k zániku informací o reciprocitě a multiplicitě právních systémů. K mezikulturnímu přenosu právních systémů z Afghánistánu (právních systémů odpovídajícím obchodnímu právu) dochází zkrátka v organizačním rámci jen u jedné z právních kultur, zatímco s druhou je tento rámec nekompatibilní. Jedině touto asymetrií v právní komparaci je možné vysvětlit skutečnost, že při mezikulturním přenosu naprosto pravidelně dochází právě k zániku informací o „vztahu práva a organizace autority“<sup>574</sup> V této souvislosti je podstatné, a mluvím o problému rozpoznání práva v neznámém sociokulturním prostředí, že projekty právní změny v Afghánistánu (ale může se to patrně týkat i jiného „zhrouceného státu“), které nám zprostředkovávají řadu informací o „afghánském právu,“ jsou živeny mýty racionalizace práva, které jsou snad až příliš jasné. Neobsahují – tak jako hledačský mýtus antropologie – prvek záhadnosti a neznáma. Mýtická geneze práva (představa, odkud právo vychází a kam směřuje), kterou předkládají, je schematická. Patrně v důsledku toho jsou méně známé a méně pochopitelné právní jevy, vymykající se příkrosti mýtů o právu, hodnoceny *a priori* jako patologické. Tímto kognitivním omezením docilují tyto mýty vymýcení jakékoliv potřeby porozumět právnímu neznámu. Patrně z toho důvodu právní reformátoři zásadní antropologické objevy buď neznají, nebo je nepochopili, když jsou ochotni pokládat je za „zapeklité a neproduktivní“<sup>575</sup> a dávat před jejich zkoumáním přednost změně, která pak v důsledku toho může mít nezamýšlené následky a až příliš často, tak jako v Afghánistánu, se mívá účinkem.

Někteří antropologové se přirozeně snažili o to, aby jejich náhled na právo byl uznán i s následky pro právní praxi.<sup>576</sup> V několika případech se jim to i podařilo docílit. Avšak původní význam antropologických inovací byl právními modernizátory také často překroucen

---

<sup>574</sup> Srov. DAMASKA, M.: *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven 1986; ROSEN, L. *The Justice of Islam*, op. cit., s. 59.

<sup>575</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages: Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*. op. cit, s. 168.

<sup>576</sup> CHANOCK, M.: *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge 1985, s. 220–221; BENNETT, T.: *The Compatibility of African Customary Law and Human Rights*. In *Acta Juridica* 1991, s. 18–35.

a neutralizován. Ať už je to proto, že v osvojení antropologických objevů tito juristé neviděli svůj zájem nebo že takové osvojení bylo pro ně příliš namáhavé nebo že tyto inovace pod prizmatem tzv. právních věd chápali jako irelevantní. Jejich přehlížení v rámci projektů právní změny v nezápadních zemích představuje, nikoliv ojediněle, tragickou historickou lekci. Občanské války, revoluce a diktatury jsou samozřejmě výsledkem mnoha faktorů, nicméně projekty právní změny (či lépe řečeno aspekt jejich necitlivosti k sociokulturní realitě práva) mezi těmito faktory hraje mimořádně významnou roli. Se zřetelem na to by dnes měla probíhat každá prezentace výsledků antropologického zkoumání práva. V tomto bodě je proto vhodné znovu zdůraznit, že antropologie je zásadně odlišná od právních věd. Je to disciplinární „druhý,“ k jehož porozumění vede jen spletitá a namáhavá cesta. Zkratky nejsou přípustné. Představa, že právní vzdělání automaticky zjednává přístup k antropologii, je velmi nešťastná. Byť jsou antropologičtí experti často ve službách justice, antropologické výzkumy práva v žádném případě jen nedoplňují právní vědění. Naopak by se dalo říci, že ho v jistém smyslu komplexně nahrazují. Jak vyplývá z chronologie geneze věd, sociální a kulturní antropologie vyrostla z úspěšné snahy osamostatnit svůj způsob uvažování od právních věd a svou empirickou základnou právní vědy dalece přesáhla. Pokud tento fakt představitelé právních věd neakceptují, není k dispozici žádná metoda, jak by antropolog mohl přenést význam svého vědění na doktrinárního a ortodoxního juristu. Skutečnost, že antropologové (zpravidla však nikoliv antropologové práva) začali přibližně od sedmdesátých let dvacátého století naskakovat do vlaku právní reformy, který na přelomu devatenáctého a dvacátého století z dobrých důvodů opustili, a že antropologické problémy začali zkoumat prizmatem „diskurzu práv a sporné universality lidských práv“<sup>577</sup>, představuje ve svých důsledcích jednak popření zmíněné chronologie interdisciplinárního vývoje, jednak odklizení zásadních antropologických objevů v oblasti práva do ústraní. Chceme-li však skutečně zkoumat právní krajinu nejen z okna rychlíku, musíme znovu odkazovat na tuto chronologii a na tyto objevy tím, že na nich budeme stavět a rozvíjet je pomocí dalších empirických výzkumů. Je jednoduše absurdní vracet se k právní ortodoxii a doktrínám vzniklým v době osvícenství, byť by byly zakódovány v konceptech právního státu, demokracie, lidských práv či právní teorie.<sup>578</sup> Ty se nám sice mohou z různých důvodů zamlouvat, z jiných však vůči nim naopak můžeme být kritičtí. Obchodní právo je v této perspektivě problematikou, s níž lze z tohoto hlediska nezatíženě postupovat k hlubšímu poznání.

---

<sup>577</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 171.

<sup>578</sup> Srov. MATTEI, U., NADER, L.: *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*. Oxford 2008.



Prvek neznáma v antropologickém mýtu zpochybňuje vývojovou jasnost v mýtu o právu. Tento rozpor se netýká jen projektů právní změny, nýbrž i distinkce mezi juristickými a antropologickými kategoriemi a vnějšími kognitivními znaky („autentickými“ atributy práva – viz dále). Pokusíme se proto tuto tematiku podrobněji osvětlit z hlediska reflexe konkrétních problémů reálných právních komparací v následujících bodech. Zaprvé reflektujeme problém zánikové transformace práva. Tento problém mezikulturního přenosu ukazuje, proč naivní představa prosté juxtapozice dvou právních systémů, není z hlediska antropologie realizovatelná. Zadruhé nás tato reflexe povede k rozvinutí analytického pojmu právní sodality v protikladu ke konvenčnímu modernímu pojetí práva jako modality. V tomto posunu spatřuji hlavní analytický přínos této práce. Zatřetí, ačkoliv pojem „archaické právo“ je v seriózní antropologii dlouhou dobu diskvalifikován, a „afghánské právo“ je za „archaické“ pokládáno jen některými mými informanty, pokusím se užít poznatků o právních systémech a autoritách v Afghánistánu k revizi teorie archaického práva římského, a to na konkrétním případě hypotézy rituálních kontraktů. Začtvrté je tato revize nutně spojena s pozoruhodným vztahem afghánského obchodního práva a cti, která s tématem rituálních smluv úzce souvisí.

## **7.2 Zániková transformace práva jako problém mezikulturního přenosu**

Kdyby antropologie hypoteticky chtěla docílit universalistické aspirace právní vědy a zároveň se přidržel svých vlastních nároků na styl výzkumu, musela by shromáždit a porovnávat vědění o všech existujících právních systémech, minulých i současných, nacházejících se kdekoliv na světě. I tehdy, pokud by takový antropologický projekt omezil horizont své aspirace pouze na moderní právo, musel by čelit nepřekonatelným námitkám a problémům. Například užití termínu „moderní“ pouze na západní nebo modernizované právní systémy je velmi kontroverzní. Panuje určitá míry shody na tom, že lidská evoluce trvá přibližně 2,4 miliónů let. O posledních zhruba 40 až 50 000 letech si můžeme být jisti, že lidé byli na stejné intelektuální a fyzické úrovni jako dnes. Novější výsledky archeologie a fyzické antropologie posouvají tyto odhady stále hlouběji do minulosti. Bohužel materiální důkazy naznačující, že lidský intelekt, intuice a imaginace, důvtip a zručnost byly vyvinuty v hluboké minulosti, nezahrnují zřejmé „stopy práva.“ Kromě toho bez znalosti konkrétní podoby práva jako součásti duchovní kultury společnosti je velmi obtížné přiřadit k němu materiální stopy. Z toho důvodu první právní „stopy“ byly identifikovány teprve v civilizacích s rozvinutou literární kulturou. Nejstarší dochovaná stéla, kterou nyní známe, je kodex *Ur-*

*Nammu*,<sup>579</sup> sepsaný v sumerštině cca 2100-2050 př. Kr. Vzhledem k těmto nálezům je oblast současného Iráku pokládána za horkého kandidáta na kolébkou civilizace, za místo, kde se civilizace poprvé objevila.<sup>580</sup> Archeologie a antropologie užívá pojem „moderní chování“,<sup>581</sup> aby na základě klíčového souboru vlastností odlišila současné lidi a jejich předky od žijících primátů a vyhynulých hominidních linií. Z hlediska právních dějin lze naopak formativní období moderního práva situovat přibližně až za rok 1492,<sup>582</sup> neboť jen některé prvky dnešních právních systémů lze dohledat před tímto rokem. První plnohodnotné nastolení moderních právních systémů je však nutné situovat teprve do druhé poloviny osmnáctého století, a to jen v některých zemích. Avšak plošné (nikoliv však nutně hluboké) rozšíření moderního pojetí práva po celé planetě spadá až do druhé poloviny dvacátého století (po roce 1945). Co v této perspektivě vlastně implikuje slovo moderní, posledních 525 let od objevení Ameriky, nebo posledních 50 000 let od doby, kdy lidé přibližně začali užívat nástroje? Právní systémy a kultury, které nezapadají do tohoto pojetí a zůstávají tak mimo moderní definice (právo druhých), nadále nalezneme na mnoha místech. Na mnoha místech se také můžeme setkat s jejich návratem po dlouhém období právní modernizace. Vytěsňené právo druhých se tak navrácí. Jakákoliv mezikulturní komparace je tedy limitována buď ohromným množstvím pramenných dat, anebo jejich zánikovou transformací.

Jak je patrné, tento výzkum, který se měl původně zabývat srovnáním „archaického“ či „tradičního“ práva s právem moderním, prošel zásadní konkretizací. Od naivní představy srovnání „archaického“ a moderního obchodního práva jako prosté juxtapozice dvou právních systémů, v níž komparativní metoda představuje užitý přístup, jsem dospěl k výzkumu malé populace právních autorit, která naopak srovnávání sama realizuje ve specifickém kontextu rozhodování sporů s mezinárodním obchodním prvkem na základě cizího práva. Členové této populace přitom zůstávají za svými psacími stoly a cizí právo sami zkoumají pouze na základě jeho symbolických textových reprezentací. To je důležitý aspekt, který nám umožňuje odlišení antropologické a juristické perspektivy. Důvodem této proměny teoretických i metodologických východisek výzkumu je zásadní, zpravidla nereflexovaný, a proto ve své podstatě nový problém: zániková transformace práva. K ní dochází v důsledku mezikulturního přenosu právních systémů (tak jako v tomto výzkumu), avšak můžeme se s ní

---

<sup>579</sup> CANBY, J.: *The “Ur-nammu” Stela*. Pennsylvania, 2006.

<sup>580</sup> FRANCIS, J.: *The Age of Empires. Mesopotamia in the First Millennium BC*. Edinburgh 2005.

<sup>581</sup> McBREARTY, S., BROOKS, A.: *The Revolution that Wasn't: A New Interpretation of the Origin of Modern Human Behavior*. In *Journal of Human Evolution* 2000, s. 453.

<sup>582</sup> Srov. TODOROV, T.: *Dobytí Ameriky: Problém druhého*. Praha 1996.

setkat i v kontextu právních dějin či právní archeologie. Symbolické reprezentace cizího práva podobně jako historické prameny „zachovávají (...) pouze nepatrný zlomek toho, co musí ve skutečnosti existovat,“<sup>583</sup> takže každá přenesená informace o cizím právu „představuje nespočet dalších, které [při mezikulturním přenosu – pozn. autora] zanikly.“<sup>584</sup> Skutečnost, že informanti tohoto výzkumu zůstávají za svými psacími stoly, vede přitom k nutnosti odlišit symbolické (textové) reprezentace afghánského obchodního práva, které jsou z hlediska právní praxe jedinou cestou k umístění afghánského obchodního práva v jejich kognitivním vesmíru.<sup>585</sup>

Tato distinkce je zároveň i dosud nerefektovaným úskalím antropologické teorie práva. Jaký je totiž vztah mezi symbolickou (textovou) reprezentací konkrétního právního systému a tímto konkrétním právem, na které tato reprezentace odkazuje, při výstavbě teorie? Antropologické výzkumy práva se v terénu sice zabývaly skutečným právem, ale při tvorbě teorie i při konceptualizaci práva v terénu se do jisté míry vždy spoléhaly nejen na výzkumy jiných antropologů, často nesouměřitelné kvality a metodologie, ale i na údaje či spíše konceptualizace jiných disciplín, z antropologického hlediska především velmi kontroverzních právních věd. Následkem zánikové transformace práva při mezikulturním přenosu vedou totiž i při výstavbě této antropologické teorie práva zjednodušené interpretace textových reprezentací práva k vyčlenění sociokulturního kontextu. Právo je přitom vsazeno do nového kontextu (formování antropologické teorie nebo právní praxe). Takové „přenesené“ právo je vyprahlé podobně jako artefakty přenesené ze svého původního prostředí do muzea.

Zániková transformace práva je v tomto výzkumu objektivně spjata s moderní *comitas gentium*, nikoliv s jejím protipólem – s právními *sodalitami*. *Comitas gentium* i právní *sodalities* jsou srovnatelnými a souměřitelnými veličinami řešení obchodního práva, avšak mohou se patrně týkat i jiných právních odvětví. Obě tyto formy jsou nicméně výrazem širšího kosmologického a organizačního řešení téhož problému – obchodování mezi separovanými sociálními skupinami. Právě tato zásadní rozdílnost (a zároveň podobnost) v sociální organizaci obchodního práva představuje základ pro porozumění dílčích rozdílností a podobností. Příkladně za takový dílčí rozdíl může být považována absence korporace v islámském právu. Jak je patrné z Kuranovy formulace tématu, fakt absence

---

<sup>583</sup> HAWK, B.: *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*. Leiden 2016, s. 1.

<sup>584</sup> *Ibidem*.

<sup>585</sup> Srov. TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 177.

korporace<sup>586</sup> je něco, co si žádá vysvětlení. Divergence v sociální organizaci práva a vztahu právních autorit politických celků s jejich zásadně rozdílnou koncepcí reciprocity představuje klíč k hlubšímu porozumění například této dílčí rozdílnosti. Jak jsem již uvedl, právě problém sociální organizace práva a vztahu právních autorit, který je v antropologii nejpřesněji formulován pomocí tématu reciprocity a multiplicity, podléhá zánikové transformaci práva (jinými slovy zaniká v důsledku uplatnění konvenčních moderních právních kategorií na neznámé právní prostředí). V tomto ohledu je však třeba ještě vyjasnit vztah mezi právními komparacemi a sociální organizací práva, mezi právní kognicí a sociokulturním kontextem, v němž jsou kognitivní postupy uskutečňovány. Jak se ukázalo prostřednictvím výzkumu právních komparací, které jsou uskutečňovány určitou specifickou populací právních autorit, lze odhalit sociální organizaci práva stejně jako „když sledujeme komplikovanou trajektorii mravence pochodujícího po pláži.“<sup>587</sup> Když provádíme pozorování jeho pochodu, tak se „ve skutečnosti dozvíme mnohem více o [neviditelné struktuře] pláže než o mravenci.“<sup>588</sup> Podobně se při výzkumu právních komparací dozvídáme mnohem více o sociální organizaci práva, která je jejich nerefektovaným kontextem. Jako je kultura pokládána za „ideu skrytou za artefaktem“,<sup>589</sup> je rozhodující právní jinakost nutno spatřovat až na úrovni sociální organizace skryté za symbolickou reprezentací cizího obchodního práva a jeho přenosem. Sociální organizace – v tradičním antropologickém významu – tak přináší nové a hlubší poznání vztahu reciprocity a multiplicity právních systémů z hlediska mezikulturní komparace. Právě řešení těchto dvou otázek jako problémů, s nimiž se musí afghánské „neformální“ obchodní právo vyrovnávat (stejně jako moderní obchodní právo), představuje komplexní konfiguraci těchto dvou odlišných pojetí reciprocity jako atributu práva a multiplicity právních systémů. Ukazuje i na jinakost (podobnosti a rozdílnosti) právních kultur. Tuto jinakost kodifikace pravidel spíše zastírají. V sociální antropologii jsou přitom tato dvě témata dlouhodobě řešena právě z hlediska fungování směny (či daru). Jiným empirickým podkladem (Afgánistán, Česká republika) se tak pokouším doplnit porozumění těmto dvěma tématům sociokulturní antropologie.

---

<sup>586</sup> KURAN, T.: *The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East*. Princeton 2005, s. 97–116.

<sup>587</sup> HUTCHINS, E.: *Distributed Cognition*, op. cit., s. 2070-2071; SIMON, H.: *The Sciences of the Artificial*. Cambridge, 1998, s. 51.

<sup>588</sup> *Ibidem*.

<sup>589</sup> KROEBER, A., KLUCKHOHN, C.: *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*. Cambridge 1952, s. 65.

Z pohledu kognitivní etnografie jsou právní vědy (ale i sama sociální a kulturní antropologie) „vysoce-úrovňové kognitivní systémy,<sup>590</sup> které působí v terénu, a ovlivňují, ať přímo či nepřímo, moderní způsob uvažování. Obecné moderní kategorie a samotná kategorie práva především jsou s ohledem na to rovněž nahlíženy jako symbolické reprezentace (stejně jako vědění o právních systémech) či jako mentální artefakty původně reagující na specifické potřeby. Z hlediska právní praxe jsou tyto kategorie pokládány za účinné nástroje zvyšující kompetenci svých uživatelů. Jsou určeny pro efektivní jednání v běžném právním provozu. Tento výzkum však demonstruje více než jasně, že účinnost juristických analytických nástrojů či teoretických kategorií je v plné míře závislá na dostatečně efektivním prosazení určitého typu sociální organizace práva. A je to právě tato proměnná, s níž obecné ani specifické moderní právní kategorie nepočítají. Tato proměnná je vbudována tak hluboko do jejich struktury, že se stala jednak samozřejmou a jednak neviditelnou, tedy těmito pojmovými nástroji samotnými neodhalitelnou, stejně jako „idea civilizačního procesu včleněná do samé struktury [pojmu či popisů] primitivního práva.“<sup>591</sup> Takže přesto, že moderní sociální organizace práva tady od počátku je, a každý, kdo se obtěžuje podívat, ji uvidí, je zároveň nutné konstatovat, že se na ni podívala jen hrstka výzkumníků. V hluboce zabudovaných organizačních předpokladech moderních pojmů také spatřuji zásadní důvod, proč se moderní juristické kategorie v kontextu jiného typu sociální organizace práva stávají nepoužitelné a anachronistické. Je sice obecně pravda, že když lidé potřebují vodu, tak si vykopají studnu, ale tato pravda neplatí na poušti ani ve velehorách, kde jsou ledovce. Stejně tak lidé nereagují na potřebu řešit konflikty, rozhodovat spory či koordinovat své chování vždy zákony, precedenty a soudy, ale i jinými právními prostředky, jejichž vnější kognitivní znaky neznáme. Pokud jde o afghánské obchodní právo, kterým jsme se zabývali, zná písmo a je částečně, byť minimálně, literární. Přes tuto znalost však nedává textu přednost, ať už jako důkazu před soudem či zákonu jako nosiči právních norem, stejně jako se na Blízkém východě po vynálezu kola po velmi dlouhou dobu i nadále upřednostňovali velbloudi.<sup>592</sup> Sama technologie písma je z archeologického hlediska poměrně mladá. Lidé však musí řešit konflikty, rozhodovat spory a koordinovat svá jednání mnohem déle – a mají přitom stejný mozek již minimálně padesát tisíc let<sup>593</sup> – a fyzická antropologie

---

<sup>590</sup> HUTCHINS, E.: *Distributed Cognition*, op. cit., s. 2070-2071; SIMON, H.: *The Sciences of the Artificial*. Cambridge, 1998, s. 51.

<sup>591</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 190.

<sup>592</sup> BASALLA, G.: *The Evolution of Technology*. Cambridge 1998, s. 10–11.

<sup>593</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 190.

a archeologie, jak jsem již uvedl, neustále přinášejí důkazy, které naznačují, že toto období je mnohem delší.

Afghánské obchodní právo ani jeho sociální organizaci nelze a priori pokládat ani za právo „archaické“ ani „tradiční.“ Je to současné právo, které existuje v reálně probíhajícím čase. Porozumění jeho kognici v západním kontextu – v časovém rámci tohoto výzkumu – je také možno situovat do současnosti (2009-2015). Lze tedy na základě tohoto výzkumu revidovat distinkci mezi „archaickými“ a „moderními“ právními systémy? A co je na této distinkci přes její relativizaci nadále životné? V jistém smyslu je to její humanitární a ekologická funkce. V jiném smyslu jsou to i její politická zneužití. Z hlediska geneze vědy je však tato distinkce spjata s archeologickou imaginací devatenáctého století právních antropologů jako Maine, Morgan, Bachofen apod. Tato imaginace je pro nás dnes zajímavá. Ne snad proto, že by bylo možné identifikovat dva odlišné typy právních systémů (archaické a moderní). Naopak z toho důvodu, že při absenci či neužívání písma jako právní technologie řeší neliterární právní systémy organizační a koordinační problémy při rozhodování sporů způsobem, který se musí nutně jevit jako podobný z hlediska kultury, která ztotožňuje právo s textem a legislativou. I přes zjevnou různost a různorodost detailů těchto „preindustriálních“ právních systémů<sup>594</sup> vystupuje jejich podobnost do popředí. To samozřejmě nevylučuje možnost podobnosti mezi těmito právními systémy na základě jejich skutečného vzájemného ovlivňování. Ostatně, ve vztahu k afghánskému právnímu terénu, je způsob tohoto vzájemného ovlivňování základem pro jeden ze závěrů kapitoly páté. Nicméně obecně podobnost, vzniklou z interakce mezi právními systémy, je třeba buď hypoteticky předjímat, nebo empiricky prokázat, nelze ji však automaticky předpokládat jako obecný či universální jev, jak to v souvislosti s archaickým právem navrhuje Kincl, když tvrdí, že srovnávací metoda „spolehlivě prokázala, že lidská společnost po celém světě vykazuje zvlášť na předstátních stupních vývoje tak pozoruhodně podobnou, ne-li přímo stejnou organizaci, že kombinací pramenných údajů lze vytvořit přímo modelový obraz zřízení prvotních předstátních pospolitostí a používat jej pak jako abstraktní měřítko pro interpretaci konkrétních údajů, případně k hypotetickému doplňování mezer v pramenech těch komunit, které jsou historicky doloženy jen nedostatečně.“<sup>595</sup> Kromě toho, že srovnávací metoda nemůže něco takového doložit již pro svou povahu, jedná se o zjevnou záměnu podobnosti, která je generována perspektivou právních věd, za podobnost jako objektivní fakt. Do neznáma se tak totiž pouze promítají znalosti výzkumníka, které s tímto neznámým

---

<sup>594</sup> HAWK, B.: *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*. op. cit.

<sup>595</sup> KINCL, J., URFUS, V., SKŘEJPEK, M.: *Římské právo*. Praha 1995, s. 1.

terénem ve skutečnosti nesouvisejí. Jak jsme viděli i v této práci, i když při komparaci informantů užívali abstraktní moderní kategorie, nedospívali s jejich pomocí nikdy ke kognitivní jistotě ohledně práva mimo rámec jimi zkoumaného materiálu. Již proto není představitelné, že by bylo možné na základě tohoto výzkumu dojít k obecným závěrům o právu určitého typu, leč k závěrům o moderní právní kognici. Lze však znovu promyslet původní hypotézy o archaickém právu římském prostřednictvím konceptů doplněných zde na základě údajů o současném afghánském obchodním právu, na základě jediné jisté vnější kognitivní podobnosti – neuzívání písma jako technologie právní. Důvod, kvůli němuž je třeba obracet se spíše ke starším teoriím římského práva, spočívá v tom, že – ač je římské právo studováno na kontinentálních právnických fakultách jako údajně nezbytné zázemí pro následné pochopení současného národního práva, ve skutečnosti se s jejich vzájemným srovnáním dnes setkáme jen stěží. „Skvělá izolace [římského práva] je téměř kompletní“<sup>596</sup> a „ani odborníci na římské právo, ani odborníci na srovnávací právo nevystavěli most mezi výzkumem institutů antických a moderních zákonů.“<sup>597</sup>

Rozsah historických pramenů o vývoji práva vytváří dojem, že právo přichází do lidské společnosti právě teprve s příchodem písma v onom „prameny nespolehlivě doloženém období“<sup>598</sup> na počátku vývoje zachyceného prostřednictvím textů. Otázka, kam časoprostorově dosahují písemné prameny, které máme k dispozici, však v žádném případě nekorresponduje s otázkou, kdy a kde se lze v lidských společnostech setkat s právem. Je to období několika tisíc let nebo desítek tisíc let? Objevuje se právo až ve vysokých civilizacích nebo již v segmentárních společnostech anebo je lidské právo neodmyslitelně spojeno s vývojem lidského rodu jako takového? Přijmeme-li perspektivu těchto otázek, můžeme se jen obtížně zbavit dojmu, že psané právo představuje z hlediska komplexních „archeologických“ dějin práva jen nepatrně krátkou epochu. Historickou perspektivu lze v tomto smyslu zaměnit za nebo doplnit o perspektivu prostorovou. Problém je totiž stále tentýž; jak poznáváme, kategorizujeme a srovnáváme právo v cizí kultuře, která není primárně založena na textech, byť je znalá písma a literární vzdělanost je v ní v určitých ohledech vysoce ceněna – jako je tomu v případě právních systémů v Afghánistánu? Lze však pro totožnost problému (zániková transformace práva) označit ty právní systémy, které existují sice v jiném prostoru, ale zároveň v reálném, právě probíhajícím čase, označit za „archaické“ nebo „tradiční“? Zdá se, že dojem závratného stáří přisuzovaný těmto právním

---

<sup>596</sup> HAMZA, G., *Comparative Law and Antiquity*. Budapešť 1991, s. 1–2.

<sup>597</sup> *Ibidem*.

<sup>598</sup> KINCL, J., URFUS, V., SKŘEJPEK, M.: *Římské právo*. op. cit., s. 1.

systemům, je nutné chápat opět jen jako dojem generovaný vnější podobností s právními systémy archaické Evropy, jejichž dichotomická povaha vnuká velmi nepříhodný závěr, že pokud nelze určité právní systémy klasifikovat jako moderní, musí se automaticky jednat o právní systémy archaické či tradiční.

Zániková transformace práva je tedy průvodním rysem jak právních dějin, tak mezikulturního přenosu práva. Její přehlížení je důsledkem identifikace práva s textem. Textový přístup k právu však nevidí, že texty jsou symbolické reprezentace právních systémů, které na skutečné právo odkazují, ale nejsou jím. Tato záměna znemožňuje nazřít, že vědění o právu má své hranice a není vyčerpávající. Proto teprve prostřednictvím antropologického pojmu práva jako sociálního jednání (rozhodnutí) s určitými atributy je možné zánikovou transformaci práva reflektovat. Skutečnost, že textové zákony jsou mobilní artefakty, které relativně snadno překračují prostorové, časové, sociální a kulturní hranice, pomáhá až příliš často výzkumníkům zapomenout, že veškeré obtíže nejsou spojeny pouze s jejich překladem. Ve skutečnosti jsou údaje o právu, stejně jako jakékoliv informace, které se užívají v reálném právním provozu, omezené a čím větší jsou rozdílností v netextových aspektech kultury práva výraznější, tím je jistota, že jsme cizímu právu správně porozuměli, nedostupnější. Skutečnost, že se řada vědeckých projektů s právně-reformistickým zabarvením soustřeďuje na to, jak napomoci právní praxi, aniž by reálně hodnotila skutečné možnosti mezikulturního přenosu právního vědění, je samozřejmě problém. Přiznat si, že něco není možné zjistit prostřednictvím metodologie některých věd nebo to lze učinit jen s mimořádně limitovanými výsledky, neodpovídá způsobu, jakým se dnes hodnotí grantové žádosti a výstupy.

V kognitivních postupech uplatňovaných ve vztahu k právu velmi odlišnému, k právu, které je součástí jiného sociálního a kulturního prostředí, hrají přitom nereflektované kulturní aspekty práva významnou roli. Otázky typu, zda je soud autentickým rysem práva nebo zda se právo obejde bez soudů, zda jsou psané zákony neoddělitelným atributem práva, a jestliže nikoliv, jak lze potom vůbec právo poznat, kategorizovat a srovnávat, nebo jak jsme schopni právo identifikovat v tak zásadně jiné kultuře bez soudů a legislativních orgánů, jsou všechny zodpovídány v běžném právním provozu právě na této nereflektované rovině. Autentické znaky práva v rámci kognitivních postupů zkoumaných informantů, které jim umožňují právo identifikovat, jsou mezi jinými problémy právní praxe řešeny nejrychleji a dalo by se říci, že jsou řešeny na okraji vědomí. Kvůli tomu, že v právní ortodoxii je právo považováno pouze za součást duchovní kultury společnosti, jsou znaky, které domácí právní autority vidí v cizí kultuře jako „autentické“ nebo „autenticky právní“ a jaké je naopak vedou k závěru,



že určité údaje představují jen zvyky, sociologické pravidelnosti, mravnost či morálku apod., nejméně reflektovanou sférou právní jinakosti. Tyto „autentické“ znaky práva, které užívají informanti tohoto výzkumu, však nelze zaměňovat za analytické atributy práva, které užívá antropolog v terénu.

Kromě těchto vnějších kognitivních znaků této kultury práva a diskursivních praktik projektů právní změny je dalším významným faktorem zánikové transformace práva rovněž zahuštění etnografického terénu jednoho z právních prostorů právními vědami, které v rámci tohoto zkoumání představují nativní vědu informantů – soudců a jiných právních autorit – tedy jakousi etnovědu. Důvod, z jakého právní vědy kognici cizího práva znesnadňují, místo aby ji usnadňovaly, vyplývá především z jejich srovnání se sociálními vědami. Zatímco sociální vědy a humanitní obory podstoupily během svého vývoje opakovaně radikální sebereflexi a revizi svých vlastních východisek, právní vědy zůstaly ve srovnání s touto dynamikou sociálních věd velmi rigidní, zejména co se týče jejich předpokladů, které jsou i nadále velmi nekriticky vepsány do struktury právních kategorií. Jaké to může mít praktické implikace pro právní kognici, jsme viděli v této práci velmi zřetelně. Disproporce mezi právními vědami a antropologií práva odpovídá rozpornosti mezi orientalismem a antropologií. Pokud budeme hovořit pouze o zkoumaném terénu – právní praxi při *comitas gentium* – teorie (právo profesorů) poskytuje pouze stínový obraz této praxe a – na rozdíl od etnografie – se vyhýbá konkrétním zkušenostem. Konkrétní zkušenosti v juristickém textu jsou zcela patrně zatíženy tabu jejich nevhodnosti. Dva významné pokusy o víceméně empirické zpracování některých aspektů *comitas gentium* juristy na celoevropské komparativní úrovni,<sup>599</sup> sice užívají aktuální antropologickou terminologii (když například poukazují na hybriditu cizího práva), nicméně je příznačné, že toto užití je dekorativní a vykazuje absenci seriózního zájmu. Jurističtí autoři těchto výzkumů evidentně nedisponují patřičnou metodologií ani teoretickým zázemím, aby se vypořádali s problémem hybridity, a ani si ji nejsou ochotni osvojit na přijatelně aktuální úrovni. Rozesílání dotazníků soudním orgánům evropských států, o něž se tyto výzkumy v jisté míře opírají, představují empirickou inovaci v oblasti věd právních, zatímco z hlediska dějin antropologie jde z metodologického hlediska o návrat do poslední třetiny devatenáctého století, kdy Post a Meyer vypracovali dotazníky, které od roku 1893 rozesílali koloniálním a misijním úředníkům.<sup>600</sup>

---

<sup>599</sup> SOLENIK, D., HECKENDORN, L. et al. *The Application of Foreign Law*. op. cit.; ESPLUGUES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES, J., PALAO MORENO, G. et al. *Application of Foreign Law*. op. cit.

<sup>600</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 76; MOMMSEN, W., DE MOOR, J. (eds.): *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in 19th- and 20th-century Africa and Asia*. op. cit.

Vedle některých námitek, které byly vůči této metodologii vzneseny, lze tento přístup považovat za nevhodný zejména proto, že chápe právo pouze jako instrumentální technologii a neumožňuje osvojit si potřebný empirický odstup. Tezi, že přístup kvantitativní sociologie jako metodologického východiska (nikoliv však jako dílčí pomocnou metodu), je nevhodný pro zkoumání reálného fungování právních systémů, podporují i nedávno publikované výsledky výzkumu „neformálního řádu“ v Afghánistánu<sup>601</sup>, který sice rovněž v úctyhodném rozsahu zjišťoval metodou strukturovaných rozhovorů názory na vztah nestátního a státního řešení sporů, avšak přitom ani náznakem nereflekoval řadu faktických poznatků o této nestátní soudní soustavě. Jsou to stejné poznatky, které leží ladem v elektronických archivech a které představují jakýsi etnografický terén (Afghánistán) v etnografickém terénu (Česká republika), v němž jsem zkoumal užívání anebo neužívání zdrojů pro porozumění právních systémů v Afghánistánu.

Mezikulturně-srovnávací přístup naopak vyžaduje, aby právo nebylo ztotožňováno ani s technologií, jakou je například legislativa, ani se svými symbolickými reprezentacemi, jakými jsou například zákony (záměna jus a lex). Tyto technické postupy a artefakty (zákony, precedenty apod.) je třeba naopak považovat za druhotné ve vztahu ke koordinaci chování, řešení konfliktů, určování statusů či rozhodování sporů (funkcionalistické stanovisko) anebo k emickému pojetí práva. Vnější kognitivní znaky práva nejsou ani autonomní entity existující nezávisle na rozsáhlé součinnosti, kterou právo vyžaduje ke své reprodukci. Bohužel projekty právního státu, s nimiž se při zkoumání skutečného obchodního práva v Afghánistánu setkáváme, jsou formovány úsilím o vyvinutí nového právního řádu na úrovni státu nebo o jeho reformu a až příliš často zaměňují formování práva za formování státu. Zapomínají na to, že pro úspěšné zavedení žádoucích právních změn je přinejmenším stejně důležité vytvořit vhodné sociální, kulturní, politické a ekonomické kontexty. Taková inovace, jakou je právní stát, může být úspěšně zavedena pouze tehdy, jsou-li jak ty prvky, které jsou definovány jako právní, tak ty, na něž se odkazuje jako na kontextuální, sladěny.<sup>602</sup> Diskurzivní praktiky, jejichž prostřednictvím pak rozvojové projekty právního státu prezentují své úspěchy, pak významně ovlivňují právní kognici i v jiných kontextech, například v rámci *comitas gentium* a ve svém důsledku tyto praktiky rovněž značně přispívají k tomu,

---

<sup>601</sup> BRICK MURTAZASHVILI, J.: *Informal Order and the State in Afghanistan*. New York 2016.

<sup>602</sup> Srov. PFFAFFENBERGER, B.: *Social Anthropology of Technology*. In *Annual Review of Anthropology* 21 (1992): 491-516, s. 497-498.

že „afghánská“ sociální organizace obchodního práva i přístup „afghánských“ právních systémů k technologii písma a textu podléhají nereflektovaně zánikové transformaci. V rámci *comitas gentium* se tak ve výsledku znovu utvrzují nesprávné konceptualizace skutečného práva v Afghánistánu a mezikulturní přenos právní kognice podléhá značnému zkreslení, až kognitivní destrukci.<sup>603</sup> Přesto se na první pohled může zdát, že právě tato kognitivní destrukce je nutná k tomu, aby byl transfer právní informace možný a aby bylo možné cizí právo efektivně aplikovat v novém, cizorodém terénu, jak se někdy domnívají samy právní autority aplikující cizí právo. Tento postoj však nereflektuje otázku právní modernizace a možnosti zjistit cizí právo objektivně, což patrně není možné za všech okolností sladit s účinností zavedených právních kategorií. Tento problém souvisí s otázkou právní změny včetně rozvojových projektů právního státu v prostředí s cizorodou sociální organizací práva, kde tyto projekty selhávají. Takového nešťastného vývoje by se však dle názoru autora dalo vystríhat v případě, že by se zániková transformace práva v rámci distribuce právní kognice v plném rozsahu reflektovala a teprve na základě takové reflexe by se vytvářel praktický postoj k řešení. Law<sup>604</sup> a Latour<sup>605</sup> artikuluji tuto problematiku podobně, když zdůrazňují, že každý nově zaváděný systém nebo technologie, tedy i nový právní řád, čelí riziku disociace. Stejně jako astroláb, pokud má plnit svou funkci, musí být konstruován tak, aby fungoval i za Herkulovými sloupy, je nutné zajistit, aby analytické právní kategorie, které jsou s takovým projektem nově zaváděného právního systému nerozlučně spojeny, bylo možné užívat i za obzorem moderních západních států. Důvod, proč moderní juristické kategorie vůči disociaci v „afghánském“ prostředí nejsou resistantní, spočívá v tom, že čelí konkurenci jiného typu právních autorit, jejichž přítomnost je pod jejich rozlišovací schopností. Tato situace má pouze zdánlivě dvojí řešení: buď dojde k modifikaci juristických kategorií tak, aby je bylo možné účinně uplatnit i v afghánské situaci, anebo dojde k reformě „afghánského“ právního prostředí tak, aby odpovídalo těmto kategoriím, jako jsou právní stát, demokracie nebo lidská práva. Taková volba, byť by se logicky nabízela, však ve skutečnosti neexistuje. Vzájemná adaptace zamýšlené právní reformy a vůči ní konkurenčních právních autorit a integrace jejich klíčových prvků totiž není možná bez předchozího uznání specifík domácího protivníka (právních systémů založených na reciprocitě) na kognitivní úrovni.

---

<sup>603</sup> Srov. pojem destruktivní transformace v NEÚSTUPNÝ, E.: *Archaeological Method*. op. cit., s. 53.

<sup>604</sup> LAW, J.: *Technology and Heterogenous Engineering: the Case of Portuguese Expansion*. In BIJKER, W., HUHES, T., Pinch, T. (eds.): *The Social Construction of Technological Systems*. Cambridge 1993, s. 111-134.

<sup>605</sup> LATOUR, B.: *Science in Action. How to follow Scientists and Engineers through Society*. Cambridge, 1987.

Avšak toto uznání nelze uskutečnit, neboť legitimita užití astrolábu moderních právních kategorií je založeno na absenci efektivního nativního protivníka ve formě legitimních domácích právních autorit a právních systémů s nimi spojených. Tento paradox je zakódován v teoretické a metodologické výbavě právní ortodoxie. Oproti nim má antropologie práva nespornou výhodu. Jak jsme viděli v předchozích kapitolách, antropologický pojem práva a právní autority v „afghánské situaci“ je vůči disociaci resistantní, a to do té míry, že můžeme symetricky sledovat úspěch anebo selhání těchto dvou typů právní kognice (juristické a antropologické) distribuované v tomtéž terénu. Z tohoto pozorování je též nutné znovu dovodit, že antropologie práva není jednou z právních věd, nýbrž je jiným paradigmatem. Jestliže tedy má dojít k prohloubení právní kognice v cizím sociokulturním kontextu, jsou pro takový krok splněny podmínky pouze na poli antropologie práva.

### 7.3 Právní sodalita

Zavedení pojmu právní sodality, které zde navrhuji, umožňuje jasněji a hlouběji reflektovat právní realitu v afghánské situaci za současného rozvinutí antropologické srovnávací teorie práva, která vyvěrá z konceptualizace skutečných právních autorit „afghánského“ práva reciprocity. Na čistě terminologické úrovni je pojem právní sodalita výsledkem koordinace dvou myšlenkových tradic v rámci politické a právní antropologie. Zaprvé se jedná o zaměření na normativní jevy uvnitř malých uzavřených sociálních skupin, které sice připouští, že může dojít ke vzniku právních autorit jako základu pro formování vyšší meziskupinové integrace (Pospíšilova vyšší právní rovina),<sup>606</sup> nicméně tento aspekt dané teorie není dostatečně rozvinut v jejích jiných částech (dynamika zákonů, atributy práva). Zadruhé jde o zaměření na formování politických, především válečných aliancí, rovněž na vyšší úrovni sociálního sdružování. Byť ani tento proud nevyklučuje, aby měl potenciálně normativně-autoritativní implikace, tentokrát je to právní rozměr, který v této terminologické tradici politické antropologie není takřka vůbec rozvinut.<sup>607</sup> Jinými slovy politická antropologie dosud nereflektovala, že by se sodalita mohla vztahovat i k jiné než politicko-vojenské oblasti, tedy například ke směně a obchodu, který bezpochyby je, stejně jako válka, především meziskupinovým jevem. Souvislost s právem je však přinejmenším intuitivně naznačována, například v titulu kapitoly „Právo, řád a válka v nestátních společnostech.“<sup>608</sup> Sám pojem sodalita je poměrně vzácně užíván v sociální antropologii.<sup>609</sup> Je

<sup>606</sup> POSPÍŠIL, L.: *Etnologie práva: Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. op. cit., s. 66–75.

<sup>607</sup> KOTTAK, C.: *Mirror for Humanity: A Concise Introduction to Cultural Anthropology*. Boston 2007, s. 124.

<sup>608</sup> HARRIS, M., JOHNSON, O.: *Cultural Anthropology*. Ann Arbor 2006, s. 166.

definován například jako „trans-lokální sociální jednání, které je obtížné si představit, přičemž generuje určitý druh autority.“<sup>610</sup> Političtí antropologové Fried<sup>611</sup> a Service<sup>612</sup> vycházeli z rozlišení sodalit a modalit v některých křesťanských církvích. Spojení těchto dvou tradic (vtělených do pojmů „právní rovina“ a „sodalita“) se zvláštním charakterem skutečných „afghánských“ právních autorit a skutečnost, že tato jejich zvláštní povaha znemožňuje českým právním autoritám jejich kognitivní rozlišení, zdůrazňuje důležitost rozvinutí určitých aspektů antropologické pojmové výbavy určené k mezikulturní komparaci práva v konceptu právní sodality. A teprve tento pojem nám umožňuje reflektovat bezděčný soulad mezi normativními právními vědami a reflexivní sociální a kulturní antropologií, spočívající v zaměření jejich pozornosti na státy (společnost jako monolitický soubor individuí) nebo na sociální skupiny a podskupiny (společnost jako jejich mozaika) jako referenční body právních systémů. To svědčí o tom, že emancipace antropologie od právních věd je dosud nedostatečná a je to cesta, kterou je třeba i nadále jít, pokud nám jde o skutečně realistické pochopení práva v kterémkoliv místě, v jakémkoliv čase, tedy i v meziprostoru (mezi státy anebo mezi sociálními skupinami a podskupinami). Právě proto, že právní sodalita umožňuje zahrnout jako rozměr práva i tento meziprostor, dokonale se hodí k porozumění vztahu práva a obchodu v nestátních společnostech, neboť obchod (na rozdíl od trhu)<sup>613</sup> se uskutečňuje hlavně v tomto meziprostoru, podobně jako válka (na rozdíl od feudu).

V tomto smyslu mi jde o doplnění, upřesnění a prohloubení Pospíšilovy komparativní teorie práva, o níž jsem v mnoha bodech opřel tento výzkum. Aniž bych se chtěl odklánět od jeho teze, že právo je vnítrskupinovým jevem, je nutné vzít zároveň na vědomí, že Pospíšil nereflektoval některé meziskupinové aspekty práva a kladl příliš velký důraz na stabilní sociální skupiny a jejich vnitřní právní život. Avšak příliš do hloubky se nezabýval vytvářením přechodných a nestabilních skupin, byť je nevyklučoval. I jeho teorie jistou nerozvinutostí v tomto bodě tak ve výsledku přispěla k téměř výhradnímu zaměření antropologie na právní modalit a ke kognitivnímu podcenění právních sodalit, přestože je lze vyhledat jak v západních právních dějinách, tak v recentním i aktuálním právním vývoji. Za ukázkovou a přitom nejznámější právní sodalitu v moderním, západním kontextu je nutné

---

<sup>609</sup> LEWELLEN, T.: *Political Anthropology: An Introduction*. Westport 2003, s. 27.

<sup>610</sup> APPADURAI, A.: *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis 1996, s. 8.

<sup>611</sup> FRIED, M.: *The Evolution of Political Society: An Essay in Political Anthropology*. New York 1967, s. 90–107.

<sup>612</sup> SERVICE, E.: *Primitive Social Organization: An Evolutionary Perspective*. New York 1967. SERVICE, E.: *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*. New York 1975.

<sup>613</sup> Srov. BRAUDEL, F.: *Dynamika kapitalismu*, op. cit., s. 34.

pokládat například Norimberský tribunál, který sám o sobě evidentně nepřínáležel k žádné jedné konkrétní stabilní sociální skupině (národnímu státu) a byl orgánem i procesem přechodné doby. Jeho tvůrci se odvolávali (na mocenské úrovni) na vítězné mocnosti druhé světové války a (na etické úrovni) na civilizaci a humanitu jako kosmologickou záštitu. Zajištění účinnosti jeho právních rozhodnutí však bylo zpravidla ponecháno na konkrétních stabilizovaných politických útvarech (národních státech). Avšak v moderním prostředí nelze za právní sodality považovat následovníky Norimberského tribunálu v podobě mezinárodních trestních dvorů ani jiné mezinárodní soudy. Ty je naopak nutné klasifikovat jako právní modalitu. Za právní sodalitu lze označit například Mezivládní panel pro změny klimatu, který přes své především vědecké osazenstvo vykazuje jinak řadu rysů právní sodality, když například autoritativně rozhoduje o existenci antropocénu, čímž dává za pravdu straně empirického výzkumu, zatímco diskvalifikuje stranu průmyslové lobby, a to s účinností pro určitá fóra. Takový soud je v západním, moderním kontextu jevem atypickým a mimořádným. V „afghánské situaci“ je právní sodalita naopak jev zcela typický a obvyklý. Právě z toho důvodu je (ať už juristické nebo antropologické) zaměření na právní modalitu v této situaci příčinou rozsáhlého zkreslení kognitivních postupů a můžeme se s ním patrně setkat při poznávacích procesech uplatněných vůči právním systémům v oblastech, které jsou zpravidla identifikovány jako tzv. zhroucené státy, tj. nejen v případě Afghánistánu.

Pojem právní sodalita nám umožňuje prohloubit naši mezikulturní právní senzitivitu také tím, že reflektuje stupeň integrace dané kultury. Lze tak stanovit škálu referenčních bodů pro právní systémy (právní modalitu) od silně centralizovaných společenských útvarů, jako jsou moderní západní státy, až po silně decentralizované typy sdružování, jako jsou například amazonská nebo eskymácká klanová společenství. Právo z tohoto hlediska není organizováno ani pouze na úrovni centralizovaného státu, ani pouze na úrovni autonomních vesnických nebo kmenových komunit, nýbrž se objevuje i v právních rovinách mezi nimi, aniž by se zde nutně objevovaly také stabilní sociální skupiny či politické útvary. Právě tento aspekt antropologické srovnávací teorie práva – stupeň právní integrace a sociální stability – tedy pojem právní sodality zdůrazňuje. Přestože jsou konkrétní případy právních sodalit známy i v moderním prostředí, jak jsem uvedl výše, nebyly dosud nikdy klasifikovány jako zvláštní třída právních autorit, a to ani v antropologii, byť by se taková kategorizace nabízela. Toto opomenutí lze přikládat dosud poměrně silnému ztotožnění referenčního bodu práva s politickým útvarem (modalitou). Antropologické definice práva se bez určitého zahrnutí politična – zejména ve formě politické organizace – objevují zřídka. Souvislost mezi jednotou práva a jednotou politickou je však spíše relativní. Jejich vzájemná korespondence rozhodně

není automatická. Stejně jako jednotná společnost a kultura může existovat i bez státu a naopak v rámci státu zpravidla existuje sociální a kulturní diverzita. V právní sodalitě jako zvláštním typu právní autority nicméně dochází k symbolickému zahrnutí těch sociálních podskupin, které hledají řešení právního sporu, do nadskupinového rámce sodalitního soudního rituálu. Právní sodalita tak spočívá na meziskupinové koordinaci sociálního jednání, která je nezbytná jak k řešení sporu mezi stranami z různých sociálních skupin, tak k zajištění respektu vůči všem skupinám, které mohou být sporem dotčeny nebo se jím mohou cítit být dotčeny. Právní sodalita tak představuje arénu kognitivně-právní integrace autorit pocházejících z různých sociálních segmentů. Navozuje tak osobitou formu mezi-skupinové solidarity, jejíž výsledky se projevují v prosazování pravidel nebo změně právních systémů teprve na nižší rovině sociálního sdružování; na úrovni právních systémů sociálních skupin dotčených sporem. Pro antropology a právní vědce, kteří se obvykle zaměřují na právní modalitu, je i z tohoto důvodu velmi obtížné právní autority, které lze klasifikovat jako sodality, objevit, rozpoznat a srovnávat. Je zde však ještě další faktor. Jelikož právní sodality spojují sociální skupiny s právními systémy, které jsou přinejmenším v detailech rozdílné, je jen přirozené, že se dovolávají transcendentních idejí, které zúčastněné sociální skupiny nutně přesahují. Takové diskurzivní praktiky však mohou být považovány především za magicko-náboženské strategie, kterými bezpochyby také jsou. Nicméně pokud jejich hodnocení bude vycházet z pojetí, které právo ztotožňuje s instrumentální technologií řešení sporů, může dojít k pomnutí právního rozměru těchto diskurzivních praktik a faktu, že jsou bezpochyby také strategiemi právního rozhodování. Magické a náboženské elementy jsou totiž často stavěny do protikladu k prvkům právním a technickým a to tak, že se vzájemně vylučují.<sup>614</sup>

Zavedení pojmu právní sodality reaguje také na nedostatečnost těch definic, dle nichž je právo pouze určitý systém pravidel, určitá textová struktura, soustava soudů či opinio necessitatis, která vylučuje z naší kognice právě meziprostor mezi systémy, mezi strukturami, mezi organizacemi justice či mezi právními konsensy. Právní sodalita umožňuje tento meziprostor<sup>615</sup> vzít v potaz. V jistém smyslu tak právní sodalita perspektivu, z níž právo pozorujeme, obrací. Konvenčně je totiž znalost právního systému (právní modalitu) chápána jako podstata, tvrdé jádro juristického vědění. Pokud se však zaměříme, tak jako Latour

---

<sup>614</sup> SPIER, R.: *From the Hand of Man. Primitive and Preindustrial Technologies*. Boston 1970, s. 2; LEMONNIER, P.: *The Study of Material Culture Today: Toward an Anthropology of Technical Systems*. In *Journal of Anthropological Archaeology* 5 (1986): 147–186, s. 154.

<sup>615</sup> K pojmu meziprostor („interstitial space“) viz BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models in African Conflict Management: Translating Technologies of Social Ordering*. op. cit.

na „aplikaci práva,“<sup>616</sup> pak z tohoto vědění vystoupí na povrch ty aspekty, které z práva činí poddajný, kujný a hebký materiál. Ten je naopak podřízen autoritativnímu, rituálnímu vytváření významu, který v něm samotném nenajdeme. Tento význam je určen nikoliv singulární právní autoritou, soudem apod., nýbrž je výsledkem vzájemné formálně-kognitivní koordinace mezi různými autoritami. Výzkum, který vezme za svůj pouze textový přístup k právu, tyto aspekty nemůže rozpoznat. Právo jako textová struktura má různé přípustnosti<sup>617</sup> a každá autorita jej vnímá ze svého hlediska. Užívání moderních právních dualismů (objektivní/subjektivní, hmotné/procesní) tak vede k tomu, že ignorujeme klíčový komponent práva – totiž koordinaci rituálu a textové struktury,<sup>618</sup> která je patrná právě na úrovni aplikace práva. Z tohoto hlediska by pojem právní sodality měl vést k rekonfiguraci naší pozornosti při výzkumu skutečného práva a měl by významně přispět k omezení zánikové transformace práva při mezikulturním přenosu. Jinými slovy; jestliže při analýze neznámého práva budeme užívat i tento koncept, dekontextualizace a dehistorizace symbolické reprezentace cizího právního systému by neměla při mezikulturním přenosu přesáhnout únosnou mez. To se samozřejmě týká především aktuálně existujících právních systémů. V případě právních dějin je zániková transformace práva velmi často nezvratná.

Zároveň je nutné zdůraznit, že užívání distinkce právních sodalit a právních modalit se týká i analytické konceptualizace pozorovaných nebo zkoumaných jevů. Jinak řečeno jako právní sodalitu lze konceptualizovat i standardní soud moderního státu, podíváme-li se na něj příslušnou optikou a zdůrazníme-li jeho sodalitiní prvky za současného potlačení prvků „modalitních“ v jeho popisu. Zaujmeme tak však poněkud uměle funkcionalistickou, nikoliv emickou perspektivu. Právní sodalita je tedy také způsob analytické konceptualizace, nikoliv pouze objektivní fakt. Nicméně tento způsob konceptualizace nám umožňuje kognitivně rozpoznat právní jevy, které jsou pro nás bez tohoto pojmu prakticky neviditelné. Rozdílnost mezi moderním uspořádáním rituálu, jehož funkcí je koordinace soudního rozhodování mezi státy, a „afghánským“ uspořádáním, jehož funkcí je koordinace soudního rozhodování mezi nativními komunitami, spočívá tedy primárně nikoliv v tom, čím tento rituál sám o sobě je, nýbrž na jaké představě práva je založen, a tím také, jak je sociálně organizován. Zatímco v prvním případě je to představa práva jako artefaktu, symbolické reprezentace a mobilního zákona (právní modalita), v druhém případě je to představa práva

---

<sup>616</sup> LATOUR, B.: *The Making of Law: Ethnography of the Conseil d'Etat*. op. cit., s. 120.

<sup>617</sup> K pojmu přípustnosti („affordance“) viz SHANKS, M., TILLEY, C.: *Social Theory and Archaeology*. Albuquerque 1987, s. 92.

<sup>618</sup> TURNER, V.: *Průběh rituálu*. Brno 2004, s. 95–128.



jako autority, vzájemného kompromisu sociálních skupin a mluveného slova (právní sodalita). Právní sodality i modality jsou složité vypracované rituály, jak řešit například obchodní spor přesahující různé sociální skupiny. Avšak právní sodality nemohou uniknout autoritám dotčených sociálních skupin v podobě konkrétních osob, zatímco právní modality jim unikají skrze artefakt a separaci právní autority a právních pravidel. Je otázka, zda právní sodality jsou obecně příznačné pro bezstátní či předstátní společnosti a právní modality pro národní státy nebo zda se jedná pouze o regionální záležitost. V kontextu Afghánistánu a České republiky taková distinkce samozřejmě smysl dává i v rámci dichotomie mezi právní modernitou a právem druhých. V každém případě však právní sodalita dává zcela jiný a nový rozměr představě o právní rovnosti (či egalitarianismu) v tom či onom kontextu.

Aplikace cizího práva v rámci *comitas gentium* plní stejnou funkci jako právní sodalita, je však založena na jiných organizačních principech. Touto funkcí je neutralizace odlišnosti právních představ cizinců, neboť si lze představit jen s obtížemi, že existuje více kulturně podmíněná idea než spravedlnost. Nepodmíněným projevem respektu – aplikací cizího práva anebo účastí cizí právní autority na právním rozhodování – se však oba principy shodují. Odlišující se naopak svým vztahem k právní autoritě jako problému druhého. Výsledkem aplikace cizího práva jako projevu respektu je neutralizace cizí právní autority. Tím je zajištěn nebo by měl být zajištěn i její respekt ve formě uznání domácího rozhodnutí, které vzniklo za užití jejího práva. Právní sodalita tak zajišťuje možnost iniciativního zásahu cizí právní autority do vznikajícího rozhodnutí na základě pozvání, přičemž skutečnost, zda tento zásah skutečně koresponduje rovněž s cizím právem, je druhotná. Právní sodalita je ustavena tak, že ji utvoří právní autority všech sociálních skupin zúčastněných ve sporu. Dualismus domácího a cizího práva v tomto případě pozbývá relevance. Nesmíme však zapomínat na to, že středisko právní moci<sup>619</sup> nemusí být nutně lokalizováno pouze na rovině právní sodality. Autority kmenů, které právní sodalitu (složený soud) utvářejí, zastupují v jejím rámci sociální podskupiny (jednotlivé kmeny). Uvnitř těchto podskupin jsou však právními autoritami vůči jejich členům.

Přestože právní sodalita jakožto forma meziskupinového sdružování představuje určitou míru delokalizace (mobilních) právních autorit, které jsou na nižších úrovních spojeny s nativními komunitami zúčastněnými na právním konfliktu prostřednictvím svých členů (dotčených stran), delokalizace prostřednictvím mobilních právních systémů v případě aplikace cizího práva představuje řádově vyšší stupeň závislosti na nelokálních autoritách či přesněji řečeno jejich substitutech. Rozdíl v sociální organizaci práva tak představuje

---

<sup>619</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 115–119.

i rozdíl v prostorovém dosahu sítě právních autorit či jejich substitutů (právních modalit), v němž je umožněna vzájemná koordinace soudního rozhodování bez nutnosti souběžné fyzické přítomnosti právních autorit. Nicméně i v případě právních sodalit je prostorový rozsah právní sítě úctyhodný, vezmeme-li v potaz, že například pančaty<sup>620</sup> – obchodní soudy působící v Kábulu založené na stejném organizačním principu jako džirgy a šúry – zahrnovaly vedle právních autorit zastupující nativní komunity nacházející se v afghánském prostoru rovněž indické a anglické obchodníky.

Jestliže se s aplikací cizího práva spojuje instrumentální politický cíl, jako například koordinace soudního rozhodnutí nebo usnadnění mezinárodního obchodního styku mezi národy, pak je tímto instrumentálním cílem zastřen paradox moderní právní mytologie; nutnost kooperovat s jinými, i nmoderními, právními systémy ze strany národního právního systému, který si nárokuje singulární exkluzivitu. Tato nutnost kooperovat s nmoderními právními systémy ve své podstatě vyvrací ideu universální geneze práva směrem k modernitě. Již v rámci suverénního státu totiž jeden z největších problémů právní koordinace spočívá v tom, že právní texty připouštějí vždy různé výklady. Značná část činnosti státních soudů je proto zaměřena na sjednocování výkladu prostřednictvím judikatury vyšších soudů nebo jinými způsoby. V případě aplikace cizího práva však vyvstává nejen různost výkladů jednoho textu, nýbrž různost právních pravidel a zejména různost samotného pojetí práva. Tyto aspekty mezinárodní soudní spolupráce představují ještě vyšší úroveň nejistoty, než je nejistota, která je běžně zakoušena v rámci provozu státního právního systému. Připuštění rovnocennosti takových cizích právních systémů domácími právními autoritami lze z hlediska studia rituálu interpretovat jako „dramatizovaný self-attack.“<sup>621</sup> Přizpůsobení této nezvyklé situaci vyžaduje pro zachování integrity státu – v emické perspektivě státních soudů – přisvojení či osvojení cizího práva ve formě jeho symbolické reprezentace, která umožňuje získat přístup k cizímu právnímu systému, z něhož by byla jinak domácí právní autorita vyloučena. Je to postup právě opačný, než je přístup právní teorie, který spočívá v antisignifikaci právní jinakosti. Jedná se buď o jinakost vymezenou hranicemi státu, která je vlastní jiným, totiž zahraničním právním systémům, nebo o jinakost, která se nachází za pomyslnými hranicemi normativity vytvořenými právní ortodoxií, jako jsou např. sociální, kulturní, ekonomické či politické sféry apod.

Symbolické reprezentace cizího práva v tomto ohledu hrají klíčovou roli při formování identity moderního práva. Srovnávání právních řádů v moderní situaci se totiž – na rozdíl

---

<sup>620</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 31–34.

<sup>621</sup> BLOCH, M.: *Essays on Cultural Transmission*. op. cit., s. 129–130.

od právních sodalit – vždy opírá o symbolickou reprezentaci práva druhých, nikoliv o znalost jejich skutečného práva. Vytvoření takové symbolické reprezentace však vždy nutně vyžaduje, aby její tvůrce či interpretátor řízl analytickým skalpelem domácí právní kultury do neznámého kulturního organismu a cizí právo se oddělilo od její společnosti a kultury.<sup>622</sup> Pokud tak učiníme v neznámém a ještě navíc velmi odlišném sociokulturním prostředí, jaké najdeme například v Afghánistánu, může se snadno stát, že místo toho, abychom oddělili právo od kultury či společnosti, odřízneme kus cizího práva a společnosti od zbývajícího kusu cizího práva a společnosti. Avšak i v případě, že je nám dané prostředí velmi dobře známé, ne všechny aspekty aplikovaného práva jsou považovány za natolik podstatné, aby byly zaznamenávány písemně. Mnohé samozřejmosti, které se v mezikulturním kontextu mohou stát rozhodující, tak zanikají jako důsledek uplatnění určitých měřítek a kulturních standardů, které domácí právní autority nepovažují za nutné reflektovat. Ti, co se zabývají cizím právem v terénu, často bezděky přispějí ke kognitivní destrukci původní informace o právu pouze proto, aby vyhověli představě o identitě svého práva. Obdobně jako Bloch<sup>623</sup> proto tvrdím, že z textů odvozená teorie právní kognice je nevhodná. Je nevhodná i proto, že nedokáže podchytit spád kognitivních postupů v reálných rozhodovacích procesech. Z tohoto hlediska je mnohem smysluplnější rozšířit dichotomii psaného a nepsaného práva na trichotomii práva psaného, verbálního a nonverbálního, již jen proto, abychom si uvědomili, jak limitovanou informaci o určitém právním systému můžeme vlastně získat. Takovému posunu však obvykle brání pojetí práva jako logicky artikulovaného a textově podchyceného vědění, které pak stejně jako dichotomie literárního a neliterárního práva představují stavební prvky mýtu archaického práva konstitutivního pro identitu moderního práva.

Aniž bych chtěl zpochybňovat zvláštnosti právních systémů, které jsou někdy označovány za „archaické,“ je třeba zdůraznit, že údaje o těchto právních systémech, a způsob, jak se tyto údaje užívají při konstituování představ o moderním právu, jsou dvě zcela odlišné věci. V jednom případě jsou tyto právní systémy zkoumány, v druhém jsme svědky jejich užívání při aktuálním vytváření mýtu. Rozdíly mezi „archaickými“ právními systémy a „moderními“ samozřejmě existují. Jsou však (pro účely výstavby mýtu) značně přeháněny a hodnoceny jako nepřekonatelné a absolutní. Avšak kdyby tyto rozdíly skutečně absolutní byly, jak by pak bylo možné vysvětlit, že jeden typ práva se vyvinul z druhého. Jeden z důvodů, proč se lze setkat s oběma výše jmenovanými přístupy, spatřuji v paradoxu mezikulturního přenosu práva; právo druhých k nám může být přeneseno jen díky textové

---

<sup>622</sup> Srov. TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 111.

<sup>623</sup> BLOCH, M.: *Essays on Cultural Transmission*. op. cit., s. 187.

reprezentaci, ale zároveň byly při tomto přenosu mnohé informace ztraceny jen kvůli přednosti „uvažování s textem.“ Textový přístup je tak jedním z hlavních faktorů, který jednak umožňuje mezikulturní přenos práva, jednak způsobuje jeho zánikovou transformaci. Tyto skutečnosti můžeme přitom pozorovat v reálném čase na etnografii konkrétního mezikulturního přenosu práva. Zanikání informací o právu tak není jen proces dějinný, neděje se jen důsledkem zanikání archaických právních kultur, nýbrž i v důsledku zcela aktivního uplatnění nesprávného nebo spíše neúplného analytického pojmového vybavení na právní kultury současné.

Kontrast mezi těmito dvěma kontexty zánikové transformace práva (mezikulturní přenos, právní dějiny) osvětluje ještě další její paradox; na jedné straně si mnozí badatelé s lítostí uvědomují, že enormní vědění o nepsaných právních civilizacích je nenávratně ztraceno, a snaží se z fragmentů těchto civilizací těžkopádně rekonstruovat jejich nyní jen stěží smysluplný obraz. Ač mohou pouze nostalgicky spekulovat o skutečném rozsahu kognitivního zániku archaických (velmi starých ve smyslu historické chronologie) právních kultur, tito badatelé na základě těchto fragmentů přesto radikálně zpochybňují ideu vývoje civilizace od „archaické“ a „tradiční“ pospolitosti k „moderní“ společnosti.<sup>624</sup> Na druhé straně na světě existují, nebo ještě donedávna existovaly ekvivalenty těchto dávných právních civilizací v reálně probíhajícím čase. Avšak zdá se, že pro jiné právní učence ze stejných univerzit představují právě ony trn v oku, který je třeba bez podrobnějšího studia co nejrychleji odstranit. Je s podivem, že tyto ekvivalenty představují předmět hlubokého zájmu jen pro hrstku právních antropologů, zatímco masa právních modernizátorů v nich vidí pouze terén pro (zpravidla nezdařené) reformní projekty – jakýsi „jus nullius.“<sup>625</sup>

#### **7.4 Rituální kontrakty: právo a čest**

Za předpokladu, že právní vědění a rozhodovací procesy jsou recipročně konstituovány sociálními, individuálními a materiálními prvky,<sup>626</sup> by nám právě představa odlišné sociální organizace práva, jak je zde demonstrována ve specifickém kontextu přeshraničního či meziskupinového obchodu, mohla pomoci pochopit, z jakého důvodu určité „archaické“ právní instituty – zejména pak rituální kontrakty ve starém právu římském a germánském – vznikaly a čím byla dána jejich logika v rámci těchto prastarých právních

---

<sup>624</sup> HAWK, B.: *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*. op. cit.

<sup>625</sup> MATTEI, U., NADER, L.: *Plunder*. op. cit.

<sup>626</sup> Srov. PFFAFFENBERGER, B.: *Social Anthropology of Technology*. op. cit., s. 508.

systemů. Snad by to mohlo vést i k porozumění zdánlivých kuriozit jako plně racionálních a osvěžit a znovu formulovat teorii vývoje obchodního kontraktu z rituálu.<sup>627</sup>

Srovnání antropologických závěrů, vyplývajících z konkrétního empirického výzkumu, se znalostmi archaického práva římského bylo dříve tradičním aspektem právní antropologie<sup>628</sup> a z dlouhodobého hlediska vyvrátilo tezi uplatňovanou například Maxem Weberem, že moderní právo lze charakterizovat právní racionalitou. Posléze vyústilo v právně-realistické studii moderního právního ritualismu a moderní právní magie.<sup>629</sup> Kromě racionality jako kritéria pro absolutní vymezení právní modernity rovněž sám vývoj od „archaického“ k „modernímu“ promítnutý do prostorových rozdílů v právních kulturách je užíván jako stavební prvek pro výstavbu mýtu moderního práva, jak jsem již uvedl výše. Můžeme to někdy vidět například v oblasti srovnávacího práva – to sice komparuje symbolické reprezentace právních systémů jako dva autonomní sociální útvary, v reálném praktickém kontextu se však vždy symbolické reprezentace jednoho práva objevují v kontextu právní praxe druhého práva nebo přinejmenším na jeho pozadí. Problém mezikulturního přenosu práva však spočívá primárně v překročení relativní distinkce živé kultury (původní prostředí práva) a mrtvé kultury (symbolická reprezentace práva) a v narušování původně funkčních nestátních právních systémů. Nejde jen o erozi originální autoritativní infrastruktury, nýbrž i o její kontaminaci moderními právními reprezentacemi, které si nárokují privilegium, že jen ony samy mohou představovat autentickou kategorii práva. Avšak přijetí těchto „autentických“ reprezentací nevede automaticky také k přijetí logiky a sociální organizace, které s nimi byly původně spojeny.<sup>630</sup> Jak jsem již uvedl, týká se to jak informací o džirgách a šúrách (právních autoritách obchodního práva v Afghánistánu) v elektronických archivech a na internetových stránkách, tak pojetí právního státu obsažených v modernizačních projektech zamýšlených k realizaci v „afghánském“ kontextu. Přestože se jedná ve své podstatě o vzájemnou směnu právních pojetí, jistá asymetrie je v této epidemiologii právních reprezentací patrná; informace o džirgách nemají vliv na integritu

---

<sup>627</sup> K tématu rituálních smluv například WEBER, M.: *Economy and Society*. Berkeley 1978, s. 761–764, či TUORI, K.: *Weber and the Ideal of Roman Law*. In LEWIS, A. et al.: *Law and History: Current Legal Issues* 6. Oxford 2003, s. 209.

<sup>628</sup> Např. LLEWELLYN, K. HOEBEL, E.: *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman 1941, s. 268, 308–309, 311–313.

<sup>629</sup> FRANK, J. *Law and the Modern Mind*. London 1949; FRANK, J.: *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. New York 1969; LLEWELLYN, L.: *The Bramble Bush: On our Law and its Study*. New York 1951; ARNOLD, T.: *The Symbols of Government*. New Haven 1935; ARNOLD, T.: *The Folklore of Capitalism*. New Haven 1937; RADKAU, J.: *Max Weber: A Biography*. Cambridge 2009, s. 418–419.

<sup>630</sup> SCHANIEL, W.: *New Technology and Cultural Change in Traditional Societies*. In *Journal of Economic Issues*. 22, 2 (1988) 493–498.

českého právního systému, modernizační právní projekty na druhou stranu existenci právních systémů založených na reciprocitě, kterou v Afghánistánu nalezneme, neuznávaly. I dnes se s takovou (re)kognicí můžeme setkat jen vzácně. Ve skutečnosti existuje jen nepatrná možnost, že textová reprezentace přenese s sebou i sociální logiku práva, pod jejímž zorným úhlem byla sepsána. Právě v této absenci informací (či jejich ohraničenosti) lze spatřovat jakýsi quasi-empirický podklad pro tezi o domnělé iracionalitě nemoderních právních systémů. Jedním z atributů osvícenského rozdělení moderního a nemoderního práva je rozum – obecnější pojmenování pro jakousi právní protovědu či způsob uvažování, z něhož se později rozvinuly současné (sekulární) právní nauky. Ty s ostatními vědami sdílejí přesvědčení, že jsou založeny na exkluzivním přístupu k objektivnímu vědění. V tomto ohledu by to měla být právě aplikace právních věd, která strukturovala a organizovala moderní právo, co by kritérium vzájemného odlišení mezi ním a právem druhých. Ve skutečnosti je velmi pravděpodobné, že žádný z moderních právních systémů nebyl primárně výsledkem aplikace vědy. Naopak, právní vědy a teoretické objektivní vědění o právu jsou mnohem spíše výsledkem konceptualizace právní praxe a zdůvodnění jejích cílených politických změn. Objektivistický, universalistický a apodiktický jazyk slouží cílům změny konkrétních právních systémů. Zvláštním způsobem zmátl mnohé své uživatele. Zaměnili jej totiž za objektivní, univerzální a empiricky podložené vědění, které lze uplatnit na změnu jakéhokoliv právního systému bez nutnosti jej blíže zkoumat. Tato záměna, která popírá nutnost poznání právních systémů, které mají být transformovány, zdůrazňuje pouze nutnost cíle (představy o žádoucí výsledné změně právních systémů) a vyplývá právě z dualisticky konstituované mytologie moderního práva. Děláním vědy (a zkoumání práva, které pokládáme za nemoderní) je tedy v tomto ohledu něco jiného než užívání vědy při výstavbě mýtu moderního práva (tedy mýtu o archaickém a tradičním právu). Nenechme se mýlit, tyto dvě praxe se objevují vedle sebe často v těsném sousedství. „Archaické právo“ nemělo takové štěstí, aby bylo vždy zřejmé, kdy zahrnuje fantazii a kdy fakta.

Než se pokusíme nastínit, v čem nám tedy „afghánské“ právní sodality naznačují něco o tom, jak jinak uvažovat o archaismech v římském právu, nebo jakým způsobem mohou být tyto archaismy re-kontextualizovány, aby byly rovněž chápány jako prodechnuté určitou logikou a racionalitou, uvedu základní potíže těchto zkoumání. Rituál, magie a náboženství byly chápány jako protiklad k procesu, právu a vědě. Zatímco první získávalo figuraci archaického či tradičního, druhé figuraci moderního. V této atmosféře sloužil rituální charakter nejstarších smluv (například antické *mancipatio*) určených k vlastnickému převodu pozemků a otroků, jako faktor definující tyto smlouvy jako instituty přechodové doby (již ne

zvyk a ještě ne právo). Tyto smlouvy tak mohly být považovány za hybridy práva a náboženství. V pramenech o mantipatiu<sup>631</sup> tento komplexní rituál uzavírání smlouvy zahrnuje řadu formálních prvků, které mu dodávají charakter oficiality, jako např. přítomnost pěti svědků a kousků bronzu. Tyto elementy jsou zpravidla považované za magicko-rituální. Tyto formální rituální prvky se z vnějšího pohledu nápadně podobají afghánským právním sodalitám, jmenovitě ekonomické džirze, a je proto nutné zkoumat, zda tato vnější podobnost může mít i hlubší povahu. Zároveň je však patrné, že distinkce „archaické“/„moderní“ (případně klasické) je empiricky oprávněnější, jelikož je založena na konkrétních poznacích ve srovnání s dnes běžnou distinkcí „neformální“/„formální“,<sup>632</sup> která původní distinkci devatenáctého století nahradila. Jak jsme viděli právě v případě afghánských právních sodalit, nemají tyto pozdější distinkce jakékoliv zdůvodnění empirické, leč pouze normativní (přesvědčení právních modernizátorů) a představují tak právní orientalismus v čiré formě. Označení „afghánských“ právních systémů založených na reciprocitě („afghánských“ právních sodalit) za neformální právo vyniká výjimečnou mírou zcestnosti již proto, že jejich komparace s archaickým právem římským se může opírat pouze o jejich formální prvky. V případě nestátních právních systémů se totiž jedná pouze o jiný druh formality, avšak je nepochybné, že se o formalitu jedná. Ekonomická džirga se však svými vnějšími kognitivními aspekty nepodobá pouze jednomu smluvnímu typu, nýbrž celé jedné skupině smluv, do níž lze zařadit kontrakty jako mancipatio, vindicatio a stipulatio, které byly již bratry Grimmovými<sup>633</sup> považovány za „archaické kupní smlouvy, v nichž jsou smíseny rituální náboženství a právo, (...) užívají symbolickou imaginaci a symbolický výraz.“<sup>634</sup> Oddělování práva a náboženství na základě takových kritérií, jako jsou rituál a symbolická imaginace, je však velmi kontroverzní. Je sice zřejmé, že „právní pravidla patří někdy mezi předměty lidové víry.“<sup>635</sup> Avšak zároveň sama tato pravidla jsou vždy založena na určitém typu víry (přesvědčení o jejich žádoucnosti u významného segmentu populace). Tak je tomu i tehdy, když je právo sekulární. Když bychom se u dané právní kultury zdráhali vidět její souvislost s náboženstvím. Dle magicko-rituální hypotézy se ve své podstatě nábožensky založený rituál

---

<sup>631</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 50–51, 91–92, 130–135, 177.

<sup>632</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 65.

<sup>633</sup> GRIMM, J.: *Von der Poesie im Recht*. In *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 22, 2 (1816): 25–99, s. 74–80.

<sup>634</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 51.

<sup>635</sup> SAVIGNY, F.: *On the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*. Londýn 1984, s. 25.

později zjednodušil a pozvolna se vyvíjel směrem ke smlouvě, tak jak ji známe dnes.<sup>636</sup> Jhering naopak postuloval jakýsi prvopočáteční čistý kontrakt, který ztotožnil s výměnou věci za věc (směnná smlouva, barter). Avšak ani u této teze není pochyb o tom, že původní kontrakty byly vlastně náboženské ceremoniály.<sup>637</sup> Dle Jheringovi hypotézy se tento jednoduchý kontrakt teprve později vyvinul ve složitější symbolický rituál a obalil se tak magicko-rituální krustou.<sup>638</sup> Paradoxně obě tyto hypotézy bývají interpretovány jako posun od komunitního vlastnictví k vlastnictví soukromému, které je obvyklou součástí moderního mýtu archaického práva či civilizačního narativu.<sup>639</sup>

Ve skutečnosti je problém počátků obchodního práva (a zejména obchodní smlouvy) mimo dosah našeho poznání, neboť zde máme právní kultury mnohem starší, než je tzv. archaické právo, které stojí na počátku období zachyceného literárními prameny. Evolucionistické hypotézy, které se často stávaly prvky moderního mýtu archaického práva, tak nelze brát doslova. Například představa, že první smlouvy byly reálné kontrakty směřující věc za věc a měly velmi ceremoniální formu, při níž byl přítomný celý kmen jako svědek,<sup>640</sup> je sice založena na skutečných údajích, nicméně její umístění do formativního období práva jako takového je velmi sporné. Stejně tak se totiž může jednat o projev velmi pokročilého vývoje. Je nicméně pozoruhodné, jak se tato představa přibližuje mnohem přesnějším údajům o smlouvách v Afghánistánu, uzavíraných za přítomnosti džirgy či šury, kde celek kmene je představován její konkrétní autoritou. Stejně tak není bez zajímavosti hypotéza Levy-Bruhla, který se rovněž zabýval archaickými římskými kontrakty<sup>641</sup> a poukázal na to, že přítomnost pěti svědků při uzavírání smlouvy představuje pět římských kmenů – tedy pokud by se jednalo o autority těchto kmenů, našli bychom zde nejen souvislost mezi římským *mancipatio* a afghánskou džirgou, ale též například indickými *pančaty*.

---

<sup>636</sup> MORGAN, L.: *Ancient Society*. Tuscon 1985, s. 535–536; LUBBOCK, J.: *The Origin of Civilisation and the Primitive Condition of Man*. Londýn 1882, 454–455; MOMMSEN, T.: *Römische Geschichte*. Berlín 1888, s. 151; MOMIGLIANO, A.: *From Mommsen to Max Weber*. In *History and Theory* 21 (1982):16–32, s. 26–27.

<sup>637</sup> FUSTEL DE COULANGES, N.: *La Cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. Paříž 1866, s. 82; JHERING, R.: *Vorgeschichte der Indoeuropäer*. Lipsko 1894, s. 71–74 et passim.

<sup>638</sup> JHERING, R.: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Aalen 1993, s. 533, 537–538.

<sup>639</sup> KASER, M.: *Das römische Privatrecht*. Mnichov 1971, s. 27; BRETONE, M.: *Storia di Diritto Romano*. Bari 1991, s. 90; WATSON, A.: *The State, Law and Religion: Pagan Rome*. Atény 1992, s. 33.

<sup>640</sup> WILUTZKI, P.: *Vorgeschichte des Rechts*. Vratislav 1903, s. 131–133.

<sup>641</sup> LEVY BRUHL, L.: *Quelques problèmes du très ancien droit romain*. Paříž 1934, s. 143; WATSON, A.: *The State, Law and Religion*. op. cit., s. 35.



Jedna z nejzajímavějších hypotéz spojuje obchodní smlouvu a násilí. Je to teorie symbolického dobytí.<sup>642</sup> Odkazuje na civilizační střet mezi původními obyvateli a indoevropskými nájezdníky, kdy dochází k rituálnímu opuštění věci, aby ji nový vlastník mohl získat na základě symbolické okupace či aropriace jako rei nullius. Hägerström<sup>643</sup> přichází s poněkud jinou hypotézou. Smluvní rituál v jeho pojetí vytváří magické spojení mezi věcí a novým vlastníkem tím, že nastoluje jeho autoritu (jurisdikci) nad věcí, vytváří novou realitu pomocí slov. Tato teorie byla kritizována jako nevěrohodná v tom smyslu, že by pouze magické prostředky mohly mít moc vytvořit vazbu mezi stranami.<sup>644</sup> Z našeho hlediska tyto kritiky nevzaly v potaz odlišnou autoritativní strukturu práva a sociální organizaci smlouvy. Skutečnost, že rituální smlouvy odkazují na zástupce pěti kmenů při jejich uzavírání, představuje totiž zásadní podobnost s afghánským materiálem, vezmeme-li v úvahu multiplicitu jurisdikcí uvnitř kmenových soustav v Afghánistánu. Westrup<sup>645</sup> poukazyval na to, že striktní rituály se týkají jen smluv o převodu nemovitostí, avšak jde o to, že rozdílnost s jinými smlouvami spočívá spíše v intenzitě magicko-rituálního prvku v závislosti na významu převáděných „objektů.“ Jejich význam odráží skutečnost, jak moc jsou tyto rituály viditelné. Je faktem, že na určitých právních rovinách jsou právní autority (a samotná změna jurisdikce) nutně viditelnější pro ostatní sociální skupiny, než na jiných, kde některé změny vlastnictví a statusu mohou být důležité pouze v omezeném rámci určité malé sociální skupiny. Týkají se totiž jen vztahů jejich podskupin. Jiné tranzice se týkají dislokace věcí a osob z jedné významné jurisdikce do druhé. Z tohoto hlediska svobodu uzavírání smluv, kterou Weber považuje za moderní vymoženost,<sup>646</sup> je nutné hodnotit jinak. Weber totiž směřuje sociální organizaci smlouvy s obsahem smlouvy (nabývací smlouva, statusová smlouva), když říká, že smlouva především definovala vztahy mezi rodinou či klanem a jeho spojenci. V moderním státě se uzavírání smluv uskutečňuje v podstatě pod jednou jurisdikcí a nedochází k převodům mezi jurisdikcemi. Decentralizovaným společnostem, které Weber považuje za tradiční, však na rozdíl od národních států, které označuje za společnosti moderní, odpovídá pouze situace přeshraničních obchodních vztahů, tj. smluv s mezinárodním prvkem. Pouze u nich dochází totiž ke změně výsostné jurisdikce.

---

<sup>642</sup> THORMANN, K.: *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*. Mnichov 1943, s. 106–107 et passim; MAUSS, M.: *Esej o daru*. op. cit.; DIÓSDI, G.: *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*. Budapešť 1970, s. 108–109.

<sup>643</sup> HÄGERSTRÖM, A.: *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. Upsalla 1927, s. 35–41.

<sup>644</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 133.

<sup>645</sup> WESTRUP, C.: *Introduction to Early Roman Law*. Kodaň 1934, s. 66.

<sup>646</sup> WEBER, M.: *Economy and Society*. op. cit., s. 667–668.

Samozřejmě uvnitř států také mezi sebou uzavírají smlouvy různé sociální skupiny, avšak tady právo neuznává právní autoritu na nižších právních rovinách, než je rovina státu.

Ve světle „afghánských“ právních sodalit se však zdá, že změna, k níž došlo mezi archaickým a historickým římským právem, spočívá v něčem úplně jiném. Ač podobnost těchto právních sodalit s archaickým právem římským byla pouze přibližná. Zavedení technologie písma a jejím postupným převládnutím ve sféře práva nemělo totiž za následek jakékoliv podobné posuny jako je např. posun od komunitního k soukromému vlastnictví (v obou těchto historických fázích se setkáváme s oběma formami vlastnictví), nýbrž vedlo ke kompletní změně konfigurace práva a myšlení ve vztahu k problému sociální organizace a právní autority. Právě skutečnost, že nepsané právo vyžadovalo úplně jiný druh sociální organizace a jiný typ reálného fungování, je obtížné zachytit, neboť implicitním politickým cílem nových písemných právních artefaktů je dosažení zapomenutí původního organizačního étosu práva. Rekonstrukce vědění o těchto starších civilizacích založených na nepsaném právu tak může mít spíše archeologicky-imaginativní charakter, neboť je jen „určitým sebráním nespojitých detailů z nepropojených právních kultur,<sup>647</sup> o něž se opírala představa archaického práva v devatenáctém století. Na druhou stranu i toto hledání fragmentů, pozůstatků a stop originální právní organizace v pozdějších literárních civilizacích umožňuje určitý velmi specifický způsob přemýšlení o právu. Jak jsem již uvedl v úvodu, Maine upozorňuje na to, že „ve srovnávací perspektivě chronologie zkrátka vymizí“<sup>648</sup> a bez dělicích příček mezi historickým a prostorovým způsobem disciplinárního situování práva (například do kulturních oblastí ze strany srovnávacího práva nebo do historických epoch ze strany právních dějin) zde máme jednotný časoprostor, v němž lze vidět docela jiný význam práva ve vývoji lidstva. Z takové časoprostorové perspektivy se pak vyjevují jiné, nezvyklé podobnosti a rozdílnosti mezi právními kulturami a systémy.

Vezmeme-li v úvahu, že „afghánským“ právním sodalitám a archaickým římským smlouvám lze porozumět na základě jejich vzájemné podobnosti ohledně sociální organizace, pak je „souvislost mezi rituály a smlouvami“<sup>649</sup> zcela jiná, než se obvykle soudí. Obchod mezi sociálními skupinami musí nějakým způsobem vyřešit problém cti a vzájemné důvěry mezi členy z různých sociálních skupin. Tento problém obchodování s cizinci je velmi dobře znám z dějin afghánského obchodního práva a je v rozporu s tradičními západními sociologickými představami o tom, že rodina (či jiná skupina založená na vnitřní solidaritě)

---

<sup>647</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 73.

<sup>648</sup> MAINE, H.: *Village-Communities in the East and West*. Londýn 1895, s. 7.

<sup>649</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 57.

představuje protipól k trhu. S touto představou se můžeme setkat například u Bourdieu.<sup>650</sup> V Afghánistánu se totiž v některých situacích „obchod uskutečňuje výlučně s rodinou a přáteli nebo na základě osobních vztahů. Je příliš riskantní obchodovat s cizinci, neboť ti nemusí ctít své sliby. Jestliže obchodní smlouvy nemohou být vynuceny, je logické provádět transakce pouze s lidmi, které znáte a jimž důvěřujete.“<sup>651</sup> S poněkud reverzní evolucionistickou podjatostí se v kontextu afghánského obchodního práva rovněž uvádí, že „osobní vazby slouží jako náhražka pro posouzení důvěryhodnosti obchodního partnera, takže dohody jsou ctěny a jejich vynucení je nepotřebné, ač přehnané spoléhání na osobní vztahy uměle limituje to, s kým může kdokoli uskutečnit obchod. Pokud lze důvěřovat koupi od cizinců, je tím zajištěn přístup k více druhům zboží za nižší ceny, neboť lze obchodovat s větší skupinou lidí, včetně obchodníků, které naleznete na internetu, ač jsou na druhé polovině zeměkoule. Stejně z toho [ze státního obchodního práva – pozn. autora] má prospěch afghánský obchodník, neboť má přístup na mnohem větší trh, na němž může prodávat své zboží. Není omezen pouze na obchodování s rodinou a přáteli.“<sup>652</sup> Ačkoliv se zdá, že tento vývoj, v němž osobní vazby nahradily smlouvy vynucované státem, je jakýmsi obráceným evolucionistickým narativem, tento postřeh dobře ukazuje, jak normativní přesvědčení ovlivňuje to, co vidíme v empirických údajích. Pro výzkumníka, který věří tomu, že Afghánistán je stát, který se zhroutil, je toto schéma samozřejmé a logické. Stejně jako je pro výzkumníka, který se zabývá formováním afghánského státu, přirozený narativ právě opačný. Je tedy patrné, že ani jedna z těchto hypotéz není validní, neboť skutečné porozumění vývoji afghánského obchodního práva se musí opírat právě o ústřední pojem této hypotézy – o čest. Osobní vazby jsou totiž nebezpečné, rizikové a nejisté i v případě obchodování uvnitř sociálních skupin, kde mohou být regulovány vnitroskupinovou právní autoritou. Obchod s cizinci, jehož transakce se vyhýbají trhu – tedy obchod, jak jej definuje Braudel<sup>653</sup> – je proto reálným a hluboce složitým problémem tehdy, díváme-li se na něj právě prizmatem cti.

V nauce afghánského obchodního práva je čest chápána jako integrální součást práva. I tato nauka do jisté míry užívá poněkud modifikovanou dichotomii kultury práva, kterou spojuje se státem, a kultury cti, kterou spojuje s tzv. neformálním způsobem rozhodování sporů – na rovině právních autorit jako jsou džirgy a šúry.<sup>654</sup> Při bližším pohledu je nicméně

---

<sup>650</sup> BOURDIEU, P.: *Teorie jednání*. op. cit., s. 121–152.

<sup>651</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 15.

<sup>652</sup> *Ibidem*.

<sup>653</sup> K problému obchodu jako „proti-trhu“ viz BRAUDEL, F.: *Dynamika kapitalismu*, op. cit., s. 33–34.

<sup>654</sup> ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. op. cit., s. 65.

zjevné, že tyto právní autority a jejich procesy jsou mimořádně formální. Tato modifikace spočívá v tom, že státní soudy i džirgy a šúry jsou uznávány jako právní autority, neboť se obě spoléhají na místní zvyky a archaické zákony; „Obchodní soudy a vládní instituce často spoléhají na zvykové praktiky a archaické zákony, když vydávají svá rozhodnutí. Ve většině případů Afghánci řeší své obchodní spory skrze neformální kanály, jako je šúra nebo džirga, protože férové a spolehlivé prosazení [státních] obchodních zákonů zůstává výzvou.“<sup>655</sup> „Šarijatské právo, džirgy a šúry, všechny tyto prvky hrály ústřední roli v právním vývoji Afghánistánu a i nadále v ohromném rozsahu ovlivňují obchodní právo.“<sup>656</sup>

Základním problémem afghánského obchodního práva, který je zároveň problémem cti, je takzvaná separace zaplacení ceny (quid) a dodání zboží (quo) v místě a čase. Pro větší názornost zde cituji pasáž o základní situaci na trhu (bazaru), kde k této separaci nedochází (jednota quid a quo v místě a čase): „Na bazaru kupující a prodávající dosahují ústní dohody a pak směňují zboží nebo peníze. Quid (peníze) nebo quo (zboží) jsou vyměněny souběžně v jednom místě (fyzické lokaci) a v jednom čase. Co se však stane, jsou-li quid a quo separovány? Mohou být přitom separovány v čase, takže kupující si vezme zboží s sebou již v daný okamžik a slíbí zaplatit později. Ale co prodávajícímu zaručí, že mu bude zaplaceno, jak bylo přislíbeno?“<sup>657</sup> Stejný problém vzniká i v opačné situaci, tedy je-li zaplaceno před dodáním zboží.

Pokud je obchodní právo chápáno pouze jako státní právo, pak je odpověď téměř jednoznačná. Separaci nelze připustit pro nedůvěru v obchodního partnera a k složitějším obchodním transakcím nedochází: „V případě absence obchodního práva prodávající pravděpodobně odmítne všechny smlouvy, které nezahrnují okamžitou platbu.“<sup>658</sup> Slovo „pravděpodobně“ však naznačuje, že je zde ještě něco jiného, než státní právo, které komplexnější obchodní transakce umožňuje, a co vysvětluje, že k nim reálně dochází. Tímto chybějícím článkem v antropologické teorii je vztah mezi ctí, právní autoritou a meziskupinovými vztahy, které jsou podrobně popsány; „Quid a quo jsou separovány také proto, že prodávající a kupující žijí v jiných městech nebo dokonce zemích. Mohou vyjednávat písemně nebo skrze cestujícího jednatele.“<sup>659</sup> Separace v místě má tak stejné důsledky jako separace v čase. Nicméně „[v]e většině případů dochází k separaci v čase

---

<sup>655</sup> Ibidem, s. 2.

<sup>656</sup> Ibidem, s. 64.

<sup>657</sup> Ibidem, s. 16.

<sup>658</sup> Ibidem.

<sup>659</sup> Ibidem.

i místě. Zboží je dodáváno na vzdálené bazary a prodáváno místními zprostředkovateli. To pro výrobce představuje dvě skupiny problémů. Zaprvé, je-li na bazaru podveden, musí spoléhat na místní autority, že budou chránit jeho práva a nebudou s ním jako s cizincem zacházet diskriminačně. Zadruhé, musí se spolehnout na místního zprostředkovatele, který za něj bude jednat jako prodávající. Pokud si tento zprostředkovatel přivlastní zboží nebo platby za zboží (či obojí), aniž by ctil svůj díl dohody, má výrobce jen omezené možnosti, jak dosáhnout nápravy. (...) I pokud strany nejdříve jednají v dobré víře, *separace quid a quo* může povzbuzovat jednu stranu, aby znovu otevřela smlouvu, jakmile je splněn druhou stranou její díl dohody.<sup>660</sup> Podstata problému *separace quid a quo* tedy tkví v tom, že právní autorita je vždy svázána s určitým místem a dosah účinnosti a vykonatelnosti jejích rozhodnutí je omezený, a to buď na určitou nativní komunitu, nebo na určitou fyzickou lokaci. „Stín práva“ tedy podněcuje čestné chování jen v tomto omezeném rozsahu. Samozřejmě čest není spojena s právem výhradně. Jistota v obchodování může vyplývat též z „reputace druhé strany získané opakovanými transakcemi, rodinnými vazbami a osobními vztahy.“<sup>661</sup> Osobní vztahy obchodníků pocházejících z různých sociálních skupin jsou však zatíženy jiným rizikem, hrozbou feudu nebo jiným typem konfliktu, který může vyvstat ve vzájemných vztazích obchodníků již kvůli jejich odlišným standardům (ať už cti či práva), i kdyby oba jednali v dobré víře. Kromě toho, že právní autorita může regulovat směnné vztahy jen uvnitř své sociální skupiny (prostřednictvím regulace chování svých členů) a nikoliv tedy v druhé sociální skupině, je zde rovněž nebezpečí eskalace obchodního sporu, k němuž může dojít prostřednictvím ztotožnění obchodníka a s jeho nativní komunitou.

Na tomto základě, avšak pouze za použití obchodních sankcí, je založen komunitní odpovědnostní systém, který spočívá v tom, že „jedna komunita považuje všechny členy cizí komunity za odpovědné, pokud jakýkoliv jiný člen této cizí komunity podvádí na trhu nebo nezaplatí dluhy místnímu občanovi. Pokud ručící cizinec odmítne zaplatit kompenzaci, zboží jeho krajanů propadne jako *de facto* záruka. Tento systém může motivovat dlužníkovu komunitu, aby jej donutila ctít smlouvu a vyhnula se tak ztrátě obchodních příležitostí [a nepřátelství – pozn. autora]. Nectění smluv by vedlo k embargu na zboží této cizí komunity a pozdržení jejích finančních transakcí. V tomto smyslu tento systém poskytoval sankci, která byla příliš mocná: vyvolávala masivní narušení obchodování z důvodu malých sporů.“<sup>662</sup> Nicméně vidíme, že tento systém zajištění smluvních závazků je založen

---

<sup>660</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>661</sup> Ibidem.

<sup>662</sup> Ibidem.

na reciprocitě mezi dvěma komunitami, nikoliv mezi jednotlivci. Při bližším pohledu se patrně jedná o ekonomický nátlak autorit jedné z komunit na autority druhé komunity založený na „archaickém“ principu kolektivní viny, aby u svých členů zajistili požadovaný druh chování. Termín nepřátelství, který jsem do tohoto citátu vložil, vyvěrá ze skutečnosti, že „[k]de neexistují soudy, aby vynutily obchodní právo, násilná svémoc je celkem běžná,<sup>663</sup> což je zejména v Afghánistánu velmi tíživě pocíťovaný fakt.

Jiný systém, který patrně ovlivnil vývoj afghánského obchodního práva, se soustředil na překonání nejistoty mezi obchodníkem a jeho zprostředkovatelem pomocí vytvoření sítě – koalice – „cizích obchodníků se silnou reputací“<sup>664</sup> (maghribští obchodníci), kteří fungovali zároveň jako zmocnitelé i jako zmocněnci mezi sebou navzájem. Tato koalice maghribských obchodníků byla založena rovněž na „archaickém“ principu ostrakizmu: „Pokud nějaký obchodník nesplnil svůj díl smlouvy s jedním z nich, ostatní se to vzápětí dozvěděli, jeho reputace byla zničena a žádný maghribský obchodník s ním již nikdy v budoucnu neobchodoval.“<sup>665</sup> Zároveň je však patrné, že „[d]ůvěra založená na cti má své limity, neboť se obvykle omezuje pouze na určitou sociální skupinu, nikoliv na komunitu obchodníků jako celek.“<sup>666</sup>

Vliv na afghánské obchodní právo se předpokládá rovněž u systému *lex mercatoria*. Je sice pravda, že vliv středomořského organizačního principu, stejně jako v případě koalice maghribských obchodníků, je málo pravděpodobný, avšak nelze ho vyloučit, neboť Afghánistán je koneckonců „situován na křižovatce hlavních obchodních cest mezi Evropou a Asií a pohádkovou hedvábnou stezkou, která ho přímo protíná, si vybíraly karavany nesoucí zboží z Číny, Indie a Arabského poloostrova [na Západ – pozn. autora].“<sup>667</sup> Zmínka o *lex mercatoria* v nauce afghánského obchodního práva však podivně kontrastuje s absencí zcela evidentních islámských vlivů na obsah „zvykového práva,“ (zejména se jedná o často uváděné šarijatské právo) a indických vlivů na sociální organizaci tohoto práva (zejména patrná je podobnost s indickým organizačním výrazem konceptu *dharma*). Systém *lex mercatoria* spočíval v tom, že „komunita obchodníků ustavila soukromé tribunály k vynucení práva odvozeného z obecných zvyklostí v obchodních transakcích.“<sup>668</sup> Tento systém „byl

---

<sup>663</sup> Ibidem, s. 18.

<sup>664</sup> Ibidem.

<sup>665</sup> Ibidem.

<sup>666</sup> Ibidem, s. 17.

<sup>667</sup> Ibidem, s. 1.

<sup>668</sup> Ibidem, s. 17–18.

částečně rovněž založen na cti, neboť obchodník, který nerespektovat rozhodnutí soukromého tribunálu, riskoval zničení své cti a ztrátu důvěry při dálkovém obchodu a úvěrových transakcích.<sup>669</sup> Ztráta cti je tak klíčovou sankcí k vynucení právního rozhodnutí obchodního tribunálu.

Tyto aspekty obchodního práva se nikam neztratily. V době vzestupu západních impérií a posléze národního státu byly tyto problémy obchodu překonány pouze, pokud oba obchodníci – cizinci byli občany téhož státu. „Schopnost státu řešit obchodní spory byla vážně limitována dosahem jeho moci. (...) Dokud byla justice lokální, svádělo to k tomu, aby diskriminovala cizince ve prospěch místních obchodníků.“<sup>670</sup> Západním či spíše evropským řešením v době impérií byl princip *comitas gentium*. Tento princip byl přijat novými národními státy a posléze podstoupil některé proměny (zahrnul i státy, které vznikly z někdejších kolonií, a národy, jejichž rovnocennost dříve nebyla brána v potaz).

Jak reflektuje afghánské obchodní právo, „[v]ětšina dlouhodobých smluv je mnohem komplikovanější než základní bazarové transakce“<sup>671</sup> a týká se jich proto *separace quid a quo* v čase a místě, tedy široká problematika obchodu mezi sociálními skupinami s rozdílnými standardy (ať už práva či cti nebo obojího). Současná afghánská populace znovu poznává, že „obchodní transakce jsou komplexnější a složitější. Rozmach obchodu vyžaduje od obchodníků, aby stále častěji kontrahovali s cizinci mimo své rodiny, místní komunity a sociální skupiny. Rodinné vazby a čest, které tradičně kontrolovaly obchodní chování, jsou nevhodné pro větší a komplexnější transakce. Ty zasahují do rozlehlé geografické oblasti.“<sup>672</sup> To platí dnes, stejně jako to platilo dříve. Přesto při absenci jednotného právního řádu, který by byl spojen s afghánským státem, včetně absence jednotného pojetí šarijatského práva (existují různé lokální varianty), nemáme k dispozici jakýkoliv náznak toho, že by se Afghánistán dal cestou *comitas gentium*. Naopak je zřejmé, že obchod, čest a právo se protínají na úrovni právních sodalit jako je *džirga* a *šúra*, které řeší problematiku cti na úrovni potenciálního meziskupinového konfliktu téměř dokonale; právní autority z různých nativních komunit participují jako soudci při rozsuzování obchodních sporů, v nichž jsou zahrnuti jako sporné či dotčené strany členové komunit, které reprezentují. V případě kábulských *pančatů* je těchto soudců pět, stejně jako v případě pěti svědků u archaického římského *mancipatia*. Přestože informaci, že by vedle *pančatu* jako soudu fungoval rovněž

---

<sup>669</sup> Ibidem, s. 17–18.

<sup>670</sup> Ibidem, s. 18.

<sup>671</sup> Ibidem.

<sup>672</sup> Ibidem, s. 2.

pančat coby mediátor a svědek negociačního procesu a uzavírání smluv, nemáme, obdobná praxe je doložená právě u džirg a šúr (vedle soudní džirgy funguje džirga ekonomická).<sup>673</sup>

Je tedy patrné, že jednou z hlavních kognitivních překážek pro rozpoznání provázanosti mezi autoritativní strukturou skupin a meziskupinovým, přeshraničním obchodem, je nepřesné rozlišování mezi právem jako vnitřní logickou textovou strukturou svázanou s určitou sociální skupinou na jedné straně a fluidní sociální konjunkturou obchodu, které stejně jako válce či feudu neodpovídá jakýkoliv logický řád, a kde tedy nacházíme jen absenci práva na druhé straně. Tuto konstrukci analytického pojmu práva nalezneme u Maineho<sup>674</sup> a jako východisko je správná, nicméně nedostatečná. Příliš velký důraz na sociální skupinu coby stabilní sociální útvar, může vést k upozadění fluidní povahy vyšších právních rovin a tedy i přechodných a účelově vytvořených sociálních seskupení (sodalit), které však nemusí mít o nic méně právní rozměr, než jejich stabilnější protějšky (modality). Jestliže pak dynamiku zákonů vztahujeme jen k přesvědčení členů určité skupiny,<sup>675</sup> je to sice analyticky precizní, ale nereflektuje to dynamiku práva na vyšších právních rovinách, na nichž se právě objevují právní sodality, resp. může dojít k jejich přehlednutí či nerozpoznání právě proto, že se neprojevují jako stabilní formální hierarchický rámec (např. moderní stát), nýbrž mají decentralizovaný charakter a jejich organizačním principem je reciprocita.

## 7.5 Rerum extra commercium

Právní sodalita jako zvláštní pojetí reciprocity představuje cestu, jak znovu začlenit problematiku práva do série debat ohledně dichotomie darů a komodit, z nichž byla sféra práva zpravidla vyloučena. V tomto ohledu přístup neprávní antropologie často jen doplňoval ortodoxní právní vědy, které zpravidla přistupují k právu jako k ryzí normativitě oddělené od sociálních a kulturních kontextů. Neprávní antropologie nicméně pozvolna uznala zásadní rozdíly mezi režimy směny a typy reciprocity v různých kulturách,<sup>676</sup> což jí pomáhá překonat sklon oddělovat reciprocitu a obchodní směnu nebo charakterizovat tímto způsobem celé společnosti. Parry a Bloch například reflektují, že režim poskytování darů (reciprocita) a obchod jsou sice oddělené, avšak vzájemně vztažené, konvertibilní režimy směny. Oba

---

<sup>673</sup> Viz též kapitola 5.

<sup>674</sup> MAINE, H.: *Village-Communities in the East and West*. op. cit., s. 225–226.

<sup>675</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 193–203.

<sup>676</sup> MACCORMACK, G.: *Reciprocity*. In *Man* 11 (1976): 80–103.



autoři užívají pojem transakční řád,<sup>677</sup> reflektující provázanost směny a autoritativní struktury společnosti.

Jedno z tradičních vysvětlení, proč je dar oplácen, předpokládá, že reciprocita je organizačním principem společnosti. Sahlins například uvádí, že “[r]eciprocita je 'mezi' vztah,” a proto “nemůže organizovat společnost v korporátním smyslu, nýbrž pouze v segmentárním smyslu.”<sup>678</sup> Právě v meziprostoru mezi sociálními skupinami či právními strukturami či jinak identifikovatelnými segmenty zpravidla probíhá obchodní směna, jak ji definuje Braudel.<sup>679</sup> A ač tento meziprostor vykazuje absenci práva, neznamená to, že jej právo jako vnitroskupinový jev nereflektuje. Význam organizační síly práva pro strukturování směny se však při přechodu z vnitroskupinového obchodu k meziskupinovým vztahům mění (například v moderním statě). Výstižně to charakterizoval Hart,<sup>680</sup> když popisoval, jak zhroucení politické jednoty vnitrozemských a pobřežních vesnic na Trobriandských ostrovech „zapříčinilo posun od barteru k ceremoniální směně, a [její] znovuoobnovení zapříčinilo zpětný posun:“<sup>681</sup> „velká sociální vzdálenost a slabý politický řád zatáhly kmenové autority [v originále big men – pozn. autora] a korporátní organizaci do hry. Neformální meziosobní smlouvání odráželo malou sociální vzdálenost a silný politický řád. Podstata tkví v tom, zda jedinci z různých sociálních skupin, si dovolí riskovat konflikt inherentní v barteru, aniž by uplatnili všechno nebezpečí, magii, čest a hierarchii spjatou s ceremoniální směnou. Tudíž jedna forma je dočasný sociální rámec vytvořený za relativní absence společnosti [rozuměj absenci autorit různých sociálních skupin, kterých jsou kontrahenti členy – pozn. autora]; ta druhá forma je atomizovaná interakce, která zcela závisí na přítomnosti společnosti.“<sup>682</sup>

Sklon uplatňovat izolaci právní autority od problému směny, která je typická pro prostředí se silným, centralizovaným politickým řádem, i na segmentární společnost (například Afghánistán), je tak nutné chápat jako etnocentrismus. Jako takový může ve svých důsledcích vést k nerozpoznání významu práva jako organizačního principu i pro ceremoniální směnu a toto kognitivní selhání může být základem pro odpírání dobrodiní práva určitým kulturám v jejich celistvosti. Tento náhled je třeba zcela obrátit; jestliže lze podstatu ekonomické směny, obchodních smluv, charakterizovat reciprocitou, je tomu tak

---

<sup>677</sup> PARRY J., BLOCH, M.: *Money and the Morality of Exchange*. op. cit., s. 276.

<sup>678</sup> SAHLINS, M.: *Stone Age Economics*. Londýn 1974, s. 170.

<sup>679</sup> BRAUDEL, F.: *Dynamika kapitalismu*, op. cit.

<sup>680</sup> HART, K.: *Heads or tails? Two sides of the coin*. In *Man*, 21, 4 (1986): 637–656.

<sup>681</sup> PARRY J., BLOCH, M.: *Money and the Morality of Exchange*. op. cit., s. 10.

<sup>682</sup> HART, K.: *Heads or tails?* op. cit.

proto, že pod určitým lomem odráží reciprocitu mezi autoritami sociálních skupin. Týká se to jak moderních, tak segmentárních společností. Avšak reciprocita v tomto vyšším, druhém okrsku směny, není ideální a neměla by se idealizovat. Jak jsme viděli, nemusí být ani vždy funkční. Naopak, lidé ji mohou bezděky i iniciativně měnit nebo porušovat její pravidla, která mohou nebo nemusí být spojena s (právními i mimoprávními) sankcemi. Meziskupinové sankce zjevně nemají právní povahu, avšak právní sankce mohou sankcionovat určité chování vůči členům jiných sociálních skupin v rámci reciprocity. Reciprocita je přitom základem pro vytvoření rovnosti i hierarchie, nikoliv její protiklad, jak naznačují etnografická data o asymetrickém poskytování darů.<sup>683</sup> Nedostatečná konceptualizace vnějších pravidel, právních pravidel určité skupiny pro chování jejích členů v meziskupinových vztazích, vedla Pospíšila dokonce k popření existence reciprocity v kapauké společnosti. Avšak musíme mít zároveň na paměti, že v době, kdy prováděl svůj výzkum, se jednalo o relativně izolovanou oblast se silným politickým řádem (politická konfederace) a velmi nízkou frekvencí vnějších styků.<sup>684</sup>

Distinkce mezi právními sodalitami a modalitami umožňuje zaměřit se na nový aspekt mezikulturní komparace, zejména vztah právní autority a směny, který lze definovat dvěma protipóly. Zaprvé, v případě právních modalit je směna organizovaná odděleně od jakékoliv autoritativní infrastruktury, neosobní vzorce sociálních vztahů jsou zdůrazňovány právními autoritami před jejich jinými aspekty a existuje výrazná separace hmotných a procesních pravidel. Právní autorita je zpravidla outsider ve vztahu k sociálním skupinám, jejich členové jsou účastníky sporu nebo smlouvy. Zadruhé, v případě právních sodalit autoritativní infrastruktura (stejně osoby, které jsou v jiném kontextu právními autoritami) organizuje interakce nebo umožňuje uskutečňování směny, účastní se při negociačním procesu a uzavírání smlouvy v roli svědků. Osobní vzorce sociálních vztahů jsou dominantní a právní autorita je jistým rozměrem své identity provázána se smluvními stranami. Dimenze procesního práva není příliš výrazná, neboť většinu faktů není třeba prokazovat. Právní autorita je již zná nebo jsou obecně známy v dané komunitě. Tyto body lze spíše chápat jako extrémny určitého kontinua, než jako dichotomii. Reciprocitu, ať už založenou na právních

---

<sup>683</sup> YAN, Y.: *The Flow of Gifts: Reciprocity and Social Networks in a Chinese Village*. Stanford 1996, s. 10, 152–68, 187, 231–237; VATUK, S.: *Gifts and Affines in North India*. In *Contributions to Indian Sociology* 9 (1975): 155–195; LEBRA, T.: *The Social Mechanism of Guilt and Shame: The Japanese Case*. In *Anthropological Quarterly* 44, 4 (1971): 241–255; LEBRA, T.: *Reciprocity and the Asymmetric Principle: An Analytical Reappraisal of the Japanese Concept of On*. In *Psychologia: An International Journal of Psychology in the Orient*, 12, 3–4 (1969): 129–138. LEBRA, T.: *An Alternative Approach to Reciprocity*. In *American Anthropologist*, 77, 3 (1975): 550–565.

<sup>684</sup> POSPÍŠIL, L.: *Kapauku Papuan Economy*. New Haven 1963, s. 31.

modalitách nebo právní sodalitě, lze v tomto smyslu chápat jako cestu, jak ze dvou oddělených jednotek, ze dvou smluvních stran a jejich právních systémů (či jejich odlišných pojetí jednoho právního systému, učinit jeden právní systém), sjednotit je jedinou, třetí stranou a vytvořit jediné, nebo alespoň koordinované chápání vzájemných vztahů, a to prostřednictvím mobilní nebo složené autority nebo prostřednictvím substitutu, mentálního artefaktu, který lze rovnoměrně distribuovat mezi členy zúčastněných skupin.

Zůstává otázkou, zda z tohoto hlediska nepřehodnotit zcela i formativní počátky moderního práva obchodního, které jsou dle tradičního evropského narativu situovány do severoitalských obchodních středisek. Je totiž patrné, že nejen obchodník, ale i soudce, byl v těchto městech cizincem (tj. mobilní právní autoritou, která přichází rozhodovat spory na základě pozvání, tj. v rámci práva pohostinnosti). Je také možné spekulovat o tom, že tento tradiční narativ právních dějin obchodního práva je v důsledku své etnocentrické podjatosti neúplný a že i tyto původní kupecké soudy, které jsou spojovány s počátky západní právní vědy, jsou ve skutečnosti rovněž také právními sodalitami. Ve své podstatě by to ale vyžadovalo přehodnocení severní Itálie jako střediska tehdejšího obchodního a právního života. Takové hodnocení je samozřejmě platné, pokud je naším geografickým rámcem evropský kontinent. Avšak pokud zaujmeme globálnější stanovisko, zdá se, že tento závěr nemůže obstát, neboť podobné právní inovace nejsou pouze dílem evropským. Naopak, středověká severní Itálie byla spíše jedním z mnoha center rozsáhlé středomořské obchodní sítě, na kterou byly navázány další oblasti. Jak dokumentuje Lydon<sup>685</sup> ve své studii o trans-saharském právu, právní systémy obchodního práva ve formě různých artefaktů od smluv až po zákoníky cestovaly a snad i dosud cestují též po trans-saharských pouštních cestách a karavanních trasách. Z tohoto hlediska se kontinentální, natožpak národní zarámování právních dějin, přinejmenším v oblasti obchodního práva, jeví jako značně svévolné.

Významy reciprocit v antropologii jsou různé. Jak jsem již uvedl, ve vztahu k právu je vyjadřují tři přístupy. Zaprvé, reciprocita je pokládána za universální atribut práva, přičemž tento přístup se zakládá na různých interpretacích Malinowského.<sup>686</sup> Zadruhé, reciprocita je západní konstrukt, který si výzkumník pouze promítá do zkoumané kultury.<sup>687</sup> Zatřetí, reciprocita je vnímána jako atribut některých právních systémů, které mohou existovat vedle

---

<sup>685</sup> LYDON, G.: *On Trans-Saharan Trails: Islamic Law, Trade Networks, and Cross-Cultural Exchange in Nineteenth-Century Western Africa*. Cambridge 2012.

<sup>686</sup> MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. op. cit.

<sup>687</sup> WEINER, A.: *Inalienable Possessions*. op. cit., s. 17.

systemů civilního práva a systémů common law, přičemž tyto právní systémy založené na reciprocitě nejsou specificky ani západní ani východní a vyvracejí správnost starých kategorií, jako je náboženské právo a primitivní právo.<sup>688</sup> Vedle těchto tří základních přístupů se například Llewellyn a Hoebel zabývali vztahem reciprocity a nadpřirozena na úrovni „praxe rozhodování sporů mezi kmeny,“<sup>689</sup> přičemž využili „teorii recipročních aktů jako formy primitivního kontraktu.“<sup>690</sup> Llewellyn a Hoebel postulovali, že „pouze pokud je v očích společnosti porušení smlouvy zároveň také porušením veřejného zájmu, je žalobci dána příležitost, aby věc předložil soudu.“<sup>691</sup> V kontextu afghánských právních sodalit ani archaických římských smluv však reciproční akt nepředstavuje smlouvu. Reciprocita se naopak vyskytuje na úrovni vztahů mezi právními autoritami různých kmenů či jiných komunit. Reciprocita na této úrovni teprve umožňuje uzavírat smlouvy mezi členy různých sociálních skupin. V Afghánistánu navíc není v pravém slova smyslu poskytování daru (a kodex pohostinnosti) nějak časoprostorově separován od ekonomické směny (ekonomická džirga).<sup>692</sup> Llewellyn a Hoebel však přicházejí s mimořádně zajímavými závěry ohledně provázanosti mezi smlouvami a sociálním meziprostorem, s nímž je spojeno nadpřirozeno. V tomto ohledu i jejich závěr vyznívá podobně, když tvrdí, že u Šajenů závazky jako směnná nebo kupní smlouva v jejich nejjednodušší podobě neexistují.<sup>693</sup> Jejich pochopení multiplicity v právu se sice podařilo přiblížit reciprocitě, avšak pouze na úrovni rozhodování sporů, aniž by se jim podařilo nezpochybnit singularitu právní tradice.<sup>694</sup> Nešli tedy ani tak daleko jako Malinowski, natož Pospíšil. Na druhou stranu již etablovali nový logický rámec, z něhož se později rozvinula Pospíšilova teorie právního pluralismu, byť ten plně nerozuměl právě vztahu reciprocity a multiplicity právních systémů.<sup>695</sup> Přestože Pospíšil shrnul typy darů v kapaucké směně,<sup>696</sup> zároveň výslovně zdůraznil na počátku své etnografie kapaucké ekonomiky, že reciprocita, resp. dar, je neznámý ve společnosti Kapauku. Llewellynova a

---

<sup>688</sup> ROSEN, L. *The Justice of Islam*. op. cit., s. 38–68.

<sup>689</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 119.

<sup>690</sup> *Ibidem*.

<sup>691</sup> LLEWELLYN, K. HOEBEL, E.: *The Cheyenne Way*. op. cit., s. 45, 49; TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 119.

<sup>692</sup> S tím lze srovnávat závěry Llewellynovi (LLEWELLYN, K. HOEBEL, E.: *The Cheyenne Way*. op. cit., s. 236–237, 267).

<sup>693</sup> LLEWELLYN, K. HOEBEL, E.: *The Cheyenne Way*. op. cit., s.237, TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 120.

<sup>694</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 122.

<sup>695</sup> POSPÍŠIL, L.: *Kapauku Papuan Economy*. op. cit., s. 31.

<sup>696</sup> *Ibidem*, s. 345.

Hoebelova teorie quasi-smluvní reciprocity, v níž žalobu a repliku připodobňují návrhu smlouvy a jejímu přijetí<sup>697</sup> se také v něčem podobá afghánským právním sodalitám, ale pro přesné porovnání v tomto ohledu nám Šajenský způsob neposkytuje dostatek podrobností.

Soudě dle afghánských džirg a šúr, právní sodality se liší od právních modalit ve dvou zásadních aspektech. Zaprvé, ve způsobu, jak je jinak zajištěn respekt vůči zúčastněným skupinám, jejichž zástupci jsou fyzicky přítomni a tvoří právní autoritu (na rozdíl od moderního soudu, u něhož jsou přítomny ve formě artefaktů/textových substitutů). Existuje tedy úzký vztah mezi právní autoritou jedné nativní komunity k právní autoritě druhé nativní komunity, přičemž obě přímo ovlivňují soudní řízení a mají vliv na jeho výsledek. Zadruhé, jedinci, kteří tvoří právní autoritu, jsou zároveň svědky negociačního procesu a uzavření smlouvy. Existuje tedy úzký vztah mezi autoritou a realitou (ve formě zúčastněného pozorování právní autority při negociačním procesu a uzavírání smlouvy). Modalitní moderní soud totiž zpravidla potřebuje kromě mobilních zákonů i mobilní důkazy. Tyto dva aspekty je nutno striktně analyticky odlišovat, neboť pouze první aspekt se týká reciprocity, kterou jsme zkoumali a která se stala problémem práva druhých. V druhém případě zde však máme jiný druh reciprocity, a to ve vztahu mezi autoritou a realitou. V obou případech je však patrné, že význam reciprocity nelze spojovat přímo a výhradně s dáváním darů nebo s obchodní směnou, nýbrž spíše s tím, že právo spočívá v interakcích mezi sociálními skupinami a lze jej v těchto interakcích lokalizovat.<sup>698</sup> Viděli jsme, že poskytování darů a ekonomická směna nejsou dva oddělené režimy, které by bylo možné spojit s určitými společnostmi, nýbrž jsou to dva okrsky jednoho směnného režimu, a to, co variuje společnost od společnosti, jsou pouze jejich celkové vzájemné konfigurace a četné detaily. Ekonomická směna však vždy závisí na poskytování darů, které se odehrává jinde, ve striktně odděleném prostoru (ve vzájemných vztazích autorit). Podobně i v každém národním státě obchodní smlouvy spadají pod regulaci soukromého práva obchodního, zatímco směna peněz (v tomto smyslu ekvivalent darů) podléhá regulaci veřejného práva finančního. Reciprocitu tedy nelze zaměňovat za “směnu” darů, nýbrž se jedná o základní výraz autoritativní infrastruktury poskytování darů mezi sociálními skupinami, o organizační princip jejich vzájemných vztahů. Je pravda, že přísné rozlišení mezi pouhou komerční transakcí a rituální či ceremoniální výměnou bylo základním východiskem jak pro Mause,<sup>699</sup>

---

<sup>697</sup> LLEWELLYN, K. HOEBEL, E.: *The Cheyenne Way*. op. cit., s.3–6, 132–137.

<sup>698</sup> Srov. TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 123.

<sup>699</sup> MAUSS, M.: *Esej o daru*. op. cit.

tak pro Malinowského.<sup>700</sup> Nicméně, toto rozlišení je analytické, tedy slouží pro identifikaci určitých jevů v sociální a kulturní realitě, kde jsou ve skutečnosti v různých podobách smíšené. Představa, že určité společnosti jsou založeny pouze na symbolické ekonomice, zatímco jiné na ekonomice ekonomické (jak to později pojmenoval Bourdieu),<sup>701</sup> vznikla patrně tím, že archaické dary byly díky jejich zvýraznění Mausem vnímány bez současného zohlednění archaických smluv (Davy)<sup>702</sup> a že se zapomnělo na skutečnost, že mnohem slavnější Maussova esej<sup>703</sup> byla ve skutečnosti pouze jedna část určitého dvojdíla Mause<sup>704</sup> a Davyho,<sup>705</sup> jehož jedna část se věnovala i smlouvám v archaických společnostech.

V jistém smyslu lze říci, že archaické římské rituální smlouvy stejně jako afghánské právní sodality „operují na základě mechanismu reciprocity.“<sup>706</sup> Mechanismus však je zavádějící termín, neboť rituální smlouvy i právní sodality jsou svou povahou performativní, tj. závisí na aktivitě a iniciativě jedinců či na jejich pasivitě. Nejedná se však o žádné automatické fungování nějakého systému. Jen proto, že nemáme lepší termín pro vyjádření rozdílů mezi těmito pojetími, užíváme termín práv či právních systémů. Kulturní prostředí v Afghánistánu je často dáváno do kontrastu k centralizovanému státu jako mimořádně egalitární. Reciprocita jako organizační princip těchto právních autorit tak do jisté míry opravňuje úvahy o této souvislosti s představou egalitárních nebo přinejmenším decentralizovaných společností obecně. Lze konstatovat, že představuje způsob, jak osvětlit kulturní procesy, skrze něž se z egalitární společnosti stává společnost hierarchická a naopak, aniž by bylo nutné ideu egalitární společnosti odštíhnout od problému autority. Egalitární vztahy totiž nacházíme jak v moderní obchodní směně, tak v decentralizované směně afghánské, která se od té moderní velmi liší právě co do autoritativní infrastruktury. Nicméně ani jeden z těchto elementů (hierarchie či rovnost) není moderní či primitivní.<sup>707</sup>

Distinkce „archaické“/„moderní“ se v antropologii sice nominálně neudržela, ale ve skutečnosti její funkci převzali jiné distinkce. Jestliže lze tedy dnes užívat legitimně distinkci mezi „formálním“ a „neformálním“ právem, není důvodu proč vytěsnit distinkci

---

<sup>700</sup> MALINOWSKI, B.: *51. Kula: the Circulating Exchange of Valuables in the Archipelagoes of Eastern New Guinea*. In *Man* 20 (1920): 97–105, s. 97–100, TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 112.

<sup>701</sup> BOURDIEU, P.: *Teorie jednání*. op. cit., s. 121–152.

<sup>702</sup> DAVY, G.: *La foi jurée: étude sociologique du problème du contrat: la formation du lien contractuel*. Paříž 1922.

<sup>703</sup> MAUSS, M.: *Esej o daru*. op. cit.

<sup>704</sup> *Ibidem*.

<sup>705</sup> DAVY, G.: *La foi jurée*. op. cit.

<sup>706</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 112.

<sup>707</sup> Srov. TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 115.

mezi „archaickým“ a „moderním.“ Avšak závěr, který je z toho nutné učinit, je právě opačný. Distinkce mezi „archaickým“ a „moderním“ není legitimní stejně, jako není legitimní distinkce mezi formálním a neformálním právem. „Formální“/„neformální“ je dle mého názoru rovněž součástí „posmrtného života právního primitivismu v současném výzkumu.“<sup>708</sup> Toto rozlišení už proto není legitimní, neboť je založeno výhradně na právních modalitách. I když přistoupíme na stanovisko právního pluralismu, problém je v tom, že sociální řád je definován statickými jednotkami, jako jsou například kmeny.<sup>709</sup> Kmeny však jsou chápány jako menší ekvivalenty moderního státu (jsou statické a striktně ohraničené). Pokud však zůstaneme pouze na této úrovni, hrozí etnografickému popisu stejná nebezpečí jako při kodifikaci a modernizaci práva;<sup>710</sup> umocňuje se moc určitých informantů, zpravidla těch, kteří popisují fungování práva ve svůj prospěch. Zaměřuje se skutečné fungování práva a mytologie práva, kterou se právo legitimizuje – jako jsou zvyky předků, hrozba feudu a absolutní rozdílnosti či dualismus.<sup>711</sup> Dynamika práva přesahující zkoumanou sociální skupinu (a tím i právní modalitu) se tímto přístupem redukuje až na úroveň bezvýznamnosti. V důsledku toho však není možné vysvětlit dynamiku práva v širším záběru, na vyšší právní rovině a v kontextu propojení více sociálních skupin; na vyšší či nižší úrovni sdružování, než je ta zkoumaná, a to i když připustíme, že právní systémy v určité společnosti mají mozaikovitou strukturu (tedy, že zde není jen jeden právní řád). Skutečné právo – právní systémy, které jsou jen omezeně popsány – se v důsledku toho nedostávají do hledáčku moderní právní kognice. Projekt právní změny v Afghánistánu předpokládal zpočátku, že zde je sotva nějaké právo kromě toho, které je spojené s afghánským státem. Avšak toto státní právo je v Afghánistánu tak mimořádně okrajové, že je třeba se vyrovnat se situací, která je však většinou ignorována. Skutečné právo v Afghánistánu postrádá základní autentické charakteristiky práva tak, jak si je obvykle představují moderní lidé. To pak stěžuje i jakýkoliv projekt jeho sebrání a sepsání.

Komparace moderního práva s právem Afghánistánu, která je založena i na právních modalitách, zcela obrací vztah státního a domorodého práva. Džirgy a šúry sice nejsou jediné právní autority v Afghánistánu, nicméně představa státních soudů jako něčeho jiného než

---

<sup>708</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 150.

<sup>709</sup> COOPER, F.: *Development, Modernization, and the Social Sciences in the Era of Decolonization: the Examples of British and French Africa*. In *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 10, 1 (2004): 9–38, s. 13–25.

<sup>710</sup> TUORI, K.: *Lawyers and Savages*, op. cit., s. 150–183.

<sup>711</sup> BARTON, F.: *Ifugao Law*. Berkeley 1969, s. 13; FAVALI, L., PATEMAN, R.: *Blood, Land and Sex: Legal and Political Pluralism in Eritrea*. Bloomington 2003, s. 78.

určitého typu feudálních úřadů, je velmi zavádějící. Džirgy a šúry jsou primární právní autority, státní soudy právními autoritami, až na velmi malý segment sporů, nejsou. Právo se však v Afghánistánu nedá redukovat na domorodé právní tradice, jak jsou obvykle nahlíženy, jako na neměnné a nezměnitelné, vzájemně od sebe izolované a jedinečné. Díky migraci spojené s obchodem je naopak nutné vytvářet právní sodality, které výslednou podobu práva do značné míry sjednocují, a přesto přetrvává určitá míra různorodosti. Necitlivost moderního právního uvažování, které je založeno výhradně na právních modalitách, k těmto právním úkazům však nenalezneme jen při mezikulturním transferu práva v rámci *comitas gentium*, v právních vědách a v projektech právní změny. Nalezneme je také v té antropologii, která spojuje právo s etnicitou či kmenem a pomíjí vzájemné interakce mezi těmito jednotkami na vyšší právní rovině. Při zachování významu studie právní dynamiky na úrovni skupin a podskupin proto navrhuji, aby dynamika práva byla prostřednictvím pojmu právní sodality reflektována v celé společenské struktuře dané společnosti, čímž by se reflexe společnosti jako mozaiky sociálních skupin a podskupin s jednotlivými právními systémy proměnila na jakýsi krasohled měnících se vztahů mezi jednotlivými právními systémy. Vedle juristického „zvykového“, „neformálního“, „nestátního“ práva, jako protikladu státního práva, existuje také antropologický pojem zvykového práva, který se objevil v antropologii druhé poloviny dvacátého století a užívá se společně v tandemu s autoritářským právem za účelem analýzy dynamiky zákonů na úrovni sociálních skupin a podskupin. Dichotomie těchto antropologických analytických nástrojů (autoritářského práva a zvykového práva) byla zavedena Pospíšilem.<sup>712</sup> Oproti staršímu konceptu téhož názvu se nejedná o distinkci popisnou, nýbrž analytickou. Z porovnání teorie dynamiky práva a teorie vynálezu tradice<sup>713</sup> vyplývá, že neexistuje shoda mezi tímto zvláštním pochopením toho, jak se právo dynamicky mění (změna popsána v kategoriích psychologické a sociologické internalizace zákonů), a „zvykovým právem“ jako statickým artefaktem státní administrace nebo právní modernizace.

Afghánské právní sodality, jakožto typ soudu, představují propojení, interakci původních právních systémů<sup>714</sup>, a nelze je proto identifikovat s právním řádem konkrétní nativní komunity, byť na její úrovni je uskutečňováno její právní rozhodnutí. S představou

---

<sup>712</sup> POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law*. op. cit., s. 193–208.

<sup>713</sup> RANGER, T.: *The Invention of Tradition in Colonial Africa*. In GRINKER R., LUBKEMANN, S. (eds.): *Perspectives on Africa: A Reader in Culture, History and Representation*. Oxford 2010, s. 450–461.

<sup>714</sup> Srov. SNYDER, F.: *Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal*. In *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 19 (1981): 49–92, s. 50.



zvykového práva se shodují pouze v tom, že jsou „převážně ústní, spíše než písemné“<sup>715</sup> a že jejich právní rozhodnutí jsou v důsledku toho odvozena „od sociálních vztahů a zdrojů autority, které nejsou vztahy koloniálního nebo nekoloniálního státu.“<sup>716</sup> Afghánský stát totiž nehraje jakoukoliv roli ani při vytváření ani při legitimizaci těchto právních autorit. Právní sodality ukazují, že zvykové, tradiční, neformální nebo náboženské právo patří do pojmové výbavy, která „i přes své velké rozšíření, je skutečně zavádějící jako bod teoretického východiska.“<sup>717</sup> Ačkoliv „znamená historickou kontinuitu, její původ je vlastně relativně nedávný.“<sup>718</sup> Proto si dnes můžeme uvědomit, že zvykové, neformální právo je výsledkem diskurzivních praktik při vytváření afghánského (právního) státu, které zavedli domácí i zahraniční právní modernizátoři. V těchto diskurzivních praktikách však právní sodality stojí stranou a navrch získávají pojetí izolovaných právních systémů spojených s jednotlivými tribunálními segmenty nebo naopak pojetí zvykového práva jako neformálního práva, singulárního systému stojícího vedle státního práva. Vzájemný vliv obou těchto právních tradic je komplementární v tom smyslu, že na kognitivní úrovni semílá do nicoty právě právní sodality, které na jedné straně představují propojení údajně izolovaných individuálních právních systémů, na druhé straně diskvalifikují singularitu domorodé právní tradice či dokonce její universalitu.

S kognitivním uznáním právních sodalit se ocitáme za hranicemi moderních právních věd, jejichž vědění dlouhou dobu aspirovalo na obecnou, universální validitu. Použitelnost, věrohodnost a účinnost moderních právních teorií však mimo rámec národních států narazila na své vlastní limity. V této dizertaci jsem se snažil částečně odhalit nezamýšlené nesoulady a nesrovnalosti tohoto způsobu teoretického právního myšlení ve srovnání se zacílením, potenciálem a sklony antropologie práva. Za tím účelem, aby se znovu otevřely souvislosti, které lze nalézt v místech, která jinak existují pouze jako hranice mezi disciplinárními kánony. Vedle jurisprudence jako „rigorózně deduktivní vědy“,<sup>719</sup> však na Západě již dlouhou dobu existovala i induktivní tradice, anticipovaná Montesquieum,<sup>720</sup> často překrytá touhou odhalit universální základy práva cestou mezikulturní komparace a později systematicky rozvíjená jako antropologie práva. Naneštěstí výsledky vědeckého úsilí této tradice jsou často

---

<sup>715</sup> Ibidem, s. 49.

<sup>716</sup> Ibidem.

<sup>717</sup> Ibidem.

<sup>718</sup> Ibidem.

<sup>719</sup> DONAHUE, C.: *Comparative Law before the Code Napoleon*. op. cit., s. 24.

<sup>720</sup> MONTESQUIEU, Ch.: *The Spirit of the Laws*. Kitchener 2001.

ignorovány, překrouceny nebo nepochopeny, je-li k jejich interpretaci použit konvenční deduktivní klíč právní ortodoxie. Objevy antropologie práva exponují zavádějící tendence našich běžných kognitivních postupů, ukazují nám alternativy a možnosti, jak právu porozumět v jiném světle. Srovnání s velmi odlišnými druhy práva tak přináší nejen nové poznání, nýbrž i mnohé těžkosti. Právě v nich je třeba spatřovat semena, z nichž může vyrůst strom s mohutnou korunou. A pokud užívám pro rozvinutí této nové právní vědy metaforu stromu, pak tato představa zahrnuje i všechny defekty, zranění a nepravidelnosti stromu vlastní. Touha vytvořit systematický a integrovaný systém právního vědění nesmí být nadále spojována s úsilím vytvořit jinou vyleštěnou a obroušenou teorii, jakou je dnes teorie zákonů, byť se nesprávně označuje za teorii práva. Potřeba překonat svou vlastní kulturní determinaci má zásadní význam pro další rozvoj jurisprudence, právní vědy, stejně jako tomu bylo dosud v případě antropologie práva. Z toho důvodu „antropologické přístupy k právu se velmi pravděpodobně stanou základem právních věd v novém století.“<sup>721</sup> Právní sodality jsou v tomto ohledu krokem k dalšímu prohloubení jednotného komparativního časoprostoru.

---

<sup>721</sup> HINZ, M.: *Jurisprudence and Anthropology*. In *Anthropology Southern Africa* 26 (2003): 114–118, s. 114.

## BIBLIOGRAFIE

- ABU LUGHOD, L.: *Writing against culture*. In FOX, R. (ed.): *Recapturing Anthropology: Working in the Present*, 137-162, Santa Fe 1992.
- ALEP: *An Introduction to the Commercial Law of Afghanistan*. Stanford 2011.
- ALVAREZ, L., LOUCKY, J.: *Inquiry and Advocacy: Attorney-Expert Collaboration in the Political Asylum Process*. In KANDEL, R. (ed.): *Double Vision: Anthropologists at Law*. Oxford 1992.
- AMIT, V.: *Constructing the Field: Ethnographic Fieldwork in the Contemporary World*. Londýn 2000.
- ANDERS, G., NUIJTEN, M.: *Corruption and the secret of law a legal anthropological perspective*. Surrey 2008.
- APPADURAI, A.: *Modernity at Large: Cultural Dimensions of Globalization*. Minneapolis 1996.
- ARNOLD, T.: *The Symbols of Government*. New Haven 1935.
- ARNOLD, T.: *The Folklore of Capitalism*. New Haven 1937.
- ASIA FOUNDATION: *Afghanistan in 2006: A Survey of the Afghan People*, New York 2006.
- BARFIELD, T.: *Afghan Customary Law and Its Relationship to Formal Justice Institutions*. Washington 2003.
- BARFIELD, T.: *Afghanistan: A Cultural and Political History*. Princeton 2013.
- BARFIELD, T., NOJUMI, N. and THIER, J.: *The Clash of Two Goods: State and Non-State Dispute Resolution in Afghanistan*. Washington 2006.
- BARTON, F.: *Ifugao Law*. Berkeley 1969.
- BASALLA, G.: *The Evolution of Technology*. Cambridge 1998.
- BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models in African Conflict Management: Translating Technologies of Social Ordering*. Leiden 2014.
- BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models. Introducing an analytical concept to globalisation studies*. In BEHREND, A., PARK, S., ROTTENBURG, R.: *Travelling Models in African Conflict Management. Translating Technologies of Social Ordering*, 1 – 40. Leiden 2014.
- BEJČEK, K. et. all, *Kurz obchodního práva: Obchodní závazky*. Praha 2003.
- BENDA-BECKMANN, F., BENDA-BECKMANN, K., ECKERT, J., TURNER, B.: *Legal Pluralism*. In MPI Report 1999–2001, 129–165. Halle/Saale 2001.

- BENNETT, T.: *The Compatibility of African Customary Law and Human Rights*. Acta Juridica 1991.
- BENVENISTE, E.: *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes, Vol. I, Economie, parenté, société*. Paříž 1969.
- BERGER, M.: *Applying Sharia in the West. Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*. Leiden 2013.
- BETTINI, M.: *Authority as 'Resultant Voice': Towards a Stylistic and Musical Anthropology of Effective Speech in Archaic Rome*. In *Greek and Roman Musical Studies*, 1, 1 (2013): 175-194.
- BLOCH, M.: *Essays on Cultural Transmission*. London 2005.
- BOHANNAN, P.: *Ethnography and Comparison in Legal Anthropology*. In NADER, L.: *Law in Culture and Society*, 401–418. Oakland 1997.
- BOHANNAN, P., *The Differing Realms of the Law*, In *American Anthropologist* 67, 6 (1965).
- BOHANNAN, P.: *Law and Warfare: Studies in the Anthropology of Conflict*. Austin 1967.
- BOURDIEU, P.: *Habitus, code et codification*. In *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64 (1986): 40–44.
- BOURDIEU, P.: *Teorie jednání*. Praha 1998.
- BOURDIEU, P., *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. In *Hastings Law Journal* 38, 5 (1986): 814-853.
- BRAUDEL, F.: *Dynamika kapitalismu*. Praha 1999.
- BRETONE, M. *Storia di Diritto Romano*. Bari 1991.
- BRICK MURTAZASHVILI, J.: *Informal Order and the State in Afghanistan*. New York 2016.
- CANBY, J.: *The "Ur-nammu" Stela*. Pennsylvania, 2006.
- CAPUTO, V.: *At 'Home' and 'Away': Reconfiguring the Field for late Twentieth-century Anthropology*. In AMIT, V.: *Constructing the Field: Ethnographic Fieldwork in the Contemporary World*, 19–31. Londýn 2000.
- CARTER, L., CARTER, K.: *A Preliminary Investigation of Contemporary Afghan Councils*. Peshawar 1989.
- CHAYES, S.: *In Afghanistan, It's Not All in the Numbers*. Carnegie Endowment for International Peace. Washington 2006.
- COLE, T.: *International Recognition*. In SELIGMAN, E.(ed.): *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol. XIII, 165-168. Londýn 1937.

- CONLEY, J., O'BARR, W.: *Legal Anthropology Comes Home: A Brief History of the Ethnographic Study of Law*. Loyola Law Review 41, 7 (1993): 41–64.
- CONSTABLE, M.: *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*. Chicago 1994.
- COONEY, M. 2001. *Feud and Internal War: Legal Aspects*. In SMELSER, N., BALTES, P. (eds.): *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences*, 8, 5605–5608. New York 2001.
- COOPER, F.: *Development, Modernization, and the Social Sciences in the Era of Decolonization: the Examples of British and French Africa*. In *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 10, 1 (2004): 9–38, s. 13– 25.
- DAMASKA, M.: *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven 1986.
- DAVY, G.: *La foi jurée: étude sociologique du problème du contrat: la formation du lien contractuel*. Paříž 1922.
- DE VILE, J.: *Jacques Derrida: Law as Absolute Hospitality*. New York 2011.
- DIÓSDI, G.: *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law*. Budapešť 1970.
- DONAHUE, C.: *Comparative Law before the Code Napoleon*. In REIMANN, M., ZIMMERMANN, R. (eds.): *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford 2006.
- DONOVAN, J.: *Reciprocity as a Species of Fairness: Completing Malinowski's Theory of Law*. In STEPIEN, M.: *Bronislaw Malinowski's Concept of Law*. Cham 2016.
- DYCKER, S.: *Private International Law Disputes before the International Court of Justice*. In *Journal of International Dispute Settlement* 1, 2 (2010): 475–498.
- EDDY, J. *Rule of Law in Afghanistan: The Intrusion of Reality*. In *Kokusai Kyôryoku Ronshû* (2009): 1–23.
- ELIÁŠ, K. et. all, *Kurz obchodního práva*. Praha 2004.
- ELLIESE, H.: *The Rule of Law in Afghanistan*. In KOETTER, M., SCHUPPERT G. (eds.): *Understanding of the Rule of Law in various Legal Orders of the World*. Berlin 2010.
- ESPLUGUES MOTA C., IGLESIAS BUHIGUES, J., PALAO MORENO, G. et all. *Application of Foreign Law*. Berlin 2011.
- FAVALI, L., PATEMAN, R.: *Blood, Land and Sex: Legal and Political Pluralism in Eritrea*. Bloomington 2003.
- FELDMAN, G.: *The Specific Intellectual's Pivotal Position: Action, Compassion and Thinking in Administrative Society, an Arendtian View*, In *Social Anthropology* 21, 2 (2013): 135–154.
- FERDINAND, K.: *Afghan Nomads: Caravans, Conflicts, and Trade in Afghanistan and British India, 1800-1980*. Kodaň 2006.

- FIKENTSCHER, W., *Law and Anthropology: Outlines, Issues, Suggestions*. Mnichov 2009.
- FITZPATRICK, P.: *The Mythology of Modern Law*. Londýn 1992.
- FOBLETS, M., RENTELN, A. (eds.): *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*. Oñati 2009.
- FOUCAULT, M.: *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972-1977*. New York 1980
- FRANCIS, J.: *The Age of Empires. Mesopotamia in the First Millennium BC*. Edinburgh 2005.
- FRANK, J. *Law and the Modern Mind*. London 1949.
- FRANK, J.: *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. New York 1969.
- FRANKENBERG, G.: *Comparative Law as Critique*. Cheltenham 2016.
- FRANKENBERG, G.: *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*. In Harvard International Law Journal 26 (1985): 411–455.
- FREDERIKSEN, B.: *Caravans and Trade in Afghanistan: The Changing Life of the Nomadic Hazarbus*. Londýn 1996.
- FRIED, M.: *The Evolution of Political Society: An Essay in Political Anthropology*. New York 1967.
- FUSTEL DE COULANGES, N.: *La Cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. Paříž 1866.
- GEERTZ, C. *From the Native's Point of View: On the Nature of Anthropological Understanding*. In Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences 28, 1 (1974): 26–45.
- GEERTZ, C. *Law and Fact in Comparative Perspective*. In GEERTZ, C. Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology, New York 1983.
- GINGRICH, A., FOX, R. (eds.): *Anthropology, by Comparison*. Londýn 2002.
- GIRARD, R. *Deceit, Desire and the Novel: Self and Other in Literary Structure*. Baltimore 1965.
- GLUCKMANN, M.: *Concepts in the Comparative Study of Tribal Law*. In NADER, L.: Law in Culture and Society, 349–373. Oakland 1997.
- GOFFMAN, E.: *The Nature of Deference and Demeanor*. In American Anthropologist, 58, 3 (1956): 473–502.
- GOODENOUGH, W.: *Navigation in the Western Carolines: a Traditional Science*. In NADER, L. (ed.): Naked Science: Anthropological Inquiry into Boundaries, Power, and Knowledge, 29-42. Abingdon 1996.

- GREIF, A.: *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval Trade*. Cambridge 2006.
- GRENIER, L., GUILBAULT, J.: *Authority' Revisited: The 'Other' in Anthropology and Popular Music Studies*. In *Ethnomusicology* 34, 3 (1990): 381-397.
- GRIFFITHS, A., BENDA-BECKMANN, F.: *Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World*. Surrey 2005.
- GRIMM, J.: *Von der Poesie im Recht*. In *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 22, 2 (1816): 25–99
- GUTTERIDGE, H.: *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge 1971.
- HÄGERSTRÖM, A.: *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. Upsalla 1927.
- HAMZA, G.: *Comparative Law and Antiquity*. Budapešt' 1991.
- HANSEN, V.: *The Silk Road. A New History*. Oxford 2015.
- HARAWAY, D.: *Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective*. In HARAWAY, D.: *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*, 183–202. New New York 1991.
- HARRIS, M., JOHNSON, O.: *Cultural Anthropology*. Ann Arbor 2006.
- HART, K.: *Heads or tails? Two sides of the coin*. In *Man*, 21, 4 (1986): 637–656.
- HAWK, B.: *Law and Commerce in Pre-Industrial Societies*. Leiden 2016.
- HINZ, M.: *Jurisprudence and Anthropology*. In *Anthropology Southern Africa* 26 (2003): 114–118.
- HOEBEL, E.: *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*. Cambridge 1954.
- HOLÝ, L.: *Comparative anthropology*. Oxford 1987.
- HUBER, U.: *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*. In HUBER, U.: *Praelectiones Juris Romani et Hodierni*. Franequerae 1689.
- HUTCHINS, E.: *Cognition in the Wild*. Cambridge 1995.
- HUTCHINS, E.: *Distributed Cognition*, In SMELSER, N., BALTES, P. (eds.): *The International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 2068-2072, 2001.
- HUTCHINS, E. *Material Anchors for Conceptual Blends*. In *Journal of Pragmatics*, 37 (2005): 1555-1577.
- CHANOCK, M.: *Law, Custom and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*. Cambridge 1985.

- CHILDRESS, D. *Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*. In *University of California Davis Law Review*, 44 (2010): 11–79.
- IGBINEDION, O.: *The Legal Systems of Afghanistan: A Geographic Distribution*. Chicago 2009.
- JACKSON, D., TOLLEY, M., VOLCANSEK, M.: *Globalizing Justice: Critical Perspectives on Transnational Law and the Cross-Border Migration of Legal Norms*. New York 2010.
- JENKINS, T.: *The Life of Property: House, Family and Inheritance in Béarn, South-West France*. New York 2010.
- JHERING, R.: *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. Aalen 1993.
- JHERING, R.: *Vorgeschichte der Indoeuropäer*. Lipsko 1894.
- KAGAN, R.: *Adversarial Legalism*. Cambridge 2001.
- KAMALI, M.: *Law in Afghanistan: A study of the Constitution, Matrimonial Law, and the Judiciary*. Leiden 1985.
- KASER, M.: *Das römische Privatrecht*. Mnichov 1971.
- KEESING, R.: *On not understanding symbols: Toward an anthropology of incomprehension*. In *HAU: Journal of Ethnographic Theory*, 2, 2 (2012): 406–430.
- KELLOG, S.: *Legal Documents as a Source for Ethnohistory*, In LOCKHART, J., SOUSA, L., WOOD, S. (eds.): *Sources and Methods for the Study of Postconquest Mesoamerican Ethnohistory* 2007.
- KELSEN, H.: *General Theory of Norms*. Oxford 1991.
- KHANNA, P.: *Connectography: Mapping the Future of Global Civilization*. New York 2016.
- KHURRAM, K.: *The Customary Laws of Afghanistan*, Kábul 2004.
- KINCL, J., URFUS, V., SKŘEJPEK, M.: *Římské právo*. Praha 1995.
- KIRSCH, T., DILLEY, R.: *Regimes of Ignorance: An Introduction*. In KIRSCH, T., DILLEY, R.: *Anthropological Perspectives on the Production and Reproduction of Non-Knowledge*, 1–29. Oxford 2015.
- KNAPP, V.: *Teorie práva*. Praha 1995.
- KOTTAK, C.: *Mirror for Humanity: A Concise Introduction to Cultural Anthropology*. Boston 2007.
- KROEBER, A., KLUCKHOHN, C.: *Culture: A Critical Review of Concepts and Definitions*. Cambridge 1952.
- KUPER, A.: *The Social Anthropology of Radcliffe-Brown*. Londýn 2004.



- KURAN, T.: *The Long Divergence: How Islamic Law Held Back the Middle East*. Princeton 2005.
- LATOURE, B.: *Circulating Reference: Sampling Soil in the Amazon Forest*. In LATOURE, B.: *Pandora's Hope: Essays on the Reality of Science Studies*, 24–79. Cambridge 1999.
- LATOURE, B.: *On Interobjectivity*. In *Mind, Culture, and Activity*, 34 (1996): 228–245.
- LATOURE, B.: *Reassembling the Social – An Introduction to Actor-Network-Theory*. Oxford 2005.
- LATOURE, B.: *Science in Action. How to follow Scientists and Engineers through Society*. Cambridge 1987.
- LATOURE, B.: *The Making of Law: Ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge 2010.
- LATOURE, B.: *We have never been modern*. Cambridge 1993.
- LAW, J.: *Technology and Heterogenous Engineering: the Case of Portuguese Expansion*. In BIJKER, W., HUHES, T., Pinch, T. (eds.): *The Social Construction of Technological Systems*. Cambridge 1993.
- LEBRA, T.: *Reciprocity and the Asymmetric Principle: An Analytical Reappraisal of the Japanese Concept of On*. In *Psychologia: An International Journal of Psychology in the Orient*, 12, 3–4 (1969): 129–138.
- LEBRA, T.: *The Social Mechanism of Guilt and Shame: The Japanese Case*. In *Anthropological Quarterly* 44, 4 (1971): 241–255.
- LEBRA, T.: *An Alternative Approach to Reciprocity*. In *American Anthropologist*, 77, 3 (1975): 550–565.
- LEDVINKA, T.: *Bronislaw Malinowski and the Anthropology of Law*. Cham 2016.
- LEDVINKA, T.: *Subaltern Law: Legal Technology of Making the Law of the Other*. In PAUKNEROVÁ, K., GIBAS, P., STELLA, M.: *Non-humans and after in Social Sciences*, 175–188. Pavel Mervart, 2016.
- LEGOFF, J.: *Intelektuálové ve středověku*. Praha 1999.
- LEMONNIER, P.: *The Study of Material Culture Today: Toward an Anthropology of Technical Systems*. In *Journal of Anthropological Archaeology* 5 (1986): 147–186.
- LEVINE, R. *The Internalization of Political Values in Stateless Societies*. In *Human Organization* 19, 2 (1960): 51–58.
- LEVY BRUHL, L.: *Quelques problemes du tres ancien droit romain*. Paříž 1934.
- LIEBERHERR, K., HOLLAND, I.: *Formulations and Benefits of the Law of Demeter*. In *Sigplan Notices* 24, 3 (1989): 67–78.
- LEWELLEN, T.: *Political Anthropology: An Introduction*. Westport 2003.

- LLEWELLYN, K. HOEBEL, E.: *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*. Norman 1941.
- LLEWELLYN, L.: *The Bramble Bush: On our Law and its Study*. New York 1951.
- LUBBOCK, J.: *The Origin of Civilisation and the Primitive Condition of Man*. Londýn 1882.
- LUBIN, T.: *Indic Conceptions of Authority*. In LUBIN, T.: *Hinduism and Law: An Introduction*, 137–153. Cambridge 2010.
- LYDON, G.: *On Trans-Saharan Trails: Islamic Law, Trade Networks, and Cross-Cultural Exchange in Nineteenth-Century Western Africa*. Cambridge 2012.
- MACAULAY, S.: *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*. In *American Sociological Review* 28, 1 (1963): 55–67.
- MACCORMACK, G.: *Reciprocity*. In *Man* 11 (1976): 80–103.
- MAINE, H.: *Ancient Law, its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*. Londýn 1908.
- MAINE, H.: *Village-Communities in the East and West*. Londýn 1895.
- MALINOWSKI, B.: *51. Kula: the Circulating Exchange of Valuables in the Archipelagoes of Eastern New Guinea*. In *Man* 20 (1920): 97–105.
- MALINOWSKI, B.: *Argonauts of the Western Pacific: An Account of Native Enterprise and Adventure in the Archipelagos of Melanesian New Guinea*. Londýn 1922.
- MALINOWSKI, B.: *Crime and Custom in Savage Society*. New York 1926.
- MALINOWSKI, B.: *Freedom and Civilization*. New York 1944.
- MALINOWSKI, B.: *Magic, Science and Religion and Other Essays*. Garden City 1954.
- MARSDEN, M.: *Fatal Embrace: Trading in Hospitality on the Frontiers of South and Central Asia*. In *Journal of the Royal Anthropological Institute* 18, 1 (2012): 117–130.
- MARSDEN, M.: *Trading Worlds: Afghan Merchants across Modern Frontiers*. Oxford 2016.
- MATTEI, U., NADER, L.: *Plunder: When the Rule of Law is Illegal*. Oxford 2008.
- MAUSS, M.: *Esej o daru, podobě a důvodech směny v archaických společnostech*. Praha 1999.
- MAUSS, M.: *Jural Phenomena*. In MAUSS, M.: *The Manual of Ethnography*. Oxford 2007.
- MCBREARTY, S., BROOKS, A.: *The Revolution that Wasn't: A New Interpretation of the Origin of Modern Human Behavior*. In *Journal of Human Evolution* 39, 5 (2000): 453–563.
- MCGEE, K.: *Bruno Latour: The Normativity of Networks*. New York 2014.
- MERRY, S.: *Colonial and Postcolonial Law*. In SARAT, A. (ed.) *The Blackwell Companion to Law and Society*, 569–588. Oxford 2004.

- MOMIGLIANO, A.: *From Mommsen to Max Weber*. In *History and Theory* 21 (1982):16–32.
- MOMMSEN, T.: *Römische Geschichte*. Berlín 1888.
- MOMMSEN, W., DE MOOR, J. (eds.): *European Expansion and Law: The Encounter of European and Indigenous Law in 19th- and 20th-century Africa and Asia*. Oxford, New York: 1992.
- MONTESQUIEU, Ch.: *The Spirit of the Laws*. Kitchener 2001.
- MOORE, S. *Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999*. In *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 7, 1 (2001): 95-116.
- MOORE, S.: *Comparative Studies - Introduction*. In NADER, L.: *Law in Culture and Society*, 337–348.
- MOORE, S.: *Law as Process: An Anthropological Approach*. Munster 2010.
- MOORE, S.: *Secular Ritual: Forms and Meanings*. In MOORE, S., MYERHOFF, B.: *Secular Ritual*, 3–24. Assen 1977. Oakland 1997.
- MORGAN, L.: *Ancient Society*. Tuscon 1985.
- NADER, L.: *The Anthropological Study of Law*. In *American Anthropologist*, 67 (1965): 3–32.
- NADER, L. *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*. Stanford 1990.
- NEUSTUPNÝ, E.: *Archaeological Method*. Cambridge 1993.
- NOREEN, G., PIANTANIDA, M. (eds.): *The Authority to Imagine: The Struggle toward Representation in Dissertation Writing*. New York 2006.
- ORAKHELASHVILI, A.: *The Position of the Individual in International Law*. In *California Western International Law Journal* 31, 2 (2001): 241–276
- PARRY J., BLOCH, M.: *Money and the Morality of Exchange*. Cambridge 1989.
- PASSOTH, J., ROWLAND, N.: *Actor-Network State: Integrating Actor-Network Theory and State Theory*. In *International Sociology* 25, 6 (2010): 818–841.
- PAUL, J.: *Comity in International Law*. In *Harvard International Law Journal*, 32, 1 (1991): 40–44, s. 2–3.
- PEDERSEN, G.: *Afghan Nomads in Transition: A Century of Change among the Zala Khān Khēl*. Kodaň 1994.
- PFFAFFENBERGER, B.: *Social Anthropology of Technology*. In *Annual Review of Anthropology* 21 (1992): 491-516.
- PITT-RIVERS, J.: *The Law of Hospitality*. In *HAU: Journal of Ethnographic Theory*, 2, 1 (2012): 501–517.

- PITT-RIVERS, J.: *The Place of Grace in Anthropology*. In HAU: Journal of Ethnographic Theory 1, 1 (2011): 423–450.
- PITT-RIVERS, J.: *The Stranger, the Guest and the Hostile Host*. In PÉRISTIANY, J. (ed.): Contributions to Mediterranean sociology: Mediterranean rural communities and social change; acts of the Mediterranean Sociological Conference. Atény 1968.
- POSPÍŠIL, L.: *Etnologie práva: Teze ke studiu práva z mezikulturní perspektivy*. Praha 1997.
- POSPÍŠIL, L.: *Feud*. In SILLS, D. (ed.): International Encyclopedia of the Social Sciences 389–393. New York 1968.
- POSPÍŠIL, L.: *Kapauku Papuan Economy*. New Haven 1963.
- POSPÍŠIL, L.: *Law and Societal Structure among the Nunamiut Eskimo*. In GOODENOUGH, W. (ed.): Explorations in Cultural Anthropology: Essays in Honor of George Peter Murdoch, 395–431. New York 1964.
- POSPÍŠIL, L.: *The Anthropology of Law: A Comparative Theory*. Ann Arbor 1971.
- POTTAGE, A.: *Law after Anthropology: Object and Technique in Roman Law*. In Theory, Culture & Society 31, 2–3 (2014): 147–166.
- PROSPER, P.: *On Respect for the Rule of Law in Post-Taliban Afghanistan*. In Connecticut Journal of International Law 17 (2002): 433–436.
- RADKAU, J.: *Max Weber: A Biography*. Cambridge 2009.
- RANGER, T.: *The Invention of Tradition in Colonial Africa*. In GRINKER R., LUBKEMANN, S. (eds.): Perspectives on Africa: A Reader in Culture, History and Representation. Oxford 2010.
- RASTIN-TEHRANI, K., YASSARI, N.: *Max Planck Manual on Family Law in Afghanistan*. Heidelberg and Kabul 2011.
- RIGBY, P., SEVAREID, P.: *Lawyers, Anthropologists, and the Knowledge of Facts*. In KANDEL, R. (ed.): Double Vision: Anthropologists at Law. Oxford 1992.
- ROSEN, L.: *The Justice of Islam*. Oxford 2002.
- ROY, O.: *Islam and Resistance in Afghanistan*. New York 1985.
- RUBIN, B.: *The Fragmentation of Afghanistan*. New Haven 2002.
- RUSKOLA T., *Legal Orientalism*. In Michigan Law Review 101, 1 (2002): 179–234.
- SABOORY, M., YASSARI, N.: *Family Structures and Family Law in Afghanistan. A Report of Fact-Finding Mission to Afghanistan, January–March 2005*. Hamburg 2005.
- SAHLINS, M.: *Stone Age Economics*. Londýn 1974.
- SAKRANI, R.: *The Law of the Other: An Unknown Islamic Chapter in the Legal History of Europe*. In Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22 (2014): 90–118.

- SANTOS, B.: *The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique*. In *Law & Society Review*, 40, 1 (2006): 39-75, s. 40.
- SAVIGNY, F.: *On the Vocation of our Age for Legislation and Jurisprudence*. Londýn 1984.
- SAVIGNY, F.: *A Treatise on the Conflict of Laws: and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time*. Edinburgh 1869.
- SERVICE, E.: *Origins of the State and Civilization: The Process of Cultural Evolution*. New York 1975.
- SERVICE, E.: *Primitive Social Organization: An Evolutionary Perspective*. New York 1967.
- SHANKS, M., TILLEY, C.: *Social Theory and Archaeology*. Albuquerque 1987.
- SHRYOCK, A.: *Thinking about Hospitality, with Derrida, Kant, and the Balga Bedouin*. In *Anthropos* 103, 2 (2008): 405-421.
- SCHANIEL, W.: *New Technology and Cultural Change in Traditional Societies*. In *Journal of Economic Issues*. 22, 2 (1988) 493-498.
- SIMMEL, G.: *Peníze v moderní kultuře a jiné eseje*. Praha 1997.
- SIMON, H.: *The Sciences of the Artificial*. Cambridge 1998.
- SNYDER, F.: *Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal*. In *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 19 (1981): 49-92.
- SOKOL, J.: *Dluz života: články, eseje, glosy*. Praha 2016.
- SOLENIK, D., HECKENDORN, L. et al. *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its perspective for the Future: Synthesis Report*. Lausanne 2011.
- SPIER, R.: *From the Hand of Man. Primitive and Preindustrial Technologies*. Boston 1970.
- STRNAD, J., VÍTEK, T.: *Zákon a právo v archaických kulturách*. Praha 2010.
- TANNENBAUM, R., WESCHLER, I., MASSARIK, F.: *Leadership And Organization: A Behavioral Science Approach*. New York 1961.
- THEIR, J.: *Reestablishing the Judicial System in Afghanistan*. Stanford 2004.
- THOL, H.: *Handelsrecht I*. Lipsko 1875.
- THORMANN, K.: *Der doppelte Ursprung der Mancipatio*. Mnichov 1943.
- TODOROV, T.: *Dobytí Ameriky: Problém druhého*. Praha 1996.
- TUORI, K.: *Lawyers and Savages: Ancient History and Legal Realism in the Making of Legal Anthropology*. New York 2015.
- TUORI, K.: *Weber and the Ideal of Roman Law*. In LEWIS, A. et al.: *Law and History: Current Legal Issues* 6. Oxford 2003.

- TURNER, B.: *Exploring Avenues of Research in Legal Pluralism: Forward-looking Perspectives in the Work of Franz von Benda-Beckmann*. In *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 47, 3 (2015): 375–410.
- TURNER, B.: *Asyl und Konflikt von der Antike bis heute. Rechtsethnologische Untersuchungen*. Mnichov 2004.
- TURNER, V.: *Dramas, Fields, and Metaphors: Symbolic Action in Human Society*. Ithaca 1974.
- TURNER, V.: *Průběh rituálu*. Brno 2004.
- TURNER, V.: *The Ritual Process: Structure and Anti-Structure*. Michigan 1969.
- USAID (Afghanistan Rule of Law Project): *Field study of informal and customary justice in Afghanistan and recommendations on improving access to justice and relations between formal courts and informal bodies*. Washington 2005.
- VATUK, S.: *Gifts and Affines in North India*. In *Contributions to Indian Sociology* 9 (1975): 155-195.
- VIVEIROS DE CASTRO, E.: *Cosmological deixis and Amerindian perspectivism*. In *Journal of the Royal Anthropological Institute* 4, 3 (1998): 469–88.
- WARDAK, A.: *Jirga: Power and Traditional Conflict Resolution in Afghanistan*. In WALTER, J. (ed.): *Law after Ground Zero*. Londýn 2002.
- WATSON, A.: *The State, Law and Religion: Pagan Rome*. Atény 1992.
- WEBER, M.: *On the Methodology of the Social Sciences*. Illinois 1949.
- WEBER, M.: *Economy and Society*. Berkeley 1978.
- WEBER, M.: *General Economic History*. New York 2007.
- WEIR, S.: *A Tribal Order: Politics and Law in the Mountains of Yemen*. Austin 2007.
- WESTERMARCK, E.: *Ritual and Belief in Morocco*. Londýn 1926.
- WESTRUP, C.: *Introduction to Early Roman Law*. Kodaň 1934.
- WEINER, A.: *Inalienable Possessions: The Paradox of Keeping-While-Giving*. Berkeley 1992.
- WILUTZKI, P.: *Vorgeschichte des Rechts*. Vratislav 1903.
- WINNER, L.: *Do Artifacts Have Politics?* In *Daedalus* 109, 1 (1980): 121–136.
- YAN, T.: *Fictio legis: L'empire de la fiction romaine et ses limites medievals*. In *Droits* 21 (1995): 17–63.
- YAN, Y.: *The Flow of Gifts: Reciprocity and Social Networks in a Chinese Village*. Stanford 1996.

YOUSUFZAI, H., GOHAR, A.: *Towards Understanding Pukhtoon Jirga: An Indigenous Way of Peace-Building and More*. Lahore 2012.

ZUMBANSEN, P.: *Comparative Law's coming of Age? Twenty Years after Critical Comparisons*. In *German Law Journal* 6, 7 (2005): 1073–1084.

ZADRAN, A.: *Socioeconomic and Legal-Political Processes in a Pashtun Village, Southeastern Afghanistan*. Ann Arbor 1977.

## **Jiné zdroje**

ČESKÁ JUSTICE: *Jemenec žádá v Česku o azyl: Soudy řeší vyvraždování kmenů v jeho zemi*. Pub. 16. 7. 2015. <http://www.ceska-justice.cz/2015/07/jemenec-zada-v-cesku-o-azyl-soudy-resi-vyvrazdovani-kmenu-v-jeho-zemi/> (Ověřeno dne 27. 2. 2017)

Rozhodnutí Krajského soudu v Hradci Králové sp. zn. 29Az 26/2014 -78 ze dne 20. 4. 2015.

Rozhodnutí. Obvodního soudu pro Prahu 3 sp. zn. 16 C 466/2009 ze dne 15. 1. 2014.

Rozhodnutí Městského soudu v Praze sp. zn. 18 Co 121/2014-575 ze dne 23. 4. 2014.

Rozhodnutí. Nejvyššího soudu České republiky sp. zn. 21 Cdo 4674/2014 ze dne 17. 8. 2015.

Veřejná databáze Českého statistického úřadu: Tab. 153 („Obyvatelstvo podle národnosti, mateřského jazyka a podle pohlaví“)

Veřejná databáze Českého statistického úřadu: Tab. „Cizinci podle státního občanství a pohlaví k 31. 12. 2016.

## **Poznámka k rozhovorům**

V rámci výzkumu byly prováděny různé způsoby sběru dat včetně semistrukturovaných rozhovorů (viz též úvod). Zvukové záznamy a přepisy těchto rozhovorů jsou k dispozici v osobním archivu autora dizertační práce. V této práci byly využity jen některé z nich, a sice rozhovory ze dne 10. 2., 5. 3., 16. 4., 11. 5., 20. 5. a 19. 6. 2015.