

ŽIVÉ PRÁVO EUGENA EHRLICHA A PLURALITA PRÁVA

PETR OSINA

Právnická fakulta Univerzity Palackého, Česká republika

Abstrakt v rodném jazyce

Tento příspěvek se zabývá různými významy Ehrlichovy ideje živého práva ve vztahu k současným debatám o právním pluralismu. Rozlišuje tři aspekty Ehrlichovy koncepce v souladu s tím, jak byly rozpracovány v pozdější literatuře: "právo za textem právních aktů", „právo bez státu“ a „řád bez práva“. Stále můžeme v jeho práci nalézt relevantní podněty pro přemýšlení o normativních výzvách plurality práva.

Klíčová slova v rodném jazyce

Ehrlich, živé právo, právní pluralismus, multikulturalismus, privatizace práva, lex mercatoria.

Abstract

This paper examines the different meanings of Ehrlich's idea of living law in relation to current debates about legal pluralism. It distinguishes three aspects of Ehrlich's concept as these have been elaborated in the later literature: "law beyond the law," "law without the state," and "order without law." We may still find his work of relevance to thinking about the normative challenges of plural legalities.

Key words

Ehrlich, living law, legal pluralism, multiculturalism, privatization of law, lex mercatoria.

Současný vývoj práva je charakteristický (mimo jiné) třemi jevy: právním pluralismem (uznání různých forem řešení sporů), privatizací práva (decentralizací právo tvorby) a multikulturalismem (delegací autority na nestátní komunity). Práce E. Ehrlicha, zakladatele sociologie práva, může být přinejmenším částečně relevantní právě ve vztahu k těmto aspektům.

Jeho zřetelné oslabování významu rakousko-uherského státu pokud jde o každodenní život v Bukovině nabízí ilustraci toho, co může být chápáno jako privatizace práva. Často je vnímán jako první autor poukazující na koexistenci právních kultur. A tento multikulturalismus okrajové provincie nám může být v mnohém poučný v době, kdy jsou národní státy měněny přeshraniční migrací.

V rámci určitých přístupů k tématu multikulturalismu v právu je zmiňována potřeba Ehrlichovo dílo aktualizovat, aby nám umožnilo porozumět současnému vývoji v éře globalizace. Jedním způsobem může být čtení jeho prací optikou současné sociální teorie, jak to činí např. Niklas Luhmann.¹ Jiný autor, Günther Teubner, použil Ehrlichovy myšlenky jako pozadí pro srovnání dřívější a moderní plurality práva.² Teubner říká, že právo nezískává svou sílu z etnických komunit jako „živé právo“ podle Ehrlicha, který romantizoval právo tvornou

¹ Ziegert, K.: *Introduction* in Eugen Ehrlich: *Fundamental principles of sociology of law*, Transaction Publisher 2001

² Teubner, G.: *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* in *Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997, str. 3 - 28

roli obyčejů, zvyklostí a praktik malých venkovských komunit. Globální svět dneška spočívá podle Teubnera na chladných technických procesech a ne na vřelých společenských svazcích.³

Klíčovým pojmem je tedy „živé právo“. Jeho idea může být důležitým referenčním bodem pro ty, kteří chtějí porozumět fenoménům jako lex mercatoria (nadmárodní právo mezinárodních obchodních transakcí), internetovému právu nebo globálnímu šíření lidských práv.

Jak tedy definuje Ehrlich živé právo? Živé právo je právo, které ovládá život samotný, i když nebylo zakotveno v právních ustanoveních. Zdrojem naší znalosti tohoto práva jsou moderní právní dokumenty, přímé pozorování života, obchodu, zvyků a obyčejů a všech asociací, nejen těch, které právo uznává, ale i těch přehlížených či přímo neschválených.⁴

Tato definice má některé rysy, které stojí za povšimnutí. Na prvním místě je to z velké části označení metody. Říká nám, kde máme nějaký jev hledat, ale existence tohoto jevu je předpokládána na základě nespécifikovaných teoretických základů. Je také obtížné poznat, co mají jeho příklady společného.

Někteří následovníci se posléze zaměřili na to, jak právo ovlivňuje chování lidí. Jiní se soustředili na to, co jiného je ještě součástí právního systému ve smyslu konkurenčních právních systémů. Další se zabývali hledáním zdroje normativního řádu.

První část Ehrlichovy definice nám připomíná, že právo nemůže být „uvězněno v zákonících“. Musíme zkoumat pozadí právních aktů a vzít do úvahy roli společnosti při vytváření státního práva a soudních rozhodnutí. Ehrlichovo tvrzení, že „těžiště veškerého právního vývoje není ani v zákonodárství, ani v jurisprudenci, ani v soudní praxi, ale ve společnosti samé“, může být směrodatné pro jakýkoli interdisciplinární přístup k právu.

Idea, že něco stojí v pozadí za právem, nebyla vždy interpretována stejně. Mnozí následovali Roscoe Pounda a právní realisty při studiu „law in action“ a zkoumání praktické realizace zákonů a soudních či správních rozhodnutí. Jiní se spíše snažili porozumět „právnímu vědomí“ těch, kteří právo používají nebo jsou vystaveni působení práva. Ukazovali, jak ideje legality formují toto vědomí přinejmenším stejně jako jsou jeho produktem. Marc Hertogh se snažil integrovat Poundův a Ehrlichův přístup za účelem zkoumání vztahu mezi law in action a právním vědomím.

Druhý aspekt, který lze přičíst živému právu, souvisí s objevením právních režimů, které nemají nebo nepotřebují záštitu státní moci. Klíčový problém zde spočívá v tom, jak zohlednit fakt, že zde může být také nestátní právo a soukromé právní režimy.

Ehrlich argumentoval, že stát nemá monopol na právo. Ačkoli se zaměřoval především na právotvornou tendenci komunit a asociací, jeho práce byla inspirací pro ty, kteří tvrdí, že více či méně autonomní „sociální oblasti“ mohou vytvářet své vlastní soubory norem a vlastní sankční mechanismy. Současné práce se zaměřují na způsob, jakým globalizace stále více

³ Teubner, G.: *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society* in *Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997, str. 6

⁴ Ehrlich, E.: *Fundamental principles of sociology of law*, Transaction Publisher 2001, str. 493

„odpojuje“ právo od státu. Nadnárodní podniky a nadnárodní komunikace se objevily jako důležitý nový zdroj právní plurality.

Dva klíčové příklady nových forem právní plurality, které poskytují příležitost znovuobjevit Ehrlichovy ideje živého práva, jsou lex mercatoria (nadanárodní právo mezinárodních obchodních transakcí) a regulace internetu v kyberprostoru. Otázka, jestli tato pravidla mohou být označena za právo, je těsně spjata s otázkou, jestli by měly být za právo uznány.

Ralf Michaels je srovnal na základě několika kritérií. Uznává, že oba systémy podporují sociální řád a sociální kontrolu. Tvrdí ale, že zatímco lex mercatoria usiluje o rozhodování sporů, stejný prvek je méně zjevný u internetu. Z hlediska strukturálních kritérií – lex mercatoria ukládá závazné povinnosti obchodníkům, zatímco internet reguluje spíše prostřednictvím své technologie a architektury. Dochází k závěru, že lex mercatoria má dobré předpoklady kvalifikovat se jako právo, u pravidel kyberprostoru je to obtížnější.⁵

Nicméně Michaels tvrdí, že z juristické perspektivy ani jeden z těchto systémů či jakýkoli systém, který je poloautonomní, nemůže být skutečně označen za právo. Klíčovým aspektem je to, aby stát uznal jeho právní platnost. V praxi má tři způsoby, jak se vyrovnat s jinými normativními systémy – inkorporaci, delegaci, respektování.

Při inkorporaci se pravidla považují za právo jen pokud se stanou součástí státního práva. To je v souladu s Ehrlichovým názorem, že produkce práva se především děje na periferii společnosti. Stát je ale schopen domestikovat tento potenciálně podvratný vývoj inkorporací norem, které jsou vytvořeny. Uznává nestátní komunity za generátory norem, ale odpírá těmto normám status autonomního práva. Inkorporací těchto norem do státního práva stát zdůrazňuje svůj monopol na produkci právních norem.⁶

Delegace znamená, že místo toho, aby stát vytvořil vlastní pravidla, umožňuje samoregulaci zájmových skupin. Dobrým příkladem mohou být kolektivní smlouvy mezi zaměstnavateli a odbory, které se dají označit za podzákonný pramen práva.

Pokud jde o způsob označený jako respektování, stát může například nechat určitá pravidla obchodní praxe vytvořit samotné obchodníky. Živé právo není ignorováno státním právem, ale zároveň není ani uznáno za právo. Soukromý řád vstupuje do státního práva teprve momentem vynucení, kdy podobné zvyklosti musí být brány do úvahy při aplikaci.⁷

Třetí aspekt, který lze přičíst živému právu, se více soustředí na to, jak vzorové chování dává vzniknout řádu asociací. Ehrlichovi následovníci se snaží vysvětlit původ a obsah norem, zvláště vytvářejí teorie norem v kontextu spolupráce, kolektivních řešení a maximalizace blahobytu. Zvláště významná je zde Ehrlichova myšlenka o nutnosti přejít od studia sporů a konfliktů pro pochopení řádu, o rozlišování situací „války“ a „míru“ a o očekáváních jako sankci.

⁵ Michaels, R.: The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005, str. 7-12

⁶ Michaels, R.: The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005, str. 24

⁷ Michaels, R.: The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005, str. 25

Ehrlichovy ideje jsou často subtilnější než to, co z nich udělali pozdější teoretici (například jeho koncept „živého práva“ byl transformován do „law in action“). Jeho výchozí předpoklady týkající se toho, jak organizace vytvářejí normativní omezení, stále nabízejí alternativu k modelu racionální volby jednotlivců snažících se o maximalizaci užítku na jedné straně a koncepci práva jako zdroje společenské identity.

Ale pouhý návrat k teoriím minulosti neposkytne návod pro řešení současných dilemat. Takže i uchýlení se k Ehrlichovi vyžaduje novou interpretaci jeho argumentů z hlediska dnešních cílů. Tento právní teoretik nemohl mít představu o tématech, kterým čelíme v současnosti. Nicméně jeho nové čtení nás může přivést ke kořenům některých koncepčních i praktických dilemat, která nebyla stále překonána. Ta zahrnují například obtížnost definice práva pouze pojmy souvisejícími se státem, předpoklad, že každá skupina či organizace má své vlastní právo, problém rozlišení právních a morálních závazků, a konflikt mezi juristickým a společenskovědním způsobem vymezení práva.

Ehrlichův koncept nebyl určen k řešení normativních otázek, jako jestli etnické skupiny mají právo na vlastní formu řádu, ale spíše chtěl ukázat, proč právníci mají brát do úvahy faktickou existenci těchto řádů. Nezabýval se otázkou, jestli státní právo má poskytovat prostor pro právo nestátní, ale spíše poukazoval na některé oblasti, kde právo nezaštitěné státem už existuje. Konečně netvrdil, že živé právo je nutně lepší než státní právo. Pak by totiž bylo velmi obtížné vysvětlit zahrnutí protistátních organizací (např. kriminálních skupin) do jeho definice živého práva.

Ehrlich také vždy striktně neodděloval dvě základní otázky filozofie práva: jak se bytí (Is) stává mětím (Ought) a naopak jak se mětí (Ought) stává bytím (Is). Měl tendenci vyzdvihovat první otázku a tak vytvořil dojem, že fakta jsou sama o sobě dostatečná k vytvoření normativity, zatímco normativní fenomén v konečném důsledku spočívá v argumentech spíše než hrubých faktech.⁸

Jelikož má právo tak mnoho rolí, které (mimo jiné) zahrnují řád, regulaci a snahu o dosažení spravedlnosti, je nepravděpodobné, že najdeme společný jmenovatel při přemýšlení o alternativách ke státnímu právu. Z jednoho úhlu pohledu může být multikulturalismus vnímán jako forma privatizace práva. Při jiném pohledu ovšem tyto fenomény mohou nést odlišné normativní důsledky.⁹

Ne každý souhlasí s tvrzením, že globalizace znamená pokles významu formálního práva.¹⁰ Nicméně často se lze setkat s pohledem, který charakterizuje současnou dobu jako „postmoderní právní pluralitu“. Částečná ztráta suverenity národního státu ve prospěch jiných činitelů odráží a zároveň umožňuje nárůst právní plurality, privatizace práva a multikulturalismus.

Ehrlichův společenský kontext se může zdát velmi vzdálený od našeho. Ovšem například pro Güntera Teubnera fakt, že Ehrlichovy ideje vznikly v místě, kde stát byl relativně slabý, činí

⁸ Webber, J.: *Naturalism and Agency in the Living Law*, **Osgoode Law Journal** 2008, str. 5

⁹ Fisher, T.: *Nomos Without Narrative*, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 9, No. 2, 2008, str. 483 a násl.

¹⁰ Garth, B., Sarat, A.: *Looking Back at Law's Century*, Cornell University Press 2002, str. 3 a násl.

tyto myšlenky zvláště přínosnými pro porozumění toho, proč globální právo funguje odlišně od práva mezinárodního.¹¹

Idea živého práva může mít význam zvláště pro *lex mercatoria* (nadmárodní právo mezinárodních obchodních transakcí) a regulaci internetu v kyberprostoru. Nicméně zkoumání role práva jde mnohem dále za tyto dva fenomény, které mohl Ehrlich anticipovat – ať už jde o autopoietickou teorii komunikativních subsystémů nebo způsob, jakým architektura informačních technologií vytváří specifické normativní volby.

Skončil bych konstatováním, že ve své době Ehrlich správně zdůrazňoval limity rakouského imperiálního státu. Může být otázkou diskuse, do jaké míry chtěl omezit roli státu, ale jeho skepticismus lze využít jako korektiv v době přílišné důvěry v sociální inženýrství.

Literatura:

- Ziegert, K.: Introduction in Eugen Ehrlich: Fundamental principles of sociology of law, Transaction Publisher 2001
- Teubner, G.: *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997
- Ehrlich, E.: Fundamental principles of sociology of law, Transaction Publisher 2001
- Michaels, R.: The Re-State-ment of Non-State Law: The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism, Duke Law School Legal Studies, Paper No. 81, 2005
- Webber, J.: Naturalism and Agency in the Living Law, Osgoode Law Journal 2008
- Fisher, T.: Nomos Without Narrative, Theoretical Inquiries in Law, Vol. 9, No. 2, 2008
- Garth, B., Sarat, A.: *Looking Back at Law's Century*, Cornell University Press 2002

Kontaktní údaje na autora – email:

petr.osina@upol.cz

¹¹ Teubner, G.: *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society in Global law without a state*, Brookfield, Dartmouth 1997, str. 3 – 28