

Jan Bazyli Klakla

student V roku w Katedrze Socjologii Prawa UJ

student III roku w Katedrze Porównawczych Studiów Cywilizacji UJ

**Status prawa zwyczajowego w społeczeństwie. Analiza na podstawie funkcjonowania instytucji przysięgi w procesie rozwiązywania konfliktów.**

**(referat na konferencji „Prawo a kultura – kultura a prawo”, Kraków 25-26.04.2014)**

**Wprowadzenie.** Prawo zwyczajowe jest bardzo specyficznym systemem normatywnym pozostającym na styku dwóch innych – prawa i zwyczaju. Z jednej strony jest to coś więcej niż tylko zwyczaj, a z drugiej strony, we wciąż dominującym w naukach prawnych paradygmacie pozytywistycznym, odmawiany jest mu walor bycia prawem w pełnym tego słowa znaczeniu. Jest obecnie powszechnie uznawane za relikw przeszłości i rozpatrywane głównie w kategoriach historycznych. Przypadki stosowania zwyczaju w prawie międzynarodowym opisywane są jako wyjątki potwierdzające powyższą regułę, a społeczności które wciąż się nim kierują traktowane są w kategoriach ciekawostek antropologicznych. Niejednokrotnie można się spotkać z rozumowaniem, które zakłada, że do modernizacji kraju w którym prawo zwyczajowe występuje, do jego demokratyzacji i do osiągnięcia pewnych standardów w prawodawstwie koniecznym jest całkowite wyrugowanie prawa zwyczajowego jako narzędzia regulującego stosunki międzyludzkie jako zacofanego systemu normatywnego.

Narracja niniejszego referatu podzielona została na dwa etapy. Wpierw chciałbym wykazać na konkretnych przykładach, że prawo zwyczajowe wciąż jest stosowane, i to w większym zakresie niż to jest powszechnie sądzone, a także, że może być stosowane równolegle i komplementarnie do stosowania prawa stanowionego w jego tradycyjnym rozumieniu. Dla potrzeb tego tekstu ograniczę tę analizę do jednej, konkretnej instytucji, będącej jednym z fundamentów większości, jeśli nie wszystkich systemów prawa zwyczajowego – przysięgi; a także do konkretnej sytuacji, w której ta instytucja znajduje zastosowanie, czyli sytuacji konfliktowej. Poza zakresem referatu pozostaną inne instytucje prawa zwyczajowego, a także stosowanie przysięgi w sytuacjach niekonfliktowych. Mimo, że ciekawe, analizy te byłyby zbyt obszerne, a dla celów tego tekstu wystarczającym będzie przybliżenie wspomianej instytucji przysięgi w procesie rozwiązywania konfliktu.

Następnie chciałbym analizę tej partykularnej instytucji przenieść na analizę miejsca prawa zwyczajowego w życiu społecznym oraz jego relacji z prawem stanowionym i instytucjami państwowymi. W miejsce postrzegania prawa zwyczajowego jako zacofanego systemu prawnego stojącego w konflikcie z modernizującym się państwem chciałbym zaproponować rozumienie oparte na koncepcji *habitusu* Pierre'a Bourdieu, które przyrównywałoby prawo zwyczajowe do pewnego szczególnego zespołu dyspozycji, który w toku socjalizacji nabywają ludzie żyjący na terenach jego obowiązywania. Jako takie, byłoby ono trwalsze niżli konkretne jego normy, a także nie musiałyby być postrzegane jako przeciwieństwo prawa stanowionego i władzy państwowej.

**Rozważania wstępne.** Prawdą jest, że prawo zwyczajowe funkcjonuje obecnie w sposób najpełniejszy na terenach, na których historia prawa stanowionego jest jeszcze krótka, a możliwości jego egzekwowania przez władze państwowe w pewnym stopniu ograniczone. Przykładami, które wykorzystam w niemiejszym referacie są kraje Afrykańskie (Nigeria, Ghana), Albania i Kosowo oraz Palestyna. Są to rejony kulturowo różniące się od siebie, które jednak łączą trudności, które przez wieki napotykało państwo chcące wprowadzić tam prawo stanowione. W Afryce wciąż głównym regulatorem życia społecznego, zwłaszcza na terenach nieurbanizowanych, jest plemienne prawo zwyczajowe, ściśle związane z animistycznymi wierzeniami tamtejszych mieszkańców. Na północy Albanii i w Kosowie, ze względu na niesprzyjające, górzyste ukształtowanie terenu, przez wieki ludzie żyli w izolowanych społecznościach wedle prawa zwyczajowego zwanego *Kanun*, którego pozostałości można obserwować po dziś dzień pod postacią m.in. słynnej krwawej zemsty (*gjakmarri*). W kręgu cywilizacji Islamu separacja odróżnianych w kulturze Zachodu systemów normatywnych – prawa, religii i zwyczaju – bywa trudna. Na Bliskim Wschodzie, a szczególnie w Palestynie, zachowały się normy prawa zwyczajowego swą tradycją sięgające jeszcze czasów przed-islamskich.

Jedną z głównych kompetencji prawa zwyczajowego na wyżej wymienionych terenach jest rozwiązywanie konfliktów, zazwyczaj o charakterze ponadindywidualnym, klanowym. Przedmiotem mojego zainteresowania są konflikty powstające w społecznościach, gdzie podstawową jednostką społeczną nie jest rodzina nuklearna, ale co najmniej rodzina rozszerzona, a najczęściej klan lub plemię. W społeczeństwach tych ludzie identyfikują się zazwyczaj z dwiema grupami, na dwóch różnych poziomach. Po pierwsze z jednostką, która w Albanii nazywa się *fisi i vogel*, po arabsku *hamula*, w Nigerii *obio* (wioska) - grupa kilkunastu domostw, kilkudziesiąt do kilkuset osób, linia pokrewieństwa wywodząca się od wspólnego, znanego przodka płci męskiej [Abudabbeh 2005; 427]. Po drugie grupa nazywana w Albanii *fisi i madh*, gdzie odpowiednikiem w świecie arabskim będzie plemię, a w Nigerii - *ubon*, zrzeszające mieszkańców ponad stu domostw, którego liczba członków może osiągać tysiące osób, a mityczny wspólny przodek nie jest znany [Mustafa, Young 2008; 92].

By odpowiedzieć na pytanie, w jaki sposób konflikty indywidualne przechodzą w międzyklanowe kluczowym jest jedno słowo - honor. Honor jest wartością przynależną zarówno jednostce, jak i grupie, także, a może przede wszystkim – rodzinie. Honor rodziny i honor każdego z jej członków są ze sobą nierozzerwalnie połączone. Dlatego gdy członek rodziny pada ofiarą zachowania, które godzi w jego honor, naruszona zostaje nie tylko jego indywidualna reputacja, ale także honor całej grupy i to w interesie całej rodziny leży jego przywrócenie. Przywrócenie to jest możliwe poprzez krwawą zemstę - bezpośredni atak na sprawcę lub członka jego rodziny – ale także skutecznie przeprowadzoną procedurę pojednawczą [Pely 2011; 70]. W Afryce ogromną rolę spełnia też wiara w duchy przodków, która konstituuje transcendentną wspólnotę łączącą zmarłych, żyjących i przyszłych krewnych, wzajemnie za siebie odpowiedzialnych [Offiong 1997; 424-426].

Takie właśnie konflikty, funkcjonujące na płaszczyźnie ponadindywidualnej, będą bazą dla specyficznych instytucji prawa zwyczajowego służących ich rozwiązywaniu. W ramach tych instytucji jednym z głównych narzędzi stosowanych w postępowaniu zwyczajowym jest przysięga, tudzież przyrzeczenie (terminy te dla potrzeb niniejszego tekstu potraktuję synonimicznie).

**Zwyczajowe procedury rozwiązywania konfliktów ponadindywidualnych.** W Albanii funkcjonują mediatorzy zwyczajowi, niezależni lub współpracujący z jedną z organizacji pozarządowych zajmujących się problemem krwawej zemsty. Działają w oparciu o pochodzący sprzed wieków system prawa zwyczajowego zwany *Kanunem*. Ich najważniejszym zadaniem jest przekonanie członków rodzin zaangażowanych w konflikt, że warto odwołać się do bezkrwawego sposobu rozwiązania trwającego sporu. Niezbędnym do tego narzędziem jest *besa* – terminowe zawieszenie broni w formie przysięgi wypowiedanej przez przedstawiciela rodziny, na której ciąży obowiązek krwawej zemsty, że tej zemsty przez pewien czas nie będzie szukać. *Besa* może być przedłużana wielokrotnie, a postępowanie mediacyjne może trwać wiele lat [Shkreli, Çelik 2010; 902-909].

Na większości terenów Bliskiego Wschodu, a najaktywniej na terytoriach Izraela zamieszkałych przez Palestyńczyków, funkcjonuje instytucja z pogranicza mediacji i arbitrażu, mająca swoje korzenie jeszcze w czasach przed-islamskich - *Sulha*. Prowadzona przez *Jaha*, radę złożoną z osób o ponadprzeciętnej pozycji społecznej i darzonych wielkim szacunkiem, opiera się z jednej strony na poddaniu się przez strony woli rady - co zbliża ją do arbitrażu, a z drugiej na długotrwałym procesie mediacyjnym, który ma za zadanie spowodować, by werdykt był w poczuciu stron wspólnie wypracowany, a nie narzucony [Pely 2009; 82-85].

W Nigerii, ze względu na sięgającą daleko w przeszłość tradycję, a także słabość państwowych instytucji sądownictwa, wiele sporów rozstrzyganych jest przed *esop ison*, radą starszych. Rada składa

się z osób spełniających najważniejsze funkcje społeczne w rodzinach plemienia. Obie skonfliktowane strony mogą wyznaczać swoich kandydatów na sędziów zwyczajowych. Procedura ma charakter arbitrażowy, postępowanie jest szybkie oraz prowadzone zgodnie z prawem zwyczajowym i lokalnymi wierzeniami [Offiong 1997; 433-436]

W Ghanie funkcjonują sądy zwyczajowe na różnych poziomach organizacji społecznej – wioskowe, plemienne, etc. Sprawy odnoszące się m.in. do prawa własności, małżeństwa, kradzieży czy napaści rozpatrywane są w nich przez władcę plemienia lub szefa wioski wraz z towarzyszącą im radą starszych [Agyekum 2004; 318].

**Funkcja przysięgi w rozwiązywaniu konfliktów klanowych.** W każdej z wyżej wymienionych procedur ma swoje miejsce instytucja przysięgi. Może spełniać mniej lub bardziej fundamentalną rolę, być głównym lub pomocniczym narzędziem rozstrzygania sporów, ale jest elementem stałym, powszechnym w zwyczajowych procedurach rozwiązywania konfliktów.

*Besa* jest to albańskie słowo honoru – możliwe, że jedno z najważniejszych pojęć w języku albańskim w ogóle. W odniesieniu do instytucji krwawej zemsty *besa* oznacza tymczasowe przyrzeczenie i ochronę, którą rodzina ofiary przyznaje zabójcy i jego rodzinie, zapewniając, że przez wyznaczony okres czasu nie będą oni podejmować żadnych działań zmierzających do rozlewu krwi. *Besa* może być dana na różny okres – od 24 godzin do nawet pół roku, w zależności od woli i statusu rodziny ofiary. Gdy zabójcy jest dane przyrzeczenie, on i jego *fis* są wolni od strachu przed zemstą. Gdy okres ochrony dobiegnie końca, rodzina chroni się w domu i znów posyła z prośbą o *besę*. Według tradycji nie powinno się odmawiać udzielenie przyrzeczenia, jeżeli człowiek, który o nie prosi również tę tradycję respektuje. Kilukrotne udzielenie *besy*, co trwać może łącznie nawet kilka lat, staje się często podwaliną pod mediacje i zakończenie sporu między rodzinami [Mangalakova 2004; 12]. Zawieszenie broni nie wyczerpuje jednak pola znaczeniowego *besy*. Jest to również przysięga ochronna i słowo honoru traktowane nadzwyczaj poważnie. *Besa* jest dla Albańczyka rzeczą świętą, a lojalność i zobowiązanie do dotrzymania danego słowa, które z niej wynikają są jedną z najwyższych wartości. Pojęcie to przekracza granice życia i śmierci – zobowiązanie do jej wypełnienia nie wygasa wraz z odejściem na tamten świat. W pewnym stopniu można *besę* porównać do rzymskiej instytucji *stipulatio* albo do *przysięgi przyrzekającej* znanej z prawa kanonicznego. Wszystkie trzy łączą formalizm i sakralna naturę z głębokim wewnętrznym efektem zarówno religijnym jak i moralnym [Trnavci 2008; 22]. *Beja* jest przysięgą odnoszącą się do faktów, ich zaistnienia, bądź nie, traktowaną bardzo poważnie i, wbrew pozorom, może być to skuteczny środek rozstrzygania spraw dotyczących własności ziemi lub kradzieży. Będący w posiadaniu ziemi lub przedmiotu, co do których wysuwane są

roszczenia, powinien poprzez *beję* zalegitymizować istniejący stan faktyczny zaprzeczając, jakoby przedmiot pochodził z kradzieży lub ziemia nie należała do władającego nią. Odmowa złożenia przysięgi w prosty sposób wskazuje na winę odmawiającego. Warto zauważyć, że *beja* działa tylko w tę stronę – nie można jej złożyć celem uzyskania czegoś, co nie znajduje się w posiadaniu przyrzekającego. Co istotne, społeczne sankcje za fałszywie złożoną przysięgę są tak surowe, że mogą równać się de facto śmierci społecznej. Krzywoprzysięstwo zdarza się zatem niezwykle rzadko [Voell 2003; 97].

W Nigerii równoległe do państwowych instytucji sądownictwa funkcjonują trybunały zwyczajowe, cieszące się wciąż dużą popularnością. Rozstrzygając spory bazują one na afrykańskim prawie zwyczajowym. Głównym instrumentem używanym w tych procedurach jest przysięga składana na *juju* – amulety, obiekty związane z lokalnymi animistycznymi wierzeniami Afryki Zachodniej. Pod pewnymi względami można zauważyć podobieństwo przysięgi na *juju* do opisywanej wyżej *beji*. Podobnie jest składana najczęściej przy okazji konfliktu o własność, także jedynie przez osobę, która przedmiot sporu ma w swoim posiadaniu. Istotnym jest jednak, że moment złożenia przysięgi nie jest momentem zakończenia postępowania, jak to ma miejsce w przypadku *beji*. Następuje po nim okres jednego roku swoistej próby mającej określić, czy przyrzeczenie zostało złożone szczerze, czy też fałszywie. Powszechna jest wiara, że w tym drugim przypadku na składającemu takie oświadczenie (lub jego rodzinie) przydarzy się w ciągu tego roku coś nieprzyjemnego. Stąd każda jego poważniejsza choroba, niespodziewana śmierć w rodzinie, klęska żywiołowa lub nieurodzaj są uznawane za niechybny dowód krzywoprzysięstwa, a przedmiot o który toczył się spór jest przyznawany jest oponentowi przyrzekającego. Z drugiej strony, gdy rok minie spokojnie, wyrok staje się swoiście „prawomocny” i przedmiot sporu należy do składającego przysięgę. Warto zauważyć, że przyrzeczenie składane na *juju* nie zamyka się w ramach instrumentu prawnego wykorzystywanego przez sędziów, wodza, radę starszych. Można wręcz uznać, że to *juju* staje się arbitrem oznajmiającym swoją wolę poprzez zaistnienie, bądź nie, pewnych sytuacji, a dotychczasowi sędziowie pełnią jedynie rolę osób odbierających przyrzeczenie [Oba 2008; 141].

Konkretnymi przykładami przysięg składanych na *juju* są *mmo* wśród ludu Igbo, *swen* i *oyita* wśród Tiv i Igedde oraz *mbiam* stosowane przez członków plemienia Ibibio. *Mbiam* jest to butelka wypełniona świętą wodą, pełniąca rolę *juju* przy wypowiedaniu przysięgi. Jej znaczenie jest nieco szersze niż opisane powyżej. Dotyczy ona wszystkiego, co w powszechnym mniemaniu ma moc rozpoznawania winy lub jej braku. Poza opisaną powyżej procedurą stosuje się ją dla potwierdzania konkretnych faktów, ustanawiania zawieszania broni w konfliktach międzyklanowych oraz dla potwierdzenia akceptacji przez strony wyroków *esop ison* – rady starszych [Offiong 1997; 433-434]. W

Nigerii wciąż toczy się debata na temat mocy obowiązującej wyroków sądów zwyczajowych. Kilukrotnie w tej sprawie wypowiadał się nigeryjski *Supreme Court*, jednak linia orzecznicza nie jest stała. Ścierają się ze sobą poglądy o istnieniu, bądź też nie, *res iudicata* w stosunku do orzeczeń tradycyjnych trybunałów [Oba 2008; 145-153].

Pośród ludu Akan w Ghanie funkcjonuje bardzo ciekawy rodzaj przysięgi zwany *ntam*. Jest to tzw. przysięga wspominająca (*reminiscential oath*), będąca równocześnie najsilniejszym tabu funkcjonującym w obrębie tej kultury. Używana jest jako główny instrument w tradycyjnym rozwiązywaniu konfliktów przy udziale rady starszych danej społeczności i jej wodza – procedura ta wygląda podobnie jak wyżej opisane trybunały zwyczajowe w Nigerii. Charakterystyczną cechą *ntam*, różnicującą ją od wcześniej wspomnianych przyrzeczeń, jest charakter jej mocy wiążącej. W samej swej formule nie wyraża ona odwołania do sił ponadnaturalnych, jak to ma miejsce np. w przypadku *juju*, czy znanych nam z kręgu kultury judeochrześcijańskiej przysięg wzywających boga by poświadczył prawdziwość słów składającego przyrzeczenie. Podczas wypowiedziania *ntam* wspomniane są wyjątkowo nieprzyjemne wydarzenia z przeszłości (stąd nazwa, *reminiscential oath*). W zależności od poziomu organizacji społecznej w ramach którego przysięga jest składana, może to być choroba lub śmierć kogoś z rodziny, czy nawet krwawa wojna międzyplemienna lub susza, która pochłonęła tysiące istnień. Przypominanie złych momentów z przeszłości jest w kulturze ludu Akan najsurowszym tabu, gdyż narusza spokój przodków, którzy w tych wydarzeniach ucierpieli. *Ntam* jest momentem specjalnego przyzwolenia na złamanie tabu, udzielanego przez odbierającego przysięgę (radę starszych, wodza), a pośrednio przez przodków, którzy uczciwie i w poważnej sprawie złożoną przysięgę uznają za akceptowalną, a krzywoprzysięstwo lub nadużywanie *ntam* surowo ukarzą [Agyekum 2004; 324-327].

W Islamie na określenie przysięgi składanej przed Bogiem na potwierdzenie faktów używa się pojęcia *qasam* – funkcjonuje ona podobnie jak przysięga w kręgu judeochrześcijańskim. W opisywanym przeze mnie wcześniej procesie rozwiązywania konfliktów klanowych zwanym *Sulha* jedną z podstawowych instytucji jest formuła słowa honoru, zwanego *hodna*, który można w dużej mierze porównać do *besy* w jej węższym znaczeniu, ograniczonym do zawieszenia broni w trakcie krwawej zemsty. Jako słowo honoru *hodna* stanowi podwalinę do całego procesu mediacji / arbitrażu, który w ostateczności ma doprowadzić od rozwiązania sporu, odzyskania honoru przez obie zwaśnione rodziny i naprawienia sieci relacji międzyludzkich zerwanych przez istniejący konflikt. Znaczne sankcje społeczne, wzmocnione są pozycją *Jaha*, rady odbierającej zapewnienie o zawieszeniu broni, a składającej się z najbardziej szanowanych członków danej społeczności [Pely 2009; 80-85].

Opisane przeze mnie powyżej instytucje mają różny status w świadomości i praktyce społecznej. W Afryce normy prawa zwyczajowego dotyczące przysięgi są powszechnie znane i w praktyce dokładnie wypełniane. Ludzie znają zawarte w tych normach dyspozycje, ich dokładną treść i stosują się do nich. W Albanii, zwłaszcza poza górskimi terenami na północy kraju, status norm dotyczących *besy* czy *beji*, a zarazem *Kanunu* jako systemu prawa zwyczajowego, nie jest już tak oczywisty do określenia. *Kanun* został na początku XX wieku spisany przez franciszkanina o. Shtjefen Gjecov. W 1913 roku rozpoczął on publikację zebranych przez siebie źródeł prawa zwyczajowego. Gdy został zamordowany przez serbską żandarmerię w 1929 roku, zakonnicy usystematyzowali zachowane materiały i opublikowali je pod jego nazwiskiem w 1933 roku [Trnavci 2008; 9]. Stąd istnieje możliwość porównania treści norm spisanych przez Gjecova, ze świadomością normatywną ludzi obecnie do *Kanunu* się odwołujących. Jak się okazuje, nie pokrywają się one w stu procentach. Spisanie prawa zwyczajowego zaburzyło jego naturalną elastyczność, uczyniło z niego zbiór abstrakcyjnych norm oderwanych od interpretacji starszych, którzy byli przez wieki odpowiedzialni za jego stosowanie [Voell 2003; 88]. Wiedza na temat konkretnych treści regulacyjnych norm *Kanunu* zanika, podczas gdy wiara w jego fundamentalne znaczenie wciąż trwa. Podczas gdy dokładne przywołanie norm dotyczących np. *besy* mogłoby następczom Albańczykom wiele trudności, to przekonanie o jej wadze i bezwarunkowej nieodwołalności jest wciąż bardzo silne.

**Państwo prawa vs prawo zwyczajowe.** W jaki sposób może się kształtować relacja norm prawa zwyczajowego do norm prawa stanowionego oraz tradycji do wymogów modernizującego się państwa? Narzucającym się stanowiskiem wydaje się teza o fundamentalnej sprzeczności tych dwóch porządków. Z przytoczonych wyżej opisów zwyczajowych procedur rozwiązywania konfliktów jasno wyłania się obraz instytucji prawnych nie spełniających podstawowych wymogów, które stawiamy przed prawem. Brak pewności prawa, brak obiektywności, niedostateczna ochrona prawna stron, arbitralność, etc.

Z punktu widzenia jednostki znajdującej się w sytuacji konieczności podjęcia decyzji co do zastosowania się bądź nie do wzoru powinnego zachowania wyrażonego w jednej lub wielu normach, należących do jednego lub wielu systemów normatywnych, istotne są funkcjonalne zależności zachodzące między tymi normami, czyli „zależności wyznaczone rzeczywistym współoddziaływaniem tych norm na proces osiągania zamierzonych skutków danych regulacji”. Można wyróżnić cztery takie stosunki [Patecki 2003; 180-182].

Gdy do osiągnięcia założonej przez normy wartości-celu niezbędne jest jednoczesne przestrzeganie pozostających w tej relacji norm, to taką relację możemy nazwać bezwzględną

spójnością funkcjonalną. Z punktu widzenia skuteczności oznacza to, że w przypadku jednej normy (np. prawnej) jest ona zależna od przestrzegania równocześnie innej normy (np. moralnej) i określając granice tej skuteczności zawsze należy to robić łącznie.

Gdy wspólna normom wartość-cel jest możliwa do osiągnięcia zarówno poprzez przestrzeganie jednoczesne różnych norm (lepiej), jak i (także, ale nie koniecznie równie dobrze) jednej z nich, to taką relację możemy nazwać względną spójnością funkcjonalną. Powyższa uwaga odnośnie skuteczności również znajduje zastosowanie.

Zdarza się także, że wspólną wartość-cel można osiągnąć poprzez niezależne od siebie przestrzeganie norm pochodzących z różnych systemów normatywnych. Taka niezależność funkcjonalna wiąże się z wspomnianym wcześniej zagadnieniem konkurencji systemów normatywnych oraz rozdziałem ich kompetencji regulacyjnych.

Oczywiście, wielokrotnie zależność między normami wygląda w taki sposób, że wypełnienie powinno go wzoru postępowania nakazanego przez jedną z nich, utrudnia lub uniemożliwia wypełnienie wzoru nakazanego przez drugą. Występująca wtedy sprzeczność funkcjonalna powoduje, że jednostka znajdująca się w sytuacji decyzyjnej zmuszona jest niejako do złamania jakiejś normy niezależnie od wyboru jakiego dokona.

W świetle powyższych uwag rozumowanie o istnieniu koniecznej sprzeczności funkcjonalnej jest jednak uprawnione wyłącznie gdy założymy taki status norm prawa zwyczajowego, jaki wciąż ma miejsce w np. niektórych rejonach Afryki (znajomość wzoru powinno go postępowania, treści normy), a nie taki, jaki obecnie można zaobserwować w Albanii.

Moim zdaniem do deskrypcji statusu prawa zwyczajowego w społeczeństwach takich jak np. współczesna Albania, a jakimi będą być może za pewien czas społeczeństwa Afrykańskie, gdy konkretna wiedza na temat prawa zwyczajowego również powoli zacznie odchodzić w zapomnienie, należy użyć innego narzędzia niż opisane powyżej funkcjonalne zależności między normami pochodzącymi z prawa stanowionego i prawa zwyczajowego. Narzędziem, które chciałbym zaproponować jest teoria habitusu Pierre'a Bourdieu. Na potrzeby niniejszego tekstu wystarczy podstawowe zrozumienie habitusu jako „całość uwewnętrznionych tendencji i postaw, które kształtują ludzkie spostrzeżenia, myśli, preferencje, wyrażające się w codziennych zachowaniach, (...) zasadę generującą praktyki dające się obiektywnie klasyfikować, jak i system klasyfikowania tych praktyk.” [Bourdieu 2006; 216] Innymi słowy habitus byłby zestawem bazowych schematów zachowania i reagowania, systemem nabytych dyspozycji do działania i oceniania w określony sposób



[Voell 2003; 90]. Miałby on więc znaczący wpływ na normatywność wytwarzaną przez dane społeczeństwo samemu nie będąc tą normatywnością w ścisłym tego słowa znaczeniu. Dlatego też pogląd o sprzeczności funkcjonalnej norm prawa stanowionego i zwyczajowego nie może odnosić się do prawa zwyczajowego jako postrzeganego jako habitusu.

**Prawo zwyczajowe jako habitus.** Czy więc można mówić o prawie zwyczajowym raczej jako o swoistym habitusie niżli systemie konkretnych norm? Moim zdaniem na pewnym etapie, dobrze reprezentowanym przez współczesną Albanię, już tak.

Przede wszystkim prawo zwyczajowe jest produktem pewnego specyficznego typu społeczeństwa spełniającego określone warunki. Najczęściej posiada ono kilka niezwykle istotnych cech kulturowych, takich jak: (1) brak skutecznie funkcjonującej władzy państwowej, (2) system pokrewieństwa stanowiący szczególną wartość, (3) ród jest metafizyczną grupą obejmującą zarówno żywych, jak i martwych, (4) ród posiada etyczny obowiązek uczestnictwa we wspólnocie, (5) rozpowszechniony jest animizm i oddawanie czci przodkom, (6) etos wojownika jest wysoko ceniony (7) słowo mówione jest stawiane wyżej niż pisane [Czekalski 1998, 12]. Mimo zmian, które zaszły w społeczeństwach Albanii, Afryki Zachodniej, Bliskiego Wschodu, te tereny w dalszym ciągu można opisać większością z wymienionych wyżej cech.

Znajomość treści regulującej konkretnych norm prawa zwyczajowego w społeczeństwach przeze mnie opisywanych zanika. Gdy chodzi o krwawą zemstę oraz związane z nią instytucje (w tym *besę* i *beję*), to mało kto w dzisiejszych czasach zna przyczyny leżące u jej podstaw, mało kto zna normy regulujące jej przebieg, a równocześnie gdy sytuacja zdaje się tego wymagać wiele osób reaguje zgodnie z własnym o tych normach wyobrażeniem [Voell 2003; 91]. Podczas gdy normy dotyczące *besy* w takiej formie jak spisane przez o. Gjecova na początku XX wieku nie są powszechnie znane, to wpisując w wyszukiwarki internetowych serwisów hasło *besa* odnajdujemy szereg dowodów, że jest to wciąż dla Albańczyków coś bardzo istotnego. Tytuły krótkich filmów, zmontowanych przez zwykłych Albańczyków, zamieszczonych w Internecie, mówią same za siebie: „*Besa; The Albanian Religion*”, „*Besa, The Albanian code of honor*”. Padają tam sformułowania, które pokazują, że *besa* wciąż jest dla Albańczyków także młodego pokolenia, święta, że jest wyznacznikiem albańskości.

Tak rozumiane prawo zwyczajowe nie musi z samej swej istoty być hamulcem dla modernizującego się państwa. Wartości przez nie wyrażane muszą być jednak przez to państwo brane pod uwagę. W innym przypadku zachodzi niebezpieczeństwo nieadekwatności aksjologicznej prawa

[Pałeczki 2003; 90], co niewątpliwie nie przyniosłoby korzyści w zakresie skuteczności wprowadzanych regulacji.

Habitus w takim wydaniu może być niezwykle trwały. Bourdieu [Voell 2003; 91] zauważa, że w bardziej złożonych społeczeństwach, dynamicznych, o wyraźnym zróżnicowaniu klasowym habitus łatwiej zmodyfikować poprzez różnego rodzaju mobilność społeczną i zmianę. W społeczeństwach bardziej homogenicznych, jak opisywane w niniejszym tekście, habitus jest jedynie z rzadka konfrontowany z sytuacjami, które podważałyby jego słuszność. Brak dynamiki społecznej, mobilności, różnic klasowych prowadzi raczej do reprodukcji struktur społecznych niż do ich zmiany.

**Podsumowanie.** Podsumowując chciałbym postawić tezę, o zachodzącej zmianie statusu prawa zwyczajowego w porządku społecznym. Pierwotnie było ono głównym regulatorem życia społecznego. Wraz z wprowadzaniem prawa stanowionego (co w Europie nastąpiło poprzez wieki ewolucji systemu prawnego, a np. w Afryce dzieje się na przestrzeni kilkudziesięciu lat) zauważyć dało się konflikt, funkcjonalną sprzeczność między regulacjami jednego i drugiego systemu. Taką sytuację obserwujemy w przypadku opisywanych przeze mnie praktyk przysięgi *juju* w Nigerii i jej wyrazem jest tocząca się w tym kraju debata na temat możliwości usunięcia tej sprzeczności. W takim przypadku prawo zwyczajowe jest zarazem systemem normatywnym, jak i habitusem – zarazem sposobem oceniania normatywności i normatywnością samą w sobie. W Albanii te dwie funkcje oderwały się od siebie. *Kanun* zatracił swe znaczenie jako system normatywny, a w zapomnienie poszły konkretne jego regulacje. Pozostał jednak jako habitus, schemat nabytych dyspozycji do działania w określony sposób. Dzięki temu niewątpliwie ma wpływ na percepcję i stosowanie prawa stanowionego w społeczeństwie Albańskim, ale nie zachodzi już relacja funkcjonalnej sprzeczności. Moim zdaniem w sposób ograniczony, ale można przewidywać, że podobna zmiana zaistnieje również w społeczeństwach, gdzie obecnie prawo zwyczajowe wciąż ma status systemu normatywnego.

## Bibliografia

Abudabbeh, N. (2005). Arab Families. An overview. In M. McGoldrick, J. Giordano, & N. Garcia-Preto, *Ethnicity & Family Therapy* (pp. 423-436). Nowy York: The Guilford Press.

- Agyekum, K. (2004). Ntam 'Reminiscential Oath' Taboo in Akan. *Language in Society*, 33(3), pp. 317-342.
- Bourdieu, P. (2006). Habitus i przestrzeń stylów życia. In P. Bourdieu, *Dystynkcja. Społeczna krytyka władzy sądzienia* (pp. 215-278). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR.
- Czekalski, T. (1998). *Albania w latach 1920-1924. Aparat państwowy i jego funkcjonowanie*. Katowice: Śląska Agencja Prasowa.
- Mangalakova, T. (2004). *The Kanun in Present-Day Albania, Kosovo, and Montenegro*. Retrieved 03 02, 2014, from [http://pdc.ceu.hu/archive/00003864/01/The\\_Kanun.pdf](http://pdc.ceu.hu/archive/00003864/01/The_Kanun.pdf)
- Mustafa, M., & Young, A. (2008). Feud Narratives: Contemporary Deployments of Kanun in Shala Valley, Northern Albania. *Anthropological Notebooks*, 14(4), pp. 87-107.
- Oba, A. (2008). Juju Oaths in Customary Law Arbitration and Their Legal Validity in Nigerian Courts. *Journal of African Law*, 52(1), pp. 139-158.
- Offiong, D. (1997). Conflict Resolution among the Ibibio of Nigeria. *Journal of Anthropological Research*, 53(4), pp. 423-441.
- Patecki, K. (2003). *Prawoznawstwo - zarys wykładu* (I ed.). Warszawa: Difin.
- Pely, D. (2009). Resolving Clan-Based Disputes Using the Sulha, the Traditional Dispute Resolution Process of the Middle East. *Dispute Reslution Journal*, listopad 2008 / styczeń 2009, pp. 80-88.
- Pely, D. (2011). When Honor Trumps Basic Needs: The Role of Honor in Deadly Disputes within Israel's Arab Community. *Negotiation Journal*, 27, pp. 205–225.
- Shkreli, A., & Çelik, A. B. (2010). An Analysis of Reconciliatory Mediation in Northern Albania: The Role of Customary Mediators. *Europe-Asia Studies*, 62(6), pp. 885-914.
- Trnavci, G. (2008). *The Albanian Customary Law And The Canon Of Lekë Dukagjini: A Clash Or Synergy With Modern Law*. Retrieved 04 15, 2014, from [http://works.bepress.com/genc\\_trnavci/1/](http://works.bepress.com/genc_trnavci/1/)
- Voell, S. (2003). The Kanun in the City. Albanian Customary Law as a Habitus and Its Persistence in the Suburb of Tirana, Bathore. *Anthropos*, 98(1), pp. 85-101.