

EDWARD SZYMAŃSKI

POJĘCIE PRAWA W ISLAMIE

Prawo muzułmańskie jest prawem, którym rządzą się wierni religii islamskiej. W wypracowaniu tego prawa wielką rolę odegrał sam Muḥammad (Mahomet), prorok i twórca islamu. Boskie prawo zawarte w Koranie¹ zostało objawione przez Wysłannika Allaha (Rasul Allah). Po śmierci Proroka, jego towarzysze (ṣaḥāba)², rozwinęli jego myśli, opisali jego czyny, a także rozszerzyli komentarze do boskich objawień. Kiedy to pokolenie muzumałmanów wymarło, dwie następne generacje (*tābi^cun* i *tābi^cu-t-tābi^cin*)³ ustnie przekazywały tradycje związane z Prorokiem i religią. Ustne relacje (*ḥadīṭ*)⁴ wykorzystywane były jako ważne źródło do tworze-

¹ Łacińskie Alcoranus, francuskie Le Coran, we współczesnym angielskim The Glorious Qur'an lub The Holy Qur'ān, w oryginale *Al-Qur'ān al-karīm*, czyli Święty Koran. Święta Księga muzułmanów została przetłumaczona na język polski po raz pierwszy przez Jana Murzę Buczackiego, Tatara z Podlasia, i wydrukowana w Warszawie w 1858 r. Drugiego, najnowszego przekładu dokonał profesor Józef Bielawski. Tłumaczenie to ukazało się nakładem Państwowego Instytutu Wydawniczego w Warszawie w 1986 r.

² *Ṣaḥāba* – Towarzysze Proroka. W najwcześniejszym okresie islamu termin ten dotyczył najbliższego grona wyznawców nowej wiary. Później w miarę upływu czasu krąg *ṣaḥāba* został rozszerzony nawet na tych wiernych, którzy zaledwie go widzieli i pamiętali. Do takich należał Wāṭil al-Kināni Abu-t-Ṭufajl, który umarł w siedemdziesiąt lat po śmierci Muḥammada. *Ṣaḥāba* w pracach późniejszych teologów muzułmańskich zostali zaliczeni do uprzywilejowanych osobistości, a do ich imion muzułmanie podczas modłów dodawali formułę: *raḍīja-llah-anhum* – „niech Allah będzie z nich zadowolony”.

³ Literatura na ten temat jest bardzo bogata. Między innymi: Ibn Sa'd, *Kitāb aṭ-ṭabaqāt al-kabīr* (éd. Sachau, 8 vols, Leyde, 1904-1917. Na temat osób przekazujących tradycje: t. V, s. 344, Šams ad-Dīn ad-ḍahabī, *Tadkirat al-ḥuffāz*, 4 vols, Ḥaidārābād, 1333-1334 h., t. I, 83 i nast. oraz J. Schacht, *The origins of muhammadan jurisprudence*, Oxford 1950.

⁴ *Ḥadīṭ* – powiedzenia i wypowiedzi Proroka Muḥammada, zebrane i usystematyzowane oraz dopełnione informacjami ḥabar jego najbliższych towarzyszy, stały się źródłem tradycji muzułmańskiej. Teolodzy podzielili *ḥadīṭ* na autentyczne lub doskonałe *ṣāḥīḥ*, dobre *ḥasan*, słabe *ḍa'īf*,

nia prawa w epoce panowania kalifów omajjadzkich (661-750). Sposób bycia, życia oraz rozstrzygnięcia wszystkich kwestii jednostkowych i zbiorowych przez Proroka stały się sunną⁵, która uzupełniała Koran, a także umożliwiała wyjaśnianie tego tekstu. Tak więc w bardzo wczesnym okresie islamu Koran wraz z sunną stały się w życiu codziennym drogą *szar*^c lub *szari*^ca)⁶.

W pierwszym stuleciu po śmierci Proroka trudności, z jakimi zetknęła się społeczność muzułmańska, nie były natury dogmatycznej, ale w o wiele większym stopniu praktycznej. W życiu codziennym chodziło nie tyle o rytuały i widoczne akty religijności, świadczące o przynależności do gminy, ale przede wszystkim o rozwiązywanie zasadniczych problemów życia społecznego takich jak: działalność gospodarcza, małżeństwo, określenie związków pokrewieństwa, regulacje majątkowe, prawa i obowiązki jednostki wobec społeczeństwa i społeczeństwa wobec jednostki. Reguły i zasady zawarte w wersetych Świętej Księgi nie wystarczały do rozwiązywania różnych, a zwłaszcza nietypowych sytuacji życiowych. Dlatego też sięgano do skarbnicy wszelkich tradycji związanych z życiem Proroka.

Objawienie boskie stało się najwyższym prawem, któremu została podporządkowana egzystencja ludzka, a więc w konsekwencji każdy akt człowieka musiał wyrażać albo nie wyrażać jego poddanie się rozkazom Allaha i być zgodnym lub niezgodnym z jego wolą. Temu, kto był przeciwny woli boskiej, groziła kara, ale kara w przyszłym życiu. Przez długi okres islam nie rozwijał doktryny kary. Wynikało to może i z tego, że Prorok nie miał wykrystalizowanego stosunku do wszystkich tradycji przedmuzułmańskich związanych z wymiarem sprawiedliwości. Jednakże wyłącznie nadnaturalne i eschatologiczne prawo pod wpływem społecznego nacisku musiało ewoluować i zostać uzupełnione sankcjami ziemskimi. W miarę rozwoju nauk prawnych zostało opracowane prawo karne (*ʿuqūbāt* l.poj. *ʿuqūba*)⁷.

sprzeczne *ihtilāf*, oderwane *fard* i nieprawidłowe *šadh*. Najpopularniejszym zbiorem tradycji jest dzieło Al-Buḥāriego: *Kitāb al-dzāmiʿa as-ṣaḥīḥ*.

⁵ Sunna oznacza dosłownie drogę, normę, zasadę, regułę, przepis lub sposób życia. W teologii muzułmańskiej w pierwotnym znaczeniu termin ten określał czyny proroka Muḥammada. W Koranie termin *sunnat al-awwalīn* (sury: VIII, 38; XV, 13; XVIII, 55; XXXV, 43) oznacza drogę lub przykład przodków. Tylko jeden raz użyta jest liczba mnoga *sunan* w znaczeniu „drogi tych, którzy byli przed wami”; IV, 26. Ibn Taimīya, *Minḥāj as-sunna*, al-Qāhira 1321, 4 vols.

⁶ Literatura na temat szariatu jest bardzo bogata, ale przede wszystkim w języku arabskim. Dla przykładu można tutaj wymienić: Muḥammad ibn Muffiḥ al-Maqdisi, *Kitāb al-ādāb aš-šarʿīja*, al-Qāhira 1348 – 1349, 3 vol. Abū Bakr al-Āgurrī, *Kitāb aš-šariʿa* wyd. Muḥammad Ḥamid al-Fiḳī, al-Qāhira 1369 (1950). Szariat pozostaje nadal terminem prawnoteologicznym w odróżnieniu od *qānūn*, lm. *qawānīn*, prawo. Słowo *qānūn* zostało przez Arabów zapożyczone z greckiego poprzez język wschodniosyryjski (syriacki). Prawnicy muzułmańscy rzadko używają tego terminu w swoich pracach. Dzisiaj słowo *qānūn* ma trzy znaczenia: kodeks albo zbiór przepisów prawnych, np. Osmański Kodeks Pracy, Libański Kodeks Zobowiązań i Umów itp.; prawo w znaczeniu ogólnym, np. prawo angielskie – *qānūn inglīzī*, *faransī* itp. oraz *qānūn* zasada postępowania, czyli *lex*, *law*, *Gesetz*, np. Parlament ogłosił prawo zabraniające działań monopolistycznych.

⁷ Klasyfikacja kar w prawie muzułmańskim jest następująca: kary zwane *ḥudūd*, l.poj. *ḥadd*,

W zasadzie Muḥammad zniósł prawie całkowicie przedmużmańskie prawo karne, ale nie anulował prawa talionu, czyli odwetu (*qiṣās*). Prawdopodobnie Prorok zdał sobie sprawę, że zwyczaju zemsty nie można było całkowicie wyeliminować, a jedynie go ograniczyć.

Rzeczą oczywistą w islamie było, że pierwszym i niepodważalnym Prawodawcą był Allah, który poprzez swego Proroka Muḥammada ustanowił zarówno reguły życia jak i postępowania. Wykładnia tego została przedstawiona w następujący sposób w wersetach koranicznych: „jeśli chodzi o religię, to, co już polecił Noemu, i to, co objawiliśmy tobie, i to, co poleciliśmy Abrahamowi, Mojżeszowi i Jezusowi: Przestrzegajcie należycie religii i nie rozdzielajcie się w niej! Wielkie jest dla politeistów to, do czego ty ich wzywasz. Bóg wybiera dla Siebie, kogo chce, i prowadzi drogą prostą ku sobie tego, kto się nawraca”⁸. A w innym wersecie jest powiedziane: „Potem postawiliśmy ciebie na właściwej drodze naszego przykazania (*szariʿatin min al-amri*), tak więc podążaj za nią, a nie idź za pożądaniami tych, którzy nie wiedzą”⁹. Już nawet z tych słów wynika, że islam jest przede wszystkim religią a także kulturą i cywilizacją religijną. W ramach tej cywilizacji zostały stworzone instytucje: państwo, rząd, administracja oraz system wymiaru sprawiedliwości. Cała ta organizacja społeczna, zarówno w wymiarze globalnym, jak i w sprawach szczegółowych, została otoczona i wypełniona moralnością religijną. I z takiej to perspektywy trzeba patrzeć na tę kulturę, w której linia demarkacyjna pomiędzy prawem a religią jest bardzo niewyraźna i trudna do wytyczenia.

W większości autorzy mużmańscy dzielą naukę (*ʿilm*) na dwa wielkie działy: 1. nauki powstałe w wyniku ludzkiego myślenia (*ʿulūm ʿaqlija*) i do nich należą: matematyka, fizyka, chemia, medycyna itp. oraz 2. nauki rozwinięte na bazie objawienia (*ʿulūm naqlija*), do których należą: prawo, filozofia, filologia itp.

Według najbardziej ortodoksyjnych autorów nauka (*ʿilm*) została dana człowiekowi przez Allaha. W ich rozumieniu termin ten oznacza naukę wyłącznie dotyczącą znajomości Koranu i tradycji. Dla wielkiego uczonego asz-Szāfi’iego termin *ʿilm* oznaczał wiedzę prawniczą, uzyskaną z wiarygodnych źródeł drogą wytężonej pracy umysłowej¹⁰.

czyli kary dozwolone przez prawo oraz *taʿzīr*, czyli kary dyskrecjonalne, które wspomagają inne wymierzone kary i ograniczają się do nagan, napomnień, mandatów, chłosty, a bardzo rzadko aresztu lub banicji. Kary te nie wymagają sądu, a wymierza je według własnego uznania tylko sędzia lub jakaś inna osoba uznana zwyczajowo za kompetentną.

⁸ Koran XLII, 13 oraz H. Laoust, *Contribution à une étude de la méthodologie canonique de Taḳī-d-Dīn Aḥmad b. Taimīya*. traduction annotée: 1. du maʿarīḡ al-wuṣūl ilā maʿrifat anna uṣūl ad-dīn wa furūʿahu ḡad bayyanahā ar-rasūl et 2. dʿal-ḡiyās fī-ṣ-ṣarʿal-islāmī Le Caire, Imprimerie de lʿInstitut Français dʿArchéologie Orientale MCMXXXIX, partie dotyczące szariatu.

⁹ K. XLV, 18. także D. B. MacDonald, *Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory*, New York 1903.

¹⁰ Według uczonych mużmańskich wysiłek umysłowy (*īḡtihād*) jest trzecim po Koranie i sun-

W dalszym, bardziej szczegółowym podziale nauki objawione dzielią się na dwie sekcje: 1. nauki filologiczne (*ʿulūm lisanīya*) oraz 2. nauki instrumentalne (*ʿulūm ʿalīya*). W drugiej sekcji mieszczą się nauki związane z Koranem i sunną oraz jurysprudencją (*ʿulūm asz-szariʿa*). Następnie same nauki szariatu dzielią się na nauki dotyczące źródeł (*ʿulūm ašlīya*) oraz nauki wydedukowane ze źródeł (*ʿulūm mustanbaʿa*)¹¹.

Muzułmańscy uczeni dążąc do idealnego uporządkowania w zakresie klasyfikacji nauk prawnych rozpoczęli nad tym prace od porządkowania zagadnień podstawowych, a mianowicie od źródeł. Bazą dla nauki o źródłach prawa islamskiego stał się Koran. W ramach nauki o Koranie mieści się także nauka recytacji, komentarze oraz objaśnienia Świętej Księgi, czyli *tafsīr* i wreszcie nauka o powiedzeniach i wypowiedziach Proroka Muḥammada (*ḥadīṭ*).

Nauki wydedukowane ze źródeł to właśnie teologia muzułmańska, tworząca pojęcia odnoszące się do zagadnień wiary (*iʿtiqādīya*). Zajmuje się ona dwoma dziedzinami wiedzy: rozważaniem nad problemem boskiego monoteizmu i atrybutami Allaha (*kalām*)¹² oraz fundamentalnymi zasadami (*uṣūl*)¹³ i ich zastosowaniem

nie źródłem przy tworzeniu prawa. Samo słowo wywodzi się od rdzenia ḡahd, który oznacza na-tężenie intelektu do ostatnich granic, albo maksymalne wykorzystanie zdolności. Lane w swoim arabsko-angielskim leksykonie tłumaczy *iḡtihād* jako wytężenie przez prawnika zdolności umysłowych do granic (wytrzymałości, albo do ostatnich granic) w celu sprezywania sądu w wyjątkowym lub wątpliwym przypadku. W Koranie ciągle natrafiamy na zalecenia, aby ludzie zastanawiali się i analizowali wszelkie sprawy, a więc także i zagadnienia teologiczne oraz prawnicze. „Zaprawdę, najgorszymi ze zwierząt w oczach Boga są głusi i niemi, którzy wcale nie rozumieją” (K. VIII, 22). W czasach współczesnych *iḡtihād* nabiera szczególnego znaczenia w związku z potrzebą reformowania nie tylko gospodarki, ale i samego społeczeństwa. Dlatego tak ożywiły się w ostatnich latach nie tylko stare centra myśli religijnej, ale i powstają nowe ośrodki naukowe w Pakistanie, Malezji, w Wielkiej Brytanii, Francji i Stanach Zjednoczonych.

¹¹ Na temat nauki i wiedzy prawniczej najbardziej wyczerpujące dzieła wielkiego prawnika i twórcy jednej ze szkół prawa muzułmańskiego Muḥammada ibn Idrisa: *Kitāb al-umm*, al-Qāhira 1321-1325, 1904-1908 oraz *Ḡumāal-ilm*, al-Qāhira 1359/1940.

¹² *ʿilm al-kalām* termin arabski oznaczający teologię dogmatyczną, która odwoływała się do rozumu (*ʿaql*) i do Koranu (*Kitāb Allah* – Księgi Boga), czyli do dyskusji, co można odnieść do dialektyki oraz do danych zaświadczonej na piśmie. W literaturze zachodniej pierwsze prace na ten temat pojawiły się na początku bieżącego stulecia: D. B. MacDonald, *Development of muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory*, New York 1903; prace M. Hortena, *Ein Beitrag zur Geschichte der Philosophie im Islam*, w: „Zeitschrift der Deutschen morgenländischen Gesellschaft”, 63 (1909), s. 303-324 oraz 774-792; L. Gardet, *Les grands problèmes de la théologie musulman: Dieu et la Destinée de l'homme*, éd. Vrin, Paris 1967 oraz *Des quelques questions posées par l'étude du 'ilm al-kalām*, w: „Studia Islamica” XXXII, Paris MCMLXX, s. 129-142.

¹³ *Uṣūl al-fiqh*, źródła, korzenie jurysprudencji. Według ortodoksyjnej nauki wyrastają prawa islamu z następujących korzeni: 1. Koranu, czyli Słowa Allaha; 2. Sunny, czyli czynów i słów Proroka Muḥammada; 3. Consensusu lub zgody uczonych (*idmāʿ*); 4. Analogii (*qiyās*). Początek takiej systematyzacji nauki prawa dał założyciel jednej z wielkich szkół prawa sunnickiego Muḥammad ibn Idris asz-Szāfiʿi (767-819). Pozostawił po sobie dwa fundamentalne dzieła: *Traktat (Risāla)* oraz *Kitāb al-Umm*.

w różnych gałęziach (*furūʿ*)¹⁴ nauki prawniczej (*fiqh*)¹⁵.

Studując prawo islamu musimy stwierdzić, że nie ma w języku arabskim słowa, przy pomocy którego możemy oddzielić prawo od religii. Dwa terminy *szarīʿa* i *fiqh* w połączeniu oddają znaczenie prawa i można uznać, że zawierają całokształt myśli prawniczej islamu. *Szarīʿa* lub *szarʿ* oznacza drogę i to drogę właściwą, słuszną i dobrą, którą należy podążać.

Co do terminu *al-fiqh*, to dosłownie oznacza on inteligencję albo bystrość umysłu, wnikliwość, trafność sądu. W terminologii prawniczej oznacza naukę prawodawstwa, a człowieka zajmującego się tą nauką nazywa się prawnikiem (*faqīh*). Abu Ḥanifa definiuje *fiqh* jako wiedzę, którą posiada człowiek o tym, co jest dla niego dobre, a co jest przeciwko niemu, czyli co jest dla niego złe (*ma rifat an-nafs mā lahā wā mā ʿalaihā*)¹⁶. Inny prawnik komentując tę definicję dodaje, że jest ona niepełna, jeżeli nie uwzględni się w niej tego, że człowiek powinien mieć świadomość, iż zostanie nagrodzony lub ukarany w życiu przyszłym. Stąd wniosek, że definicja taka powinna mieć zastosowanie nie tylko do ludzkich czynów, ale obejmować również zagadnienia abstrakcyjne wiary i etyki. W początkowym okresie tworzenia się prawa islamskiego nauka *fiqhu* koncentrowała się na zagadnieniach życia pozagrobowego i ochrony duszy przed zagrożeniami świata doczesnego. W tym to okresie termin *ilm* (nauka) sprowadzał się do ograniczonego znaczenia, a więc wyłącznie do pojmowania badań jako wnikliwych studiów i analizy tekstów Koranu oraz tradycji. W miarę upływu czasu pod naciskiem potrzeb życia codziennego zarówno teoretyczne, jak i praktyczne założenia *al-fiqhu* musiały ulegać zmianom i przeobrażeniom. Uczeni, teologowie i prawnicy przy tworzeniu nowych reguł i zasad prawnych musieli dość często przekraczać granice nakreślone tradycją i uznanymi źródłami, odwołując się do subiektywnych

¹⁴ Muzułamską naukę teologiczną jako całość można podzielić na dwie części: teoretyczną (*uṣūl*) i doktrynalną (*furūʿ*). W tym przypadku pierwszy termin wywodzi się od słowa *asl* (lm. *uṣūl*), co znaczy korzeń, źródło, zasada albo podstawa. Drugi termin *farʿ* (lm. *furūʿ*) znaczy gałąź (wiedzy, drzewa lub przemysłu). Część teoretyczną niektórzy uczeni nazywają także *ʿaqāid* – wierzenia (lp. *ʿaqida* – moralny obowiązek lub wyznanie) albo *maʿrifa*, czyli wiedza. Część doktrynalną określają jako *aḥkām* (lp. *ḥukm* – porządek, ład) albo *ṭāʿa*, czyli posłuszeństwo. Wyżej podany podział wynika z tego, że wiedza jest źródłem lub podstawą, a posłuszeństwo i działanie są gałęziami wyrosłymi z korzeni. Taki podział został przyjęty w oparciu o analizę Koranu, w którym istnieje podział na *imān* (wiara lub wyznanie) i *ʿamal* (czyn, działanie). Początek tego podziału rozpoczęto od pięćdziesiątej dziewiątej (*ajat* 23) sury Świętej Księgi.

¹⁵ Na temat historii prawa islamskiego patrz: 'Abd al-Qādir 'Alī Ḥasan, *Naḥḥa 'Āmma fi tarikh al-fiqh al-islami*, al-Qāhira 1942, t. I.

¹⁶ Nu'mān ibn Thābit Abu Ḥanifa zwany w literaturze Wielkim Imamem urodził się i działał w Kūfie (699-767). Kūfa w Iraku była siedzibą wielu sławnych prawników we wczesnym okresie islamu. W tym mieście działał i nauczał jeden z towarzyszy Proroka, 'Abd Allah ibn Mas'ūd. Jego uczniowie tacy jak: 'Alqama an-Nakh'i, Masrūq al-Hamdāni, Al-qādi Šurajh, Ibrāhīm an-Nakh'i, 'Āmir asz-Sza'bi i Ḥammād ibn abu Sulajmān kontynuowali studia prawnicze. W Kufie działali uczeni innych dyscyplin takich jak: filologia, historia, matematyka i astronomia i dzięki nim miasto przekształciło się szybko w ważny ośrodek kulturalny i naukowy imperium muzulmańskiego.

sądów oraz własnego rozsądku (*rā'j*). Stąd prawnicze tytuły naukowe *ʿalim* i *faqīh* zmieniły swoje pierwotne znaczenie teologiczne¹⁷.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że prawo muzułmańskie inaczej było tworzone niż prawa, które były tworzone na innych obszarach i dla innych cywilizacji. U źródeł tego prawa zaistniał program religijny i moralny, który musiał następnie uwzględnić problemy związane z powstaniem i rozwojem wielkiego państwa. W takiej sytuacji trudno było w wielu wypadkach dostosować zaistniałe sytuacje do ideałów głoszonych w objawieniach. Stąd wynikała konieczność podziału czynów na dozwolone i niedozwolone, obowiązkowe i zakazane, na zalecane, ale nie obowiązkowe, na potępiane, ale nie zakazane. Twórcy prawa znajdowali się nieustannie pod presją małych i wielkich wydarzeń dnia codziennego. Prawnicy muzułmańscy początkowo nie tyle mogli tworzyć ramy prawne, a następnie włączyć w nie życie codzienne, ile odwrotnie znajdować odpowiednie interpretacje dla zaistniałych sytuacji. Prawnicy byli sługami władców i ich zadaniem było wyszukiwanie rozwiązań dla wszystkich zaistniałych spraw i problemów. Dlatego też ich wywody oraz różne konstrukcje prawne jawią się nam najczęściej jako ciężkie i zawiłe rozprawy doktrynalne.

Prawo muzułmańskie, w odróżnieniu od świeckich praw zachodniej cywilizacji, pochodzi od Boga. Prawo zostało ustanowione decyzją Allaha, który interweniował formą przekazu (*khiṭāb*) dotyczącego działalności ludzkiej. Prawo to odnosiło się do czynów, słów i myśli osób mających zdolność prawną. W zależności od postępowania jednostki mogło być ono aprobujące, dezaprobuje lub obojętne w praktycznej realizacji tego prawa. Dlatego też uczeni tworzący prawa na użytek społeczny musieli odwoływać się przede wszystkim do fundamentalnych źródeł, które w miarę upływu czasu okazywały się często przestarzałe i niedopasowane do potrzeb epoki oraz realiów życia codziennego.

Na temat tworzenia prawa w pierwszych wiekach tworzenia się imperium muzułmańskiego ciągle trudno dać jednoznaczną odpowiedź. Średniowieczni autorzy arabscy przyznają, że muzułmanie podbijając nowe terytoria nie byli przygotowani do zarządzania nimi¹⁸. Pierwszy kalif omajjadzki Muʿāwija powierzył całą administrację państwową Grekowi, byłemu urzędnikowi bizantyjskiemu w Damaszku¹⁹. Po podboju Persji, specjaliści sasanidzcy przeszli na służbę na dwo-

¹⁷ J. N. D. Anderson, *Law as a Social Force in Islamic Culture and History*, in: *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, vol. XX (1957), s. 13-40.

¹⁸ Najbardziej radykalną krytykę przeprowadził 'Abd ar-Rahmān Abū zajd ibn Muḥammad ibn Khaldūn, *An Introduction to History. The Muqaddimah*. Translated from Arabic by Franz Rosenthal. Abridged and edited by N. J. Dawood, London 1967, Chapter 2: Bedouin civilization, savage nations and tribes and their conditions of life, including several basic and explanatory statements, s. 91-123.

¹⁹ E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, Leiden, E. Brill 1960, t. I, chapitre: Le problème des origines, s. 18-99.

rze kalifów, ucząc zaborców administrowania i zarządzania nowymi prowincjami. W tej sytuacji podbita ludność jeszcze przez długi czas rządziła się własnymi prawami²⁰. Jednakże teolodzy muzułmańscy tworzyli własne, oryginalne prawo. Przedmiotem tego prawa (*maḥkūm bihi*) było działanie ludzkie, a więc czynności prawne, prawa i zobowiązania, które z nich wynikały. Prawnicy bardzo systematycznie i z wielką troską przygotowywali akty prawne dbając o to, by odpowiadały one wszelkim wymogom zarówno moralnym, etycznym, jak i skuteczności w codziennym życiu.

Twórcy prawa muzułmańskiego pozostawiali najczęściej analizę jego treści swoim uczniom, którzy odpowiednio cały materiał klasyfikowali. Akty prawne klasyfikowano w następujące zespoły aktów: naturalne (*hiṣṣi*), fizyczne (*fi'l l-dzawāriḥ*) i mentalne (*fi'l al-qalb*). Taki podział odzwierciedlał nie tylko *negotium juris*, ale także akty ludzkie stwarzające konsekwencje prawne.

Poza powyżej podaną klasyfikacją istnieje inny podział, a mianowicie: 1. dobrowolne i mimowolne, które są następstwem stanu ducha ich autora przed lub w momencie ich spełniania. Skutek dobrowolności odnośnie charakteru legalności aktu prawnego może być traktowany w zależności od sytuacji, które modyfikują zdolności człowieka. Akt dobrowolny uznany jako wynik woli (*taṣarruf*) i zdolności wykorzystywane zgodnie z prawem, zwane *taṣarrufāt asz-szar^c*, są aktami legalnymi; 2. akty twórcze (*insā' āt*), informacyjne (*ikhbārāt*) oraz dogmatyczne (*i^ctiqādāt*) tworzą następną grupę przepisów normatywnych. Dwa pierwsze są natury fizycznej, a ich celem jest tworzenie stosunków prawnych w zakresie działalności gospodarczej lub społecznej (między innymi sprzedaż, kupno, dzierżawa itp.)²¹. Odnośnie aktu informacyjnego dodać należy, iż czyni on znanym jakieś wydarzenie²²; 3. trzecia grupa to akty sprawcze (*ithbātāt*) oraz uwalniające (*isqātāt*), do których należy rozwód. Akty sprawcze mogą być postanowieniami odwoływalnymi (*mā janfasikh*), albo też nieodwoływalnymi (*mā lā janfasikh*), czyli w końcowym efekcie koniecznymi (*lāzim*)²³. Te same akty mogą być nazywane *uqūdāt* albo *fusūkhāt*. W pierwszym wypadku są one powiązane z kontraktami międzypań-

²⁰ Claud Cahen, *L'islam des origines au début de l'Empire Ottoman*, Paris, Bordas, 1970; N. Elisséef, *L'orient musulman au Moyen-Age*, Paris, Armand Colin, 1977; L. Winowski, *Organizacja i prawo Omajjadów*, w: *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 63, Prawo XVIII, Wrocław 1967, s. 31-33.

²¹ L. Milliot, *La conception musulmane de l'État et de l'ordre légal dans l'Islam*, w: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1949, t. II, (79); 'Abdu R-Rahim, *I Principi della Giurisprudenza musulmana*, Roma 1922; Chehata Chafik, *Essai d'une théorie generale de l'obligation en droit musulman*, Le Caire, 1936.

²² Akt informacyjny dotyczy jakiegoś wydarzenia, takiego jak na przykład złożenie zeznania w urzędzie podatkowym (*szahāda*), przyznanie się do winy (*igrār*), które jest traktowane jako świadectwo przeciwko sobie samemu.

²³ W filozoficzno-teologicznej terminologii *lāzim* (konieczny) wyrażane jest poprzez termin *wājib* i jest on w opozycji słowa *mumkin* (możliwy). Tak na przykład modlitwa może być obowiązkowa, ale nie konieczna w pewnych określonych sytuacjach.

stwowymi, konwencjami itp. W drugim wypadku, kiedy rozwiązują jakąś sytuację prawną *fusūkhāt*, a chodzi tu o błędy i uchybienia natury prawnej, czego przykładem mogą być różnego rodzaju spory handlowe oraz rozbieżności pojmowania zawartych umów.

Przepisy i reguły prawne tworzą mudźtahidowie, czyli prawnicy-teologowie. Zadaniem ich jest studiowanie i analizowanie źródeł, które dostarczają wiedzy potrzebnej w rozwiązywaniu zagadnień prawnych. Obowiązkiem ich jest przy wykonywaniu swojej pracy wkładanie w nią wysiłku umysłowego, aż do granic wytrzymałości (*idźtihād*) w celu wszechstronnego i dogłębnego zrozumienia szariatu (Koranu i sunny). Na bazie wszechstronnej wiedzy i własnych przemyśleń mudźtahid winien skonstruować właściwy do zastosowania w danym wypadku przepis (*istinbāt*). Mudźtahidem jest więc ten, kto nie tracąc z pola widzenia świętego prawa, wie w jaki sposób i jaką nową drogą (*madhhab*) podążać w razie potrzeby²⁴.

W miarę doskonalenia systemu prawnego w imperium muzułmańskim zaczęła maleć prawodawcza rola kalifa. Początkowo jedyne ograniczenie w sprawowaniu władzy przez kalifa wynikało z nałożonego nań obowiązku stosowania się przez niego samego do prawa oraz zasięgania rady najwybitniejszych uczonych w większości spraw poważnych. Kalif, który przekazywał prawa boskie, musiał przestrzegać wynikających z nich praw ludzkich. Reguły wypracowywane na bazie źródeł musiały także uwzględniać prawa zwyczajowe lokalnej ludności. Święty Koran był pierwszy źródłem islamskiej jurysprudenji. Uczeni wszystkich kierunków i szkół byli w tym wypadku całkowicie zgodni. Problem zaczynał się dopiero w interpretowaniu tego źródła. Największe trudności występowały w sytuacjach nowych lub kiedy trzeba było uchylić jakiś przepis i zastąpić go nowym. W wypadkach, kiedy pojawiały się rozmaite komplikacje i danej sprawy nie można było rozwiązać przy pomocy żadnego do tej pory istniejącego tekstu, wtedy prawnik (mudźtahid) wspomagany swoją głęboką wiedzą i wysiłkiem swego umysłu musiał znajdować pozytywne odpowiedzi na postawione mu pytania. Taki zdolny znawca prawa wybijał się i zyskiwał sobie sławę w społeczeństwie. Początkowo ludzie nazywali go człowiekiem sprawiedliwym (*‘adl*), a dopiero później mudźtahidem²⁵.

²⁴ W naukach teologicznych słowa *din*, *milla* i *madhhab* znaczą tyle co religia. Pierwotne znaczenie *din* wywodzi się od posłuszeństwa i nagrody i odnosi się do osoby, która wyznaje daną religię, a także do Boga, który ją objawia. *Milla* znaczy rozkazywać, narzucać, nadawać i odnosi się do proroka, poprzez którego religia zostaje objawiona. Trzeci termin dla religii, *madhhab*, wywodzi się od *dhahaba* – „on przyszedł” i znaczy: droga, którą ktoś podąża zgodnie z zasadami i regułami danej religii albo opinia dotycząca religii. *Madhhab* odnosi się do prawnika (*mudźtahida*), który objaśnia i tłumaczy religię islamu. *Madhhab* jest słowem, które nie występuje w Koranie. W językach urdu i perskim ma ono szersze znaczenie – religii – a nie jak w arabskim określonego kierunku prawa muzułmańskiego.

²⁵ *‘Adl* (lm. *‘udūl*) jako rzeczownik znaczy sprawiedliwość, a jako przymiotnik (*‘adil*) prostolinijski, zrównoważony, właściwy. W tych dwóch znaczeniach jest terminem powszechnie używa-

Jak to już zostało powiedziane wyżej, Koran jest pierwszym źródłem islamskiej jurysprudencji. W tym wypadku wszyscy immamowie muzułmańskich szkół zarówno sunniccy jak i szyiicy zawsze byli zgodni i jednomyślni. Różnili się oni jedynie w pojmowaniu i interpretowaniu tego źródła.

Hadithy, czyli wypowiedzi Proroka są drugim, najważniejszym po Koranie źródłem tworzenia prawa. Źródło to jest uznane za uzupełniające i wyjaśniające Koran. Kontrowersje pomiędzy szkołami pojawiły się na temat dróg i sposobów stosowania hadithów przy tworzeniu prawa. Poważnym problemem stała się sprawa uznawania ich prawdziwości i autentyczności²⁶.

Poza tymi dwoma źródłami pojawiły się w okresie późniejszym dwa inne: consensus (*idzmāʿ*) opinii prawników oraz analogia (*qiyās*)²⁷. Zostały one przyjęte przez większość prawników, a jedynie mniejszość odrzuciła całkowicie lub częściowo te dwa źródła. W okresie największego rozkwitu prawodawstwa muzułmańskiego w centrach kulturalnych kalifatu pojawiło się bardzo wiele szkół i kierunków filozoficznych, teologicznych i prawniczych. W takich miastach, jak Bagdad, Basra, Kufa i Medyna działali uczeni, którzy nadawali ton i dynamikę rozwojowi intelektualnego dla całego świata muzułmańskiego. Już w końcu VIII w. istniały w islamie liczne kierunki i szkoły prawa. Każda grupa miała swoje koncepcje tworzenia i stanowienia prawa. Jedne kierunki po kilkudziesięciu latach istnienia zniknęły, a inne umacniały się i zyskiwały sobie nowych adeptów oraz możnych patronów. Wszystkie, które zapewniły sobie pozycję wiodącą i znalazły wybitnych przywódców-uczonych, przeszły do działania i wypracowały programy teoretyczne i to, co się nazywa w języku współczesnym programami politycznymi. To właśnie na bazie takich szkół prawnych ukształtowały się stronnictwa i partie polityczne w ramach religijnego imperium muzułmańskiego.

W IX w. nastąpił niebywały rozkwit intelektualny w całym świecie muzułmańskim. Po epoce przyswajania dorobku innych kultur i cywilizacji nastąpił

nym w teologii, filozofii i naukach prawnych. W doktrynie mutazylickiej (*mu'tazila*) występuje jako *'adl Allah* (sprawiedliwość Boga) i stanowi jeden z pięciu fundamentalnych dogmatów tego systemu. W Koranie występuje jako *'adl* (K. IV, 58) i *qisṭ* – sędzić sprawiedliwie (K. V, 42).

²⁶ W IX w. (III wiek ery muzułmańskiej) zostały zebrane wszystkie tradycje (*hadith*) przez sześciu autorów. Największym i najbardziej uznanym zbiorem została uznana księga Muḥammada ibn Ismā'ila al-Bukhāriego (810-870). W ciągu szesnastu lat pracy al-Bukhāri zebrał ponad 600 tys. tradycji, z których w swoim zbiorze sklasyfikował ponad 7 tysięcy. Księga ta nazwana *Aṣ-Ṣaḥīḥ* (prawdziwa) nabrała w późniejszych wiekach sakralnego charakteru. Prawie identyczną księgą stał się zbiór tradycji (*Aṣ-Ṣaḥīḥ*) Muslima ibn al-Hadżdżādza (zm. 875) z Najsabaru. Po tych dwóch księgach „prawdziwych” ukazały się cztery następujące zbiory: 1. Sunan Abu Dāwūda z Basry (zm. 888 r.); 2. Sunan al-Ġāmi' at-Tirmidiego (zm. około roku 892); 3. Sunan Ibn Mağā' z Qazwinu (zm. 886 r.) oraz 4. Sunan An-Nasā'i (zm. 915 r.).

²⁷ *Qiyās* – dosłowne znaczenie: osądzać poprzez porównanie z czymś, oceniać i porównywać z czymś, a termin prawniczy znaczy: rozumowanie oparte na analogii. Stąd ta sama reguła, czy też przepis, dotycząca tego samego zagadnienia, a stworzona przez różnych ludzi może się bardzo różnić (chodzi o subiektywne pojmowanie danego problemu).

okres stabilizacji i wzmożonej, własnej aktywności twórczej. W takich dziedzinach wiedzy jak: teologia, filozofia, filologia i prawo zaczęto wprowadzać swoje własne, oryginalne metody badań oraz swój własny sposób myślenia. W tym czasie stało się już oczywiste, że ustawy, przepisy i wszelkiego rodzaju regulacje, które do tej pory zostały stworzone, nie uwzględniają przemian społecznych, gospodarczych i politycznych, a także nie są wystarczające dla wielu spraw cywilnych, karnych, finansowych i handlowych. Stąd wynikała konieczność wprowadzenia nowych rozwiązań i nowej filozofii prawa²⁸.

W tym czasie pojawiły się krytyczne nastroje odnośnie samych źródeł do tworzenia prawa. Okazało się, że przy dokładniejszym przyjrzeniu się tym źródłom trzeba było zliberalizować pewne dotąd dogmatyczne poglądy na ten temat. W nauce o źródłach zaistniała potrzeba wprowadzenia *an-naskh*, czyli zastępowania i wypierania pewnych norm szariatu przez jego późniejsze przepisy w celu liberalizacji prawa i umożliwienie postępu w legislacji z zamiarem przystosowania istniejących przepisów do zmieniających się czasów i warunków.

W praktyce prawniczej proces ten dokonywał się w różny sposób. Z jednej strony likwidowano stare normy koraniczne poprzez wprowadzanie nowych, często zmodyfikowanych norm koranicznych. Znoszono stare normy oparte na sunnie i wprowadzano nowe przepisy oparte na tym samym źródle. Próbowano nawet wycofywania różnych przepisów opartych na Koranie i zastępowania ich nowymi prawami opartymi na sunnie. To wtedy okazało się, że zasada *naskh* jest bardzo kontrowersyjna i że z sześciu tysięcy wersetów Koranu jedynie około dwustu mogło być wykorzystanych do celów ściśle prawniczych. W tej sytuacji stało się rzeczą oczywistą, że trzeba było wesprzeć prawo nowymi zasadami opartymi na dedukcji poprzez analogię oraz zgody na nowe prawa opinii publicznej. Znoszenie norm koranicznych przy pomocy wprowadzania nowych przepisów koranicznych zostało zaakceptowane przez przeważającą większość uczonych. Nadmienić tutaj można, że większość wypadków zniesienia dotyczyło szczegółowych przepisów, opartych na wersetach Koranu objawionych w Medynie²⁹, natomiast stosunkowo mało uległo likwidacji ogólnych zasad zawartych w wersetach objawionych w Mekce. As-Sujūti w swoim dziele *al-Itqān* przytacza dwadzieścia przykładów takich zniesień³⁰.

Znoszenie starych praw opartych na sunnie zdarzało się dość często w końcu IX w. i nie budziło to większych emocji wśród uczonych. Natomiast zniesienia

²⁸ *Prolegomènes historiques d'Ibn Khaldoun*, Paris 1863-1868, sixième section: Des sciences et de leurs diverses espèces, 422-491, traduction M. G. de Slane.

²⁹ Koran składa się ze 114 sur, czyli rozdziałów, w tym 90 objawionych w Mekce i 24 w Medynie. Koran był, jest i będzie przedmiotem wszelkich możliwych analiz i studiów. Dokładnie zostały policzone w tej Księdze słowa (77 934), wersety, czyli *ājāty* (6236) i nawet litery (323 621).

³⁰ Sujūti, *Al-Itqān fi 'ulūm al-Qur'an*, al-Qāhira 1318 h., 2 tomy.

przepisów koranicznych przy pomocy sunny budziły zawsze sprzeciw. Wszyscy uczeni muzułmańscy byli zdania, że sunna powinna być przestrzegana we wszystkich wypadkach, gdy jest ona zgodna z tekstem Koranu, albo wtedy gdy danego przypadku nie da się rozstrzygnąć przy pomocy Świętej Księgi. W takich wypadkach sunna była uważana za źródło objaśniające znaczenie tekstu koranicznego lub precyzujące szczegółowo ogólne zasady. Jednakże prawnicy nie akceptowali wskazań wynikających z tekstu sunny, który był sprzeczny z tekstem Koranu.

Imam Mālik³¹, uczniowie Abu Ḥanify i część szkoły zāhiryckiej³² stali na stanowisku, że sunna może zastępować Koran, ponieważ oba te źródła są objawieniami boskimi. Konieczne zniesienie danego prawa, jeśli wynikało z konieczności przystosowania do aktualnych warunków życia i można to było usankcjonować zarówno potrzebą, jak i rozsądkiem, w zasadzie nie budziło większego wśród prawników. Ale zdarzały się i sytuacje, które wywoływały poważne spory. Przykładem takich kontrowersji może być sprawa sporządzania testamentów. Otóż w Koranie jest powiedziane: „Zostało wam przepisane, że któregoś z was nawiedzić ma śmierć, a zostawia on jakiś majątek, powinien sporządzić testament dla rodziców i bliskich krewnych, według uznanego zwyczaju. To obowiązek bogobojnych! A ktokolwiek go zmieni, po tym jak on to usłyszał (...) to grzech będzie ciążył na tych, którzy go zmieniają”³³.

³¹ Imam Mālik ibn Anas al-Aṣbaḥī (al-'Arabi urodził się około 95 r. hidżry (713) w Medynie i zmarł w 179 r.h. (795) w swoim rodzinnym mieście. Biografowie różnią się co do daty urodzenia. Jedni podają, że urodził się on w 93, a inni, że w 97 r. hidżry. Całe swoje życie spędził w Medynie, a jego najdłuższa podróż poza miasto, to odbyta pielgrzymka do Mekki. Napisał monumentalne dzieło pt. *al-Muwatta'* (Wyrównana ścieżka), w którym zawartych zostało tysiąc siedemset tradycji prawnych. Praca ta stała się kanonem kierunku prawnego i szkoły zwanej malikicką, która rozprzestrzeniła się z Medyny na Afrykę Północną i Hiszpanię muzułmańską. Wyparła ona z tych krajów dwa pomniejsze systemy; imama al-Awzā'i oraz az-Zāhirięgo. Współcześni prawnicy obrządku malikickiego posługują się dziełem Mālika ibn Anasa al-Mudawwana al-Kubra wydanym w Kairze w 1323 r.h. (dzieło to skompilował Asad ibn al-Furāt, a wydał później Saḥnūn).

³² Założycielem szkoły zāhiryckiej był Dā'ūd ibn 'Alī al-Isfahāni w literaturze bardziej znany jako Abu Sulajmān az-Zāhiri ur. w 200 r.h. (815) w Kufie, a zmarły w 270 r.h. (883) w Bagdadzie. Początkowo az-Zāhiri był zwolennikiem szkoły szāfi'ickiej, a później stworzył oryginalną własną. Jego szkoła została nazwana zāhirycką dlatego, że trzymała się dosłownego (*zāhir*) znaczenia Koranu i *ḥadihtów*. (Słowo *zāhiri* znaczy otwarty, jawny, nie ukrywany, widoczny, oczywisty). Tak samo byli przeciwni stosowaniu w prawie analogii (*qiyās*). Mottem tej szkoły były słowa Koranu: „...A jeśli się sprzeczacie o coś między sobą, to przedstawcie to Bogu i Posłańcowi...” (K. IV, 59). Taka zasada miała stanowić rozwiązanie wszystkich zaistniałych rozbieżności i problemów. W Hiszpanii szkoła zāhirycka rozwijała się bardzo dynamicznie do połowy XI w. W okresie największego jej rozkwitu najwybitniejszym przedstawicielem tego kierunku był słynny filozof, prawnik i teolog Ibn Ḥazm z Kordoby (994-1064). Inteligentny, wykształcony i wysmienity mówca wstąpił się podczas polemik prowadzonych ze swymi oponentami niewybrednymi wypowiedziami, nazywając na przykład wielkiego imama Abu Ḥanifę kłamcą i głupcem. Wypowiadał się też niekiedy na ówczesne czasy w sposób szokujący. Głosił bowiem takie poglądy, które nie pasowały do ówczesnych zwyczajów i opinii. Na przykład po rozwodzie biedny mąż powinien otrzymywać alimenty od bogatej żony.

³³ K.II, 180-181. Prawo spadkowe we współczesnym systemie prawa islamskiego jest bardzo szczegółowo opracowane (patrz: *warātha* albo *wirātha* – spadek, dziedzictwo).

Pomimo tego jasno wyrażonego żądania dokonania zapisu testamentowego, Mālik ibn Anas i Abu Ḥanīfa byli zdania, że werset ten został zniesiony powiedzeniem Proroka, iż „żaden testament (nie powinien być sporządzany) dla jakiegokolwiek spadkobiercy”³⁴.

Dwaj inni imamowi nie zgadzali się z tym poglądem. Muḥammad ibn Idrīs aš-Šāfi'i oraz jego uczeń Aḥmad ibn Ḥanbal odrzucali kategorycznie możliwość zastąpienia Koranu przez sunnę, uzasadniając swoje stanowisko następująco:

1. Koran jest cudowną, boską księgą mądrości, a sunna może być tylko dla niej uzupełnieniem, ponieważ nie jest cudownym słowem bożym.

2. W Koranie jest powiedziane: „A kiedy są mi recytowane nasze znaki jako jasne dowody, to ci, którzy się nie spodziewają spotkania z nami, mówią: Przynieś nam Koran inny niż ten!” Albo: „zmień go!” Powiedz: „Nie do mnie należy, bym go zmieniał z własnej woli. Ja tylko postępuję za tym, co mi zostało objawione. Zaprawdę, obawiam się – jeśli się zbuntuję przeciwko memu Panu – kary Dnia Wielkiego!”³⁵. Tak więc słowa powyższe są nakazem skierowanym do Proroka zabraniającym wszelkich zmian postanowień Koranu według własnej woli.

3. Koran głosi: „Kiedy znosimy jakies objawienie lub skazujemy je na zapomnienie, [wtedy] zastępujemy je lepszym lub podobnym. Czyż nie wiesz o tym, że Allah ma władzę nad wszelkimi rzeczami?!”³⁶. Te słowa potwierdzają więc, że jeden werset koraniczny może być tylko zastąpiony innym wersem koranicznym.

4. Na poparcie powyższego stanowiska przytoczona została wypowiedź Proroka: „Moje słowa nie mogą zastąpić słów Boga, a słowa Boga mogą zastąpić moje słowa lub słowa kogoś innego”³⁷.

5. Asz-szāfi'i twierdził, że „Bóg wie najlepiej, co chce anulować, a co potwierdzić. Ma on przecież u siebie Umm al-Kitāb (Matkę Księgi), czyli oryginał Koranu. Allah wymazuje lub potwierdza to, co mu odpowiada (co mu się podoba)”³⁸. Stąd stanowisko wyżej wymienionych prawników, które można oddać w przybliżeniu łacińskim zwrotem *cujus est condere, ejus est abrogare*.

System szafi'icki został stworzony przed prawie tysiąc dwustu laty. Zasady tego systemu zostały wyłożone w jednym z fundamentalnych dzieł islamskiej jurysprudencji: *Ar-Risāla fi 'ilm al-uṣūl*. Praca ta zostanie omówiona w następnym artykule.

³⁴ N. J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh 1964, s. 58.

³⁵ K.X, 15.

³⁶ K. II, 106.

³⁷ Badr ad-din al-'Ajni, *'Umdat al-Qāri - Šarḥ Ṣaḥiḥ al-Bukhāri*, al-Qāhira 1348, t. XIV, 37.

³⁸ K. XIII, 39.