CZASOPISMO PRAWNO-HISTORYCZNE
Tom LXV — 2013 — Zeszyt 1

I. ROZPRAWY

BOŻENA PROCHWICZ-STUDNICKA (Kraków)

Usul al-fiqh. Czym są klasyczne sunnickie „korzenie/podstawy wiedzy o prawie"?*

I. Wprowadzenie. Problematyka prawa muzułmańskiego (*szari'a*[1]) nie jest tematem wiodącym w polskich badaniach arabistycznych, jak również prawniczych. Ogólne opracowania[2] oraz prace poruszające wybrane aspekty prawne tego kręgu kulturowego[3] nie wypełniają luki poznawczej, jaka towarzyszy obu tym dyscyplinom na gruncie polskim. Brak zainteresowania dotyczy zwłaszcza *usul al-fiqh* (dosł. 'korzenie/podstawy wiedzy o prawie'), o których niewielka część wymienionych tu prac jedynie wzmiankuje.

Niniejszy artykuł jest wprowadzeniem w podstawy klasycznej sunnickiej tradycji *usul al-fiqh*, jednej z dwóch dyscyplin prawnych, która w obcojęzycznej literaturze przedmiotu umownie określana jest terminem teoria prawa[4].

* W tym miejscu chciałam serdecznie podziękować dr. Dariuszowi Michcie za cenne uwagi prawnicze, z których korzystałam podczas pisania niniejszego tekstu.

[1] W artykule zastosowano uproszczoną transkrypcję polską w oparciu o zasady zamieszczone w pracy: J. Danecki, *Gramatyka języka arabskiego*, Warszawa 2001, t. I, s. 150-152. Wyjątek stanowi arabskie ق, które jest oddawane przez 'q', a nie jak proponuje transkrypcja uproszczona przez 'k'.

[2] Np. J. Bielawski, *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973; J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, Warszawa 1997, t. I, s. 157-264; M.M. Dziekan, *Prawo muzułmańskie wczoraj i dziś*, [w:] *Oblicza współczesnego islamu*, red. E. Machut-Mendecka, Warszawa 2003, s. 43-61.

[3] Np. J. Bury, J. Kasprzak, *Prawo karne islamu*, Warszawa 2007; I.C. Kamiński, *Słuszność i prawo. Esej prawno-porównawczy,* rozdział 3: „Słuszność jako sakralne ustanowienie. Przypadek prawa islamskiego", Zakamycze 2003, 130-177; S.W. Witkowski, *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego. Wybrane instytucje*, Warszawa 2009; M. Zyzik, *Małżeństwo w prawie muzułmańskim*, Warszawa 2003; K. Pachniak, *Muzułmańskie hadisy jako przykład konstruowania prawa islamu*, [w:] *Poprawność polityczna – równość czy wolność?*, red. R. Stefański, Toruń 2007, s. 217-225; M. Sadowski, *Powstanie i rozwój islamskiej doktryny prawa (VII-IX w.)*, „Przegląd Prawa i Administracji", t. LV (2003), s. 3-31; M. Sadowski, *Elementy prawa cywilnego, ze szczególnym uwzględnieniem prawa własności, w świetle prawa islamskiego*, [w:] *Problemy własności w ujęciu historyczno-prawnym*, red. E. Kozerska, P. Sadowski, A. Szymański, Opole 2008, s. 47-56.

[4] Znaczenie terminu „teoria prawa" nie wyczerpuje zakresu znaczeniowego *usul al-fiqh* (zob. poniżej). Mimo to celem przejrzystości tekstu te dwa terminy w dalszej części artykułu będą używane wymiennie.

Refleksja obejmie kilka problemów, które wyłożone w sposób systematyczny pozwolą odpowiedzieć na następujące pytania:

1. dlaczego i kiedy doszło do ukształtowania się dyscypliny *usul al-fiqh*,
2. w jaki sposób porządkowała ona rzeczywistość człowieka,
3. jakie znaczenie przypisywano jej w dyskursie prawnym (zwłaszcza w kontekście *furu al-fiqh* – dyscypliny traktującej o normach prawa i ich zastosowaniu w praktyce), a jakie funkcje mogła pełnić w rzeczywistości,
4. jakim metodom rozumowania prawniczego oraz źródłom i zasadom przypisano status „korzeni/podstaw wiedzy o prawie",
5. jakie cechy *usul al-fiqh* mają charakter niezmienny i mogą stanowić wyznaczniki klasycznej sunnickiej teorii prawa (ponad wielością indywidualnych nurtów budujących wielopokoleniową tradycję),
6. jaka jest struktura klasycznych dzieł z zakresu *usul al-fiqh* i jakie są jej uwarunkowania.

Artykuł zamknie ocena współczesnej kondycji dyscypliny. Niniejsze wprowadzenie do *usul al-fiqh* ukazane zostanie na tle całościowej koncepcji prawa muzułmańskiego.

II. Prawo muzułmańskie.

> Prawo muzułmańskie jest najlepszym przykładem myśli muzułmańskiej, najbardziej typowym przejawem muzułmańskiej drogi życia, samą istotą islamu. […] Całe życie muzułmanów, arabska literatura, arabskie i muzułmańskie dziedziny wiedzy są głęboko przepojone myślą prawniczą; niemożliwe jest zrozumienie islamu bez zrozumienia prawa[5].

Tymi słowami Joseph Schacht (zm. 1969) rozpoczął swoje rozważania o prawie muzułmańskim, wskazując na jego znaczenie dla kultury i cywilizacji islamu. I rzeczywiście, koncepcja prawa muzułmańskiego wykracza daleko poza znaczenia, które zwykliśmy nadawać prawu wyrosłemu w zachodnim kręgu kulturowo-cywilizacyjnym. Źródeł tej wzajemnej nieprzystawalności należy szukać przede wszystkim w wypracowanej przez islam koncepcji rzeczywistości, dla której fundamentalnym założeniem jest absolutna jedyność Boga (*tauhid*). Bóg, który jest całkowicie transcendentny, niedostępny ludzkiemu doświadczeniu, jest jednocześnie jedyną przyczyną, bez której nic nie może samodzielnie istnieć. Z tego też względu dychotomiczny podział na sferę *sacrum* i *profanum*, właściwy światu zachodniemu, nie jest znany, ponieważ świat jest w całości przejawem wszechogarniającego boskiego bytu. Konsekwencją takiej koncepcji *tauhidu* jest konieczność bezwzględnego posłuszeństwa człowieka wobec Boga, na co wskazuje etymologiczne znaczenie

[5] J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964, s. 1 (tłumaczenia wszystkich cytatów bezpośrednich zamieszczonych w artykule pochodzą od autorki).

słowa „islam”[6]. Bóg przekazuje człowiekowi dokładne zasady postępowania poprzez swoje prawo. Podobnie jak jedyność Boga ma ono charakter wszechogarniający. Obejmuje każdy aspekt życia i zachowania człowieka, reguluje relacje pomiędzy ludźmi, pomiędzy człowiekiem a pozostałym stworzeniem, kieruje stosunkiem człowieka wobec samego siebie oraz określa postawę i zachowanie człowieka w stosunku do Boga. Boskie pochodzenie prawa oznacza jego wieczność i niezmienność – człowiek ma jedynie możliwość jego interpretowania. Ponadto, jako prawo Boga, *szari'a* jest częścią wiary muzułmańskiej. Jakiekolwiek wykroczenie przeciw prawu postrzegane jest jednocześnie w wymiarze etyczno-moralnym jako grzech (mówienie o *szari'a* jako o prawie i o moralności jest obce tradycyjnej myśli muzułmańskiej; w *szari'a* prawo i moralność są zespolone i substancjalnie tożsame[7]). Podporządkowanie się prawu jest wyrazem wiary, a wypełnianie przepisów prawa gwarantuje nagrodę w życiu przyszłym. Obowiązek przestrzegania prawa dotyczy każdego muzułmanina[8].

III. Podstawowe pojęcia: *szari'a* i *fiqh.* Podstawowymi określeniami prawa muzułmańskiego są *szari'a* i *fiqh*. Spółgłoskowy rdzeń *sz-r-ʿ* (ش-ر-ع) wnosi między innymi pojęcie ‘dochodzenia do wodopoju’, ‘wchodzenia do wody (by się napić)’, a także ‘czynienia czegoś wyraźnym, jasnym’, ‘ustanawiania, wyznaczania czegoś’. *Szari'a* to ‘droga do wodopoju’, ‘jasna, prosta droga’. Stąd także rozumienie *szari'a* jako ‘prawa Boga’, ‘prawa objawionego przez Boga’ w sensie drogi, po której kroczenie daje możliwość osiągnięcia życia wiecznego[9]. Zakres znaczeniowy *szari'a* zasadniczo obejmuje ustalone przez Boga normy regulujące wszelkie działania człowieka (należy pamiętać, że zrównywanie *szari'a* z prawem w naszym rozumieniu jest dużym uproszczeniem, prawo takie jest jedynie jednym z elementów *szari'a*).

Fiqh natomiast, słowo pierwotnie oznaczające ‘wiedzę’, ‘rozumienie’, a także ‘inteligencję’ i używane w odniesieniu do różnych dziedzin wiedzy, sta-

---

[6] ‘Całkowite podporządkowanie się Bogu’, ‘zawierzenie i poddanie się Bogu’, ‘okazywanie pokory i posłuszeństwa Bogu oraz podporządkowanie się przepisom Jego prawa’, E.W. Lane, *Arabic-English Lexicon* (dalej: *AEL*), CD-ROM ed., Vadus, Liechtenstein 2003, s.v. *aslama*; M. Arkoun, *Islam*, [w:] *Encyclopaedia of the Qur'ān*, general editor J.D. McAuliffe, vol. II, Leiden–Boston 2002, s. 565.

[7] B.G. Weiss, *The Search for God's Law: Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf Al-Dīn Al-Āmidī*, Salt Lake City 1992, s. 7.

[8] Zdolność do nabywania praw i obowiązków każdy człowiek zyskuje w momencie narodzin i posiada ją do śmierci. Natomiast podstawą do zaistnienia zdolności do czynności prawnej czyli do korzystania z owych praw i do spełniania obowiązków jest *aql* i *ruszd*. *Aql* zasadniczo wskazuje pełnię władz umysłowych, *ruszd* na odpowiedzialność w działaniu, rozsądek, rozwagę. Zdolność do czynności prawnych i związana z nią odpowiedzialność prawna i moralna mogą być zatem ograniczone.

[9] *AEL*, s.v. *szara'a*; *The Encyclopaedia of Islam* (dalej *EI*^{2}), WebCD edition, Leiden 2003, s.v. *sharī'a* (N. Calder, M.B. Hooker).

ło się technicznym terminem wskazującym na naukę prawa, dyscyplinę, poprzez którą opisywano i badano *szari'a*[10]. Zawarte w Koranie i sunnie prawo było wyjaśniane i opracowywane poprzez interpretacyjną działalność fakihów (*faqih* l.mn. *fuqaha*). *Fiqh* wskazuje więc na aktywność człowieka, który w oparciu o objawienie zawarte w Koranie i sunnie oraz określone metody wyprowadzał normy budujące boskie prawo – *szari'a*. Znaczenie terminów *szari'a* i *fiqh* zmieniało się w historii myśli prawniczej, a wzajemna zależność obu pojęć jest różnie interpretowana[11].

IV. Kształtowanie się prawa. Na szeroką skalę prawo zostało systematycznie wyłożone w tekstach przypisywanych Malikowi Ibn Anasowi (zm. 795/179[12]), Asz-Szafi'iemu (zm. 820/204), Asz-Szajbaniemu (zm. 805/189) i Abu Jusufowi (zm. 789/182). Ostatni dwaj byli uczniami Abu Hanify (zm. 767/150), który, podobnie jak Malik Ibn Anas, Asz-Szafi'i oraz później działający Ahmad Ibn Hanbal (zm. 855/241), zapisał się w historii prawa jako założyciel jednej z czterech klasycznych sunnickich szkół prawnych. Szkoły wzięły nazwę od swych eponimów – malikicka (*mazhab maliki*), hanaficka (*mazhab hanifi*), szafi'icka (*mazhab szafi'i*), hanbalicka (*mazhab hanbali*). Do dzisiaj istnieje także szyicka szkoła prawna, dżafarycka (*mazhab dżafari*). W historii znane były również pomniejsze szkoły, np. zahirycka (*mazhab zahiri*)[13].

Z perspektywy muzułmańskiej tradycja prawnicza wywodzi się bezpośrednio z tradycji Proroka. To sunna Proroka, która w zapamiętanych i przekazywanych z pokolenia na pokolenie hadisach, krótkich relacjach o jego postawie i zachowaniu w określonych sytuacjach, dała impuls do rozmów, dyskusji, debaty, a w konsekwencji do powstania prawniczej myśli, *fiqhu*. Założyciele szkół, dzięki swojej wiedzy oraz umiejętnościom systematycznego porządkowania myśli, potrafili wyprowadzić z Koranu oraz sunny Proroka normy, które zostały przyjęte, zachowane i rozwijane przez kolejne pokolenia[14].

Metody badawcze przyjęte przez specjalistów zachodnich doprowadziły do odmiennego spojrzenia na powstanie myśli prawniczej i systemu prawa muzułmańskiego. Podwaliny dla tych badań stworzyli Ignaz Goldziher (zm. 1921) oraz wspomniany już Joseph Schacht. Stanowisko to zostało zaakceptowane, rozwijane i weryfikowane przez kolejne pokolenia orientalistów, tak-

---

[10] *AEL*, s.v. *faqaha*, *fiqh*; *EI*[2], s.v. *fiqh* (I. Goldziher, J. Schacht). W artykule termin *fiqh* oddawany jest zasadniczo jako 'prawo', chyba że kontekst wymaga doprecyzowania, że chodzi o 'naukę prawa'.

[11] Szerzej zob. S.W. Witkowski, op. cit., s. 24-25.

[12] W artykule zastosowano podwójną datację – rok/wiek ery chrześcijańskiej oraz – w następnej kolejności – rok/wiek *hidżry* (AH).

[13] Historię i doktrynę szkoły opracował I. Goldziher, *Die Zâhiriten. Ihr Lehrsystem und ihre Geschichte*, Leipzig 1884 (reprint Hildesheim 1967); ang. tłum. W. Behn: *The Ẓāḥirīs. Their Doctrine and Their History. A Contribution to the History of Islamic Theology*, Leiden 1971.

[14] *EI*[2], s.v. *sharī'a* (N. Calder, M.B. Hooker).

że przez część badaczy muzułmańskich. Zgodnie ze współczesnym stanem badań kształtowanie się prawa muzułmańskiego było długim (trwającym trzy wieki) i złożonym procesem. Zasadniczą rolę w kształtowaniu się prawa odegrały trzy elementy: przedmuzułmańskie tradycje arabskie, objawienie zawarte w Koranie i działalność proroka Muhammada oraz praktyka władców muzułmańskich, w której często odwoływano się do lokalnych rozwiązań prawnych, utrwalonych i obowiązujących na terenach podbitych przez Arabów[15]. W kontekście kształtowania się prawa przejmowane tradycje objęły nie tylko konkretne rozwiązania prawne (w tym instytucjonalne) w kwestiach gospodarczych, społecznych czy administracyjnych, ale także same metody kształtowania prawa. Jak pisze Józef Bielawski:

> Liczne elementy prawa bizantyjskiego (włączając w to rzymskie prawo prowincjonalne), prawa talmudycznego, kanonicznego prawa kościołów wschodnich i perskiego prawa Sasanidów przeniknęły do prawa muzułmańskiego w okresie jego formowania się. […] Przyjęcie rzymskich i innych pojęć i pewnych maksym prawnych nie musiało się dokonać przez bezpośrednie przeniesienia wpływu jednego systemu na drugi na płaszczyźnie technicznej, lecz – i to jest bardziej prawdopodobne – za pośrednictwem konwertytów nie-Arabów, ludzi wykształconych w naukach hellenistycznych, posiadających podstawowe wiadomości również z prawa[16].

Do końca VII w. (I AH) prawo muzułmańskie jako nauka praktycznie nie istniało. Zarówno „kalifowie sprawiedliwi" (632/11-661/41), jak i pierwsi kalifowie umajjadzcy (661/41-750/132) i ich gubernatorowie pełnili rolę prawodawców. Pierwsi sędziowie (*qadi*), wyznaczani przez nich w miastach garnizonowych, pełnili funkcje arbitrów, sędziów i administratorów. „Ci proto-*qadiowie* – jak nazywa ich Wael B. Hallaq[17] – stosowali prawo Koranu w połączeniu ze zlepkiem innych praw wywodzących się ze wzorców zachowania (*sunan*), zwyczajowych praktyk arabskich, rozporządzeń kalifów i własnej opinii". Praw tych nie traktowano jednak jako odrębnych kategorii, gdyż na przykład sam system zwyczajów znajdował wyraz właśnie w sunnie danej społeczności[18]; podobnie w formułowaniu opinii własnej (*raj*)[19] często

---

[15] J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, Warszawa 1997, t. I, s. 215.

[16] J. Bielawski, *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 155-156.

[17] W.B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press 2005, s. 55.

[18] *Sunna* l. mn. *sunan* – 'ścieżka, droga, sposób postępowania', 'modelowy sposób zachowania', *sanna* – 'wyznaczyć, ukształtować sposób zachowania jako przykład dla innych do naśladowania', AEL, s.v. *sanna*, *sunna*; W.B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories. An Introduction to Sunnī Uṣūl al-fiqh*, Cambridge University Press 2005, s. 10.

[19] Termin *raj* oznaczał 'rozsądną i przemyślaną opinię', posługiwano się nią swobodnie niemal do końca VII w. (I AH), kiedy zaczęła się upowszechniać praktyka *talab al-ilm* ('poszukiwanie wiedzy'), w znaczeniu wiedzy z zakresu Koranu i formującej się sunny Proroka. Rosnące znaczenie tekstów religijnych powoli odbierało opinii własnej (*raj*) rangę słusznego instrumentu w podej-

uciekano się do tradycji (*sunny*). Istniała również, choć oczywiście nie w formie systematycznej, sunna Proroka (otwarte pozostaje pytanie, czy była to ta sama sunna co wiek czy dwa później) – wówczas była tylko jedną z wielu znanych i wykorzystywanych przez *qadich* tradycji (*sunan*). Z czasem przy podejmowaniu decyzji w oparciu o własną opinię, sędziowie brali pod uwagę decyzje wydawanie w podobnych przypadkach. W ten sposób miała rodzić się koncepcja analogii prawniczej (*qijas*). Podobnie, zaczęto brać pod uwagę powszechną zgodę co do stosowania pewnego sposobu postępowania, co pozwoliło zasymilować wiele obcych elementów. Jednak do VIII w. (II AH) trudno jeszcze odróżnić koncepcję consensusu (*idżma*) od praktyki sunny.

W drugiej dekadzie VIII w. (I/II AH) nastąpiła centralizacja prawnej administracji imperium, co wpłynęło jednocześnie na zmianę funkcji *qadich* i zakresu ich obowiązków. Stopniowo byli oni pozbawiani funkcji administracyjnych na rzecz prawnych. Prawo zaczęło zyskiwać swój własny niezależny charakter, porzucając funkcje plemiennego arbitrażu czy finansowej administracji. Sędziowie zaczęli działać w różnych miastach kalifatu, nie tylko garnizonowych. Mianowanie sędziów, które było równoznaczne z początkiem tworzenia niezależnego sądownictwa, stało się jednak normą trochę później, bo w połowie VIII w. (II AH). Specjalizacja urzędu i funkcji sędziego sprawiła, że musiał on polegać na niezależnych uczonych, którzy wyspecjalizowali się w studiach nad problematyką prawno-religijną i prawno-etyczną. Niektórzy z nich pełnili także funkcje sędziów[20]. Swoją działalność prowadzili oni w głównych miastach imperium, Medynie, Mekce, Kufie, Basrze, Damaszku i Fustat. W ten sposób doszło do wykształcenia się w I połowie VIII w. (początkach II AH) pierwszych tzw. „dawnych szkół prawa". Nie były one sformalizowane, skupiały prywatnych uczonych, którzy poprzez dyskusje dali początek jurysprudencji muzułmańskiej. Pomiędzy „dawnymi szkołami" istniały różnice wynikające przede wszystkim z odmienności lokalnych stosunków społecznych czy praw zwyczajowych żywych na danym terenie, jednak nie różniły się one w samej koncepcji rodzącego się prawa i metod jego badania. Główną zasługą „dawnych szkół prawa" było wykorzystanie na szeroką skalę prawno-moralnych treści zawartych w Koranie jako podstawy do rozwiązań prawnych. Udoskonalono wnioskowanie przez analogię. Wspólną koncepcją w teorii prawa tych szkół była tzw. „żyjąca tradycja szkoły", określana jako *sunna*, *amal* (praktyka), *sunna madijja* (ustalony precedens), *amr qadim* (dawna praktyka). Odzwierciedlała ona normatywną tradycję szkoły, wzorzec w prawnym postępowaniu. Była wyrażana poprzez consensus (*idżma*) większości uczonych reprezentujących dany ośrodek prawa[21].

---

mowaniu decyzji prawniczych czy quasi-prawniczych, W.B. Hallaq, *A History* …, op. cit., s. 15, zob. także poniżej.

[20] Ibidem, s. 62-63.

[21] J. Schacht, op. cit., s. 29-30; J. Bielawski, op. cit., s. 159.

Wobec koncepcji prawa wypracowanej przez „dawne szkoły" pojawił się z czasem ruch opozycyjny. Jego podstawowa teza budowana była na przekonaniu o wyższości tradycji proroka Muhammada, która miała przewyższać „żyjącą tradycję" danej szkoły. Zwolennicy tradycji Proroka, tradycjonaliści (*ahl al-hadis*), zaczęli działać aktywnie we wszystkich większych miastach imperium począwszy od VIII w. (II AH). Odrzucali racjonalistyczną postawę – rozumowanie oraz własną opinię, które stanowiły integralną część „żyjącej tradycji dawnych szkół" i które były podstawowymi konstytutywnymi elementami muzułmańskiej myśli prawniczej od samego jej początku[22]. Jak wyjaśnia Janusz Danecki:

> W tej zaciętej walce ostatecznie zwyciężyli tradycjoniści, a swoje zwycięstwo zawdzięczali prawnikowi z Medyny, Aš-Šāfi'īemu, który uznał, że działania Mahometa są doskonalszym wzorem niż praktyki różnych władców, a zarazem mogą zapewnić jednolitość prawa w całym świecie islamu. Skutkiem jego działań było nie tylko ustanowienie dominacji tradycji Proroka, ale również wypracowanie nowej koncepcji szkoły prawa. Aš-Šāfi'ī uznał, że szkoła winna skupiać się wokół wybitnego prawnika, który określał jej zasady, a jego uczniowie je rozwijali[23].

„Dawne szkoły prawa" uległy argumentacji Asz-Szafi'iego i zaczęły przekształcać się w tzw. klasyczne szkoły (*mazhab* l.mn. *mazahib* – dosł. 'droga/sposób postępowania'), które odwoływały się do własnych twórców. Wypracowały wspólne interpretacyjne podejście do prawa, które kazało postrzegać je jako systematycznie wyinterpretowane z Koranu i sunny Proroka. Ten kierunek rozwoju szkół nie wskazywał jednak na całkowity triumf tradycjonizmu (postawa intelektualna i ideologiczna zwolenników tradycji Proroka). Historię islamu w jego wymiarze prawno-ideologicznym aż po wiek X (IV AH) znaczy mozolny proces godzenia tradycjonizmu z racjonalizmem[24].

Proces rozwoju i utrwalania się szkół był złożony. Na początku rozwoju i kształtowania się klasycznych szkół, każdy specjalista w zakresie prawa mógł formułować normy, to znaczy podejmować *idżtihad* (indywidualny wysiłek prawnika – *mudżtahida*, gdzie dla konkretnej sytuacji faktycznej wyprowadza się normę w oparciu o tekst objawiony, reguły jego interpretacji oraz z wyko-

---

[22] J. Schacht, op. cit., s. 35. W połowie VIII w. (II AH) *raj* zasadniczo rozumiano dwojako jako arbitralne rozumowanie podyktowane względami praktycznymi oraz rozumowanie oparte na tekście pisanym i podyktowane względami praktycznymi. Stopniowo pierwszy typ był zastępowany przez drugi, gdzie punktem wyjścia stawała się (obok Koranu) sunna Proroka. W IX w. (III AH) termin *raj* został zastąpiony terminami *qijas* i *idżtihad* odwołującymi się wówczas do różnych form metodycznego rozumowania opartego na Koranie i sunnie Proroka, W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 19.

[23] J. Danecki, op. cit., t. I, s. 220.

[24] Szerzej na temat cech charakterystycznych dojrzałych *mazhabów*, zob. np. W.B. Hallaq, *Origins*…, op. cit., s. 122-128.

rzystaniem określonych metod rozumowania)[25]. Co więcej, uczniowie skupieni wokół swojego mistrza mogli uczestniczyć w debatach innych, mieli także dowolność w wyborze doktryny, którą potem sami zaczynali stosować. Niektórzy z nich trzymali się jednej, okazując lojalność wobec mistrza, inni decydowali się na łączenie elementów doktryny prawa różnych mistrzów[26]. W nieco późniejszym okresie, około połowy IX w. (poł. III AH), można mówić o pełnym uformowaniu się szkół prawa w sensie doktrynalnym. Istniejące pomiędzy nimi różnice wynikały przede wszystkim z odmiennej ewaluacji źródeł prawa i metod wyprowadzania norm. Takie dojrzałe *mazhaby* miały świadomość odrębności metodologicznej oraz merytorycznej. Ponadto, przynależność prawnika do danej szkoły była względnie trwała. Każda szkoła skonstruowała wreszcie pojęcie autorytetu, którego centralnym punktem stała się osoba określana odtąd jako założyciel szkoły. Został on nazwany imamem i określony jako 'absolutny *mudżtahid*' (*mudżtahid mutlaq*). To on miał ukształtować metodologię szkoły, na bazie której zostały opracowane jej normy. Bez jego wysiłku potencjał prawny tekstów objawionych byłby nieznany. Stąd też uznano, że imamowie musieli posiadać doskonałą wiedzę z zakresu *usul al-fiqh*, egzegezy koranicznej, sunny Proroka, języka prawa, arytmetyki itd. Oni sami mieli być obdarzeni wyjątkowymi cechami charakteru uosabiającymi najwyższe wartości moralne. Doktryna imamów była w pełni oryginalna i miała charakter systematyczny[27].

Powyższa koncepcja autorytetu została ukształtowana później w stosunku do formowania się samych szkół, miała charakter projekcji wstecznej. Osiągnięcia następców założycieli przypisano samym założycielom. Przypisano im samodzielne stworzenie doktryny szkoły, jak i opracowanie metodologii. W.B. Hallaq argumentuje, że odcięcie ich w ten sposób od wcześniejszych osiągnięć myśli prawniczej było sposobem na przydanie im najwyższego autorytetu. Analiza materiału źródłowego pokazuje wszak, że eponimi szkół przejęli wiele istniejących i funkcjonujących w przeszłości rozwiązań[28].

Większość badaczy podziela pogląd, że w X wieku (IV AH) prawnicy wszystkich szkół osiągnęli consensus, na podstawie którego uznano, iż nastąpiło rozwiązanie wszystkich zasadniczych problemów prawnych. Dlatego też dalsza działalność prawotwórcza nie miała racji bytu. Doszło do „zamknięcia bram *idżtihadu*" – jak określa się moment zakończenia okresu rozwoju myśli prawniczej. Odtąd prawnicy nie sięgali do źródeł w poszukiwaniu rozwiązań prawnych. Rozpoczął się okres naśladownictwa (*taqlid*), czyli akceptacji doktryny szkoły i jej autorytetów, w którym ciężar aktywności został przeniesiony głównie na objaśnianie i streszczanie prac poprzedników. Nie można

[25] Zob. także poniżej, s. 28-29.

[26] W.B. Hallaq, *Origins*…, op. cit., s. 155.

[27] Szerzej zob. ibidem, s. 156-158.

[28] Szerzej zob. B.W. Hallaq, *Authority, Continuity and Change in Islamic Law*, Cambridge University Press 2004, s. 26n.

było tworzyć prawa, a jedynie stosować rozwiązania zawarte w dziełach poprzedników – miejsce *mudżtahidów* zajęli *mufti* udzielający porad prawnych w oparciu o powstałą wcześniej literaturę prawniczą.

Odrębne stanowisko w tej kwestii reprezentuje W.B. Hallaq, jeden z najwybitniejszych współczesnych specjalistów w dziedzinie prawa muzułmańskiego i jego historii, według którego twórcza myśl prawnicza rozwijana była przez cały okres historii prawa muzułmańskiego, a więc także po uformowaniu się szkół, a sformułowanie *insidad bab al-idżtihad* („zamknięcie bram *idżtihadu*") pojawiło się dopiero około XII w. (VI AH)[29].

Głosy o obowiązku *idżtihadu* (który był prawnie klasyfikowany jako obowiązek zbiorowy) i jego wyższości wobec *taqlidu* podnoszone były nieustannie. W świetle teorii prawa był to jedyny sposób, dzięki któremu można było odczytać zamysł boży co do postępowania człowieka. Wielu uważało, że istnienie *ummy* jest warunkowane istnieniem i działalnością *mudżtahidów* (z racji pojawiania się w społeczności muzułmańskiej nowych problemów i sytuacji prawnych wymagających rozwiązania).

Po raz pierwszy możliwość zniknięcia *mudżtahidów* (a zarazem „zamknięcia bram *idżtihadu*")[30] została poruszona przez hanbalickiego prawnika i teologa Ibn Aqila (zm. 1119/513). Ale dopiero wiek później problem ten zyskał szersze zainteresowanie. Po śmierci Al-Amidiego (zm. 1233/631) zaistniał na dobre w dyskursie prawniczym, a argumentacja uległa znacznemu rozwinięciu. Zasadniczo hanbalici i częściowo szafi'ici zaprzeczali nawet teoretycznej możliwości zniknięcia *mudżtahidów*, hanafici wspierani głównie przez malikitów stali na przeciwnym stanowisku[31]. Kontrowersje (wzmacniane nieporozumieniami na gruncie terminologicznym) związane z „zamknięciem bram *idżtihadu*" oraz nieobecnością *mudżtahidów* powstrzymywały prawników przed podjęciem consensusu w tej sprawie.

Z czasem rosła akceptacja prawników dla zasady naśladownictwa, w XVI i XVII w. (X i XI AH) liczba rozpoznawalnych *mudżtahidów* była niewielka, choć zakres problemów prawnych, z którymi przyszło się wówczas mierzyć, był całkiem pokaźny. *Idżtihad* pozostawał jedynym możliwym sposobem rozwiązywania problemów prawnych (obok wydawanych przez władze osmańskie „ksiąg prawnych", *qanunname*). Prawnicy wykorzystywali *idżtihad*, choć posługiwanie się nim nie było wyraźnie artykułowane.

---

[29] Szerzej zob. W.B. Hallaq, *Was the gate of* ijtihad *closed?*, „International Journal of Middle Eastern Studies", vol. 16, no 1 (1984), s. 3-41; idem, *On the origins of the controversy about the existence of mujtahids and the gate of ijtihad*, „Studia Islamica", vol. 63 (1986), s. 129-141.

[30] Zwrotno-bierne znaczenie prefiksu *(i)n–* w czasownikowej klasie VII (*insadda* – 'zamknąć się/być zamkniętym') wskazuje, że – w zwrocie *insadda bab al-idżtihad* – bramy *idżtihadu* mogą zostać zamknięte nie w wyniku czyjegoś celowego działania, ale jako naturalna kolej rzeczy, konsekwencja tego, że *mudżtahidowie* odmawiają jego wykonywania lub sami przestają istnieć; zob. także W.B. Hallaq, *Was the gate…*, op. cit., s. 20.

[31] Na temat argumentacji obu stron zob. ibidem, s. 22n.

W XVIII i XIX w. (XII i XIII AH) na sile przybrały wystąpienia potępiające naśladownictwo i rozpowszechnianą opinię o domniemanym „zamknięciu bram *idżtihadu*”[32]. Wzywano coraz częściej do swobodnego posługiwania się *idżtihadem*. Okres ten naznaczony był także kontaktami świata islamu z cywilizacją zachodnią na coraz większą skalę. W periodyzacji prawa kontakty te stanowią cezurę pomiędzy klasycznym a nowożytnym okresem w historii prawa[33].

Ostatecznie doszło do wprowadzenia na szeroką skalę zmodyfikowanych kodeksów europejskich, co przyczyniło się do ograniczenia rozwoju prawa muzułmańskiego. W odróżnieniu od klasycznego okresu w historii prawa, w nowożytnym zmieniał się powoli charakter myśli prawniczej. Proces kodyfikacji prawa pociągnął za sobą rozumienie i ujmowanie prawa w innych kategoriach, jego jakościową przebudowę. Normy kazuistyczne, charakterystyczne dla klasycznego prawa muzułmańskiego, zostały przekształcone w normy abstrakcyjne[34].

V. Działy klasycznego *fiqhu*. *Fiqh* objął wszystkie sfery życia człowieka, religijną, polityczną i społeczną. Charakterystyczną cechą klasycznego prawa muzułmańskiego jest to, że „podział jego zasad i norm na poszczególne gałęzie, w odróżnieniu od legislacyjno-normatywnych systemów prawa, nie pozostaje w ścisłej zależności od jego źródeł”[35]. Mówiąc inaczej, na przykład istniejące obok siebie normy, które zostały zawarte (w postaci mniej lub bardziej jednoznacznej) w Koranie, nie są przyporządkowane do określonych działów prawa. Sama klasyfikacja działów prawa została opracowana później i stała się przedmiotem dyskusji wśród prawników muzułmańskich. Najbardziej rozpowszechniona klasyfikacja (choć nie jedyna[36]) objęła dwa działy.

W pierwszym obszarze znalazły się normy regulujące wypełnianie przez człowieka lub całą *ummę* obowiązków wobec Boga – *ibadat* („oddawanie czci Bogu”), w drugim tak zwane *mu'amalat* („transakcje”), normy regulujące zachowanie i postawę ludzi we wzajemnych relacjach. W granicach *mu'amalat* znalazły się takie obszary dyskusji jak prawo rodzinne, spadkowe, własności oraz prawo zobowiązań. Dyskutowano tu także kwestie z zakresu prawa kar-

[32] Na przykład sanaański *mufti*, Asz-Szaukani (1839/1255) potępiając zwolenników naśladownictwa (*muqallidów*) zwracał uwagę na absurdalność ich stanowiska, według którego consensus odnośnie do „zamknięcia bram *idżtihadu*” został osiągnięty. W przypadku *idżma* – jak argumentował Asz-Szaukani – sens ma jedynie opinia *mudżtahidów*, a zatem to *mudżtahidowie* musieliby osiągnąć consensus co do swojego nieistnienia, ibidem, s. 33.

[33] W periodyzacji prawa muzułmańskiego wydziela się dodatkowo trwający do dziś okres, zapoczątkowany zniesieniem sułtanatu (1922) i kalifatu (1924).

[34] S.W. Witkowski, op. cit., s. 29-30.

[35] *Prawo muzułmańskie. Struktura i podstawowe instytucje*, red. L.R. Sûkiâjnen, V.E. Čirkin, Û.A. Ûdin, przekł. K. Piasecki, Warszawa 1990, s. 49.

[36] Zob. np. Chalid Ramadan Hasan, *Mudżam usul al-fiqh*, [Al-Qahira] 1998, s. 213-216; Imran Ahsan Khan Nyazee, *Outlines of Islamic Jurisprudence* (Advanced Legal Studies Institute 2000), format pdf online: www.nyazee.org, s. 29.

nego i procedury karnej oraz prawa konstytucjonalnego i prawa regulującego administrację państwa oraz prowadzenie wojny[37].

Nauka o owych normach i ich praktycznym zastosowaniu znana jest w tradycji prawniczej jako *furu al-fiqh* (*far* l. mn. *furu* – 'gałąź', 'dział', 'element składowy'). Obok funkcjonowała *usul al-fiqh* (*asl* l. mn. *usul* – 'korzeń', 'podstawa', 'fundament'; 'źródło', 'początek') – nauka o źródłach prawa i metodach wyprowadzania norm z objawienia.

Terminy *usul al-fiqh* oraz *furu al-fiqh* objęły swoim znaczeniem nie tylko dyscypliny *fiqhu*, ale także formy literackie, jakie wykształciły się w ramach piśmiennictwa prawniczego[38]. Podział na *ibadat* oraz *mu'amalat* w klasycznych dziełach *furu al-fiqh* jest mało wyraźny. Niektórzy prawnicy w obszarze *ibadat* dyskutowali na przykład kwestie małżeństwa czy prowadzenia *dżihadu*. Klasyczne dzieła tego typu nie miały identycznego schematu, zawsze jednak problematyka *ibadat* poprzedzała tę obejmującą *mu'amalat*.

VI. *Usul al-fiqh.*

1. Kształtowanie się klasycznej teorii prawa. Współcześni muzułmańscy naukowcy wpisujący się w nurt klasycznej tradycji prawniczej stoją na stanowisku, że powstanie *fiqhu* (w znaczeniu *furu al-fiqh*) było uzależnione od *usul al-fiqh* ze względu na fakt, że *fiqh* nie mógł rozwinąć się bez identyfikacji źródeł i opracowania metod, które owe źródła pozwoliłyby wykorzystać do formułowania norm[39]. Za najwcześniejszą pracę z zakresu teorii prawa uważają dzieło Asz-Szafi'iego, *Ar-Risala* („Rozprawa"). Specjaliści ci podkreślają, że Asz-Szafi'i nie był pierwszym, który sformułował doktrynę *usul al-fiqh*, jednak jako pierwszy dał systematyczny jej wykład, a organizacja jego dzieła stała się wzorem wykorzystywanym przez późniejszych prawników *usul al-fiqh*[40].

Analiza źródeł pokazuje wszak, że *furu al-fiqh* kształtowały się niezależnie od *usul al-fiqh*. Same prace *furu al-fiqh* zaczęły powstawać już w IX w. (III AH), podczas gdy powstanie teorii prawa jako samodzielnej dyscypliny prawniczej przypada na wiek X (IV AH). Dzieła z tego okresu nie zachowały

---

[37] *EI*^{2}, s.v. *fiqh* (I. Goldziher, J. Schacht); por. S.W. Witkowski, op. cit., s. 25-26 oraz *Prawo muzułmańskie. Struktura i podstawowe instytucje*…, op. cit., s. 50-51, Chalid Ramadan Hasan, op. cit., s. 213-216.

[38] Nie były one jedyne, niemniej w typologii dzieł prawniczych pozostałe można w gruncie rzeczy przyporządkować do literatury *usul al-fiqh* lub *furu al-fiqh* jako monograficzne ujęcia wybranych tematów obu dyscyplin. Kolekcje *fatw* (opinii prawniczych) oraz teoretyczne rozważania na temat kompetencji i prerogatyw *muftich* mogą być uznane za odrębne formy literackie, choć te pierwsze zbliżają się do literatury *furu al-fiqh*, drugie wykazują powiązania z literaturą *usul al-fiqh*, *EI*^{2}, s.v. *sharī'a* (N. Calder, M.B. Hooker).

[39] Np. Muhammad Abu Zahra, *Usul al-fiqh*, [Bajrut] 1958/1377, s. 11; Muhammad Arifin, *Usul al-Fiqh: A History of the Islamic Legal Thinking*, „IIU Law Journal", vol. 1, no 2 (1989), s. 89-90.

[40] Także J. Schacht (op. cit., s. 267) uważał Asz-Szafi'iego za autora pierwszej pracy z zakresu teorii prawa.

się lub zachowały jedynie we fragmentach[41]. Dopiero XI wiek (V AH) był świadkiem niebywałego rozkwitu literatury *usul al-fiqh* i działalności znakomitych uczonych, których prace zadecydowały o kierunku rozwoju dyscypliny (wśród nich m.in. Abu Husajn al-Basri zm. 1044/436; Imam al-Haramajn al-Dżuwajni zm. 1085/478; Ibn Aqil zm. 1119/513; Abu Hamid al-Ghazali zm. 1111/505).

Literatura *usul al-fiqh* powstawała nieprzerwanie do końca klasycznego okresu w historii prawa. Jak zauważa Norman Calder,

> „[z]ważywszy na dojrzałą formę wczesnych prac, oczywiste jest, że już wówczas istniała tradycja nauczania i studiowania, stopniowo rozwijający się system klasyfikacji i prezentacji problemów i przynajmniej nieformalne zapiski"[42].

Trudno jednak uchwycić początki kształtowania się tej tradycji. Ponieważ prace *furu al-fiqh* zawierają polemiczną obronę ustanowionych norm, przypuszcza się, że początków *usul al-fiqh* jako odrębnej dyscypliny można szukać w kształtowaniu się i rozwoju tej właśnie tradycji polemicznej[43]. Nie wiadomo jednak, dlaczego impuls czy też potrzeba zebrania i usystematyzowania dotychczasowych metod pracy pojawiły się dopiero po stosunkowo długim okresie praktycznej działalności prawników. Według Shermana A. Jacksona impuls ten „musiał przyjść z zewnątrz, przypuszczalnie z terenów w większości niemuzułmańskich, gdzie filozoficznie zorientowani nie-Arabowie, przepojeni religijnymi i intelektualnymi tradycjami późnej starożytności coraz częściej zasilali szeregi muzułmanów"[44]. Symptomatyczne jest, że wszyscy pierwsi teoretycy prawa (z wyjątkiem Asz-Szafi'iego) działali nie na Półwyspie Arabskim, ale właśnie poza nim, głównie w Iraku. Być może tym należy także tłumaczyć – jak ujmuje to George Makdisi – „wdarcie się" do teorii prawa i „skażenie" jej w okresie pełnego rozkwitu na początku XI w. (V AH) racjonalistyczną teologią mutazylitów i teologią aszarycką[45]. Jeśli pamiętać, że w kształtowaniu się obu nurtów *kalamu* (teologii muzułmańskiej) dziedzictwo starożytne miało swój spory udział, wówczas przypuszczenia o początkach kształtowania się teorii prawa wydają się przekonujące. W.B. Hallaq precyzuje, że koniec IX wieku (koniec III AH) upłynął pod znakiem początku kompromisu racjonalizmu i tradycjonizmu. Idee te zostały ostatecznie pogo-

---

[41] Pierwszą zachowaną pracą z zakresu teorii prawa jest *Kitab al-usul* hanafity Ahmada Ibn Ali al-Dżassasa ar-Raziego (zm. 981/370).

[42] *EI²*, s.v. *uṣūl al-fiqh* (N. Calder).

[43] Ibidem; zob. także M. Bernard, *Ḥanafī* Uṣūl al-fiqh *through a Manuscript of al-Ǧaṣṣāṣ*, „Journal of the American Oriental Society", vol. 105, no 4 (1985), s. 625.

[44] Sh.A. Jackson, *Fiction and Formalism: Toward a Functional Analysis of Uṣūl al-fiqh*, [w:] *Studies in Islamic legal theory*, ed. B.G. Weiss, Leiden 2002, s. 186-187.

[45] G. Makdisi, *The Juridical Theology of Shāfi'ī: Origins and Significance of Uṣūl al-fiqh*, „Studia Islamica", vol. 59 (1984), s. 26-27; zob. także Sh.A. Jackson, op. cit., s. 187.

dzone w ramach syntezy, którą zaakceptowały poszczególne szkoły. I jest to jednoznaczne ze zdefiniowaniem *usul al-fiqh* jako odrębnej dyscypliny: „teoria prawa powstała jako rezultat tej syntezy, [syntezy], która sama ucieleśniła tę teorię i znalazła w niej swój wyraz"[46]. Jednymi z pierwszych prawników, którzy dyskutowali kompleksowo problematykę *usul al-fiqh*, mieli być bagdadzcy prawnicy skupieni wokół znakomitego szafi'ity Ibn Surajdża (zm. 918/306; żadna praca Ibn Surajdża nie zachowała się do dzisiaj). To oni mieli sformułować teorię prawa, poprzez którą objawienie (*wahj*) i władza poznawcza rozumu (*aql*) mogły zaistnieć obok siebie. Uczniowie Ibn Surajdża mieli rozwinąć teorię prawa i opracować ją w szczegółach[47].

Jak w takim razie wytłumaczyć istnienie *Ar-Risali* Asz-Szafi'iego, która do pewnego stopnia przypomina późniejsze prace charakterystyczne dla tej dyscypliny (mimo iż nie pada w niej ani razu termin *usul al-fiqh*)?[48] Odstęp w czasie pomiędzy jej przypuszczalnym powstaniem a pracami późniejszymi zapoczątkowującymi tradycję *usul al-fiqh* skłonił do sformułowania dwóch hipotez – do uznania jej 1) za późną pracę z zakresu teorii prawa, której autorem nie był Asz-Szafi'i albo 2) za pracę, która ze względu na małe zainteresowanie w środowisku prawniczym nie miała istotnego wpływu na formującą się nieco później dyscyplinę[49]. Uczniowie Ibn Surajdża najprawdopodobniej sami przypisali swoje osiągnięcia na polu *usul al-fiqh* eponimowi swojej szkoły w związku z hanafickimi pretensjami do uznania Abu Hanify za twórcę teorii prawa[50]. Obraz Asz-Szafi'iego jako założyciela i propagatora teorii prawa jest więc obrazem utworzonym *ex post*, który około stu lat później był już mocno zakorzeniony, głównie dzięki szafi'ickiej literaturze *manaqib* (biograficznej literaturze o charakterze panegirycznym)[51].

Ta druga hipoteza wydaje się bardziej przekonująca. Brak zainteresowania *Ar-Risalą* wynikał przede wszystkim z faktu, iż nie jest to dzieło *stricte* z zakresu teorii prawa. Szeroko dyskutowany problem stanowi w nim sunna Proroka. Autor nie porusza wielu fundamentalnych dla późniejszej teorii

---

[46] W.B. Hallaq, *Origins*..., op. cit., s. 127.

[47] M.in. Ibn Hajkawah (zm. 930/318), Ibrahim al-Marwazi (zm. 951/340), Abu Bakr al-Farisi (*fl.* ok. 960/350), Ahmad Ibn al-Qass (zm. 947/336), Abu Bakr as-Sajrafi (zm. 942/330), Al-Qaffal asz-Szaszi (zm. 948/336). Są oni wymieniani w źródłach arabskich jako jedni z najwcześniejszych autorów prac z zakresu teorii prawa (*usulijjun*), W.B. Hallaq, *Was al-Shafi'i the Master Architect of Islamic Jurisprudence?*, „International Journal of Middle Eastern Studies", vol. 25, no 4 (1993), s. 595.

[48] Dziełu temu, w kontekście późniejszej *usul al-fiqh*, została poświęcona monograficzna praca J.E. Lowry'ego, *Early Islamic Legal Theory. The Risāla of Muḥammad ibn Idrīs al-Šāfi'ī*, Leiden 2007.

[49] Odnośnie do argumentacji pierwszego stanowiska zob. N. Calder, *Studies in Early Muslim Jurisprudence*, Oxford 1993, s. 241-243. Przegląd głównych stanowisk badawczych wobec dzieła Asz-Szafi'iego został zamieszczony w: J.E. Lowry, op. cit., s. 13-16.

[50] Szerzej zob. W.B. Hallaq, *Was al-Shafi'i* …, op. cit., s. 587-605; także G. Makdisi, op. cit., s. 6-7.

[51] W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 33-34.

prawa zagadnień lub jedynie o nich wspomina. Tak dzieje się w przypadku interpretacji języka objawienia, abrogacji czy consensusu. Na marginalną pozycję dzieła może wskazywać także kierunek, jaki przybrała myśl religijna i prawna w dobie Asz-Szafi'iego – wspomniana już, rosnąca siła tradycjonizmu. Asz-Szafi'i głosił wprawdzie prymat tekstów objawionych i odrzucił *raj*, ale pewne jego elementy wplótł w metodologię akceptowanego przez siebie *qijasu*. Natomiast nieco starszy Ibn Hanbal ograniczył *qijas* do minimum, zaś Dawud Ibn Chalaf (zm. 884/270), twórca szkoły zahiryckiej, całkowicie odrzucił wszelkie metody rozumowania. Tak uformowana scena prawna, zdominowana przez tradycjonizm, zachwiała się dopiero w X w. (IV AH), kiedy ostatecznie nastąpiło wspomniane już pogodzenie tradycjonistów ze zwolennikami idei racjonalistycznych (niemożliwe było utrzymanie „czystej" doktryny tradycjonistycznej i ci, którzy się tego domagali, na przykład szkoła zahirycka, zostali zepchnięci na margines dyskursu prawnego i z czasem nie mieli szans na dalszą działalność). Wreszcie, *Ar-Risala* jako dzieło głoszące prymat objawienia, ale próbujące do pewnego stopnia pogodzić oba stanowiska nie przekonało wówczas ani jednych ani drugich[52].

O niewielkiej popularności dzieła mógł zadecydować jeszcze jeden element – w przeciwieństwie do późniejszych prac, *Ar-Risala* jawi się jako próba budowania systemu na przekonaniu, że objawienie, które zostało skierowane do Arabów w ich własnym języku, może zostać zrozumiane przez nich samych i z wykorzystaniem ich własnych (rodzimych) narzędzi[53]. Innymi słowy według Asz-Szafi'iego jedyne etniczni Arabowie, którzy mówią w języku arabskim, wzrastają w kulturze, historii i tradycji, mają naturalną predyspozycję psychologiczną do właściwego odczytania znaczeń.

2. Znaczenie terminu. Sam termin *usul al-fiqh* w znaczeniu dyscypliny naukowej (a wraz z nim termin *usulijjun* na określenie teoretyków prawa) zaczął być stosowany w momencie, kiedy zaczęły powstawać klasyczne jej prace. W klasycznych pracach definicja terminu *usul al-fiqh*, którą wyjaśniano na samym początku, poprzedzana była definicją poszczególnych jego składowych.

Zasadniczo[54] *fiqh* w kontekście prawa rozumiano jako „wiedzę obejmującą boskie prawa (*ahkam szarijja*) porządkujące czyny człowieka/osoby podległej prawu"[55].

---

[52] Dane źródłowe wyraźnie pokazują ambiwalentny stosunek do Asz-Szafi'iego zarówno tradycjonistów, jak i zwolenników idei racjonalistycznych, ibidem, s. 31.

[53] Sh.A. Jackson, op. cit., s. 187.

[54] Na temat wczesnej, wąskiej definicji *fiqhu* w ujęciu szafi'ickim, a tym samym zawężonej definicji *usul al-fiqh* zob. Imran Ahsan Khan Nyazee, op. cit., s. 38-39; idem, *Islamic Jurisprudence* (Uṣūl al-Fiqh), Selangor, Malaysia 2003, s. 20-24.

[55] Np. Abu Hamid al-Ghazali, *al-Mustasfa min ilm al-usul*, dirasa wa-tahqiq Hamza Ibn Zuhajr Hafiz, Al-Madina brw, t. I, s. 8; Imam al-Haramajn al-Dżuwajni, *Al-Burhan fi usul al-fiqh*, haqqaqahu wa-qaddamahu Abd al-Azim ad-Dijab, Qatar 1399AH, t. I, s. 86; Muhammad Ibn al-

Pierwszy człon, *usul*, rozumiano jako „to, na czym są budowane zagadnienia *fiqhu*"[56]. Metaforą dla relacji pomiędzy *usul* a *fiqh* było drzewo, którego gałęzie mogą rosnąć tylko dzięki jego korzeniom. Wymiennie z *usul* używano często terminu *adilla* (l. poj. *dalil* – 'wskazanie')[57], definiując *usul al-fiqh* jako „wskazania odnośnie do boskich praw (*ahkam szarijja*) oraz wiedzę na temat sposobów, jakimi wskazują one (tj. *adilla*) na te prawa"[58]. Jednocześnie – w swojej idealnej postaci – teoria prawa miała być dyskursem pozbawionym odniesienia do konkretnych przypadków[59].

3. Porządkowanie rzeczywistości. Już z powyższych definicji widać, że fundamentalnym pojęciem w prawie muzułmańskim, które zadecydowało o kierunku uporządkowania rzeczywistości człowieka, jest *hukm szari* (l.mn. *ahkam szarijja*), oddane powyżej jako boskie prawo[60].

Jak zauważa Bernard G. Weiss[61], w klasycznej literaturze prawniczej terminy *szari'a* i *ahkam szarijja* są zwykle używane wymiennie (co pozwala tłumaczyć termin *szari'a* jako 'zespół/zbiór *ahkam*') i widoczną jej tendencją jest wyjaśnianie koncepcji *ahkam szarijja* w miejsce *szari'a*.

Hukm szari zgodnie z definicją teoretyków prawa to „komunikat/wypowiedź (*chitab*) Prawodawcy (Boga) odnoszący się do postępowania osoby podległej prawu"[62]. B.G. Weiss[63], rozpoznając w *ahkam* determinantę rzeczywistości, proponuje oddawać ten termin jako 'kategoryzacje (czynów człowieka)'. Owe kategoryzacje są, innymi słowy, elementami prawnego uporządkowania rzeczywistości, w której udział ma człowiek, kluczem prawnej systematyzacji.

Ahkam funkcjonują w dwóch zasadniczych kategoriach – *taklifi*[64] i *wadi*[65]. *Hukm taklifi* był definiowany w klasycznej teorii prawa jako „komunikat/wy-

---

Husajn al-Farra, *Al-Udda fi usul al-fiqh*, haqqaqahu wa-allaqa alajhi Ahmad Ibn Ali Sajr al-Mabariki, Ar-Rijad 1410/1990, t. 1, s. 68-69.

[56] Np. Muhammad Ibn al-Husajn al-Farra, op. cit., t. I, 70.

[57] Na temat węższego znaczenia *dalil* zob. poniżej, s. 26.

[58] Np. Abu Hamid al-Ghazali, op. cit., t. I, s. 9; zob. także Imam al-Haramajn al-Dżuwajni, op. cit., s. 85; Abd al-Dżabbar, *Qawati al-adilla fi usul al-fiqh*, tahqiq Abd Allah Ibn Hafiz al-Hakami, Ar-Rijad 1419/1998, t. I, s. 12; Sajf ad-Din al-Amidi, *Ihkam al-hukkam fi usul al-ahkam*, Al-Qahira 1914, t. I, s. 8, [za:] B.G. Weiss, op. cit., s. 26.

[59] Abu Hamid al-Ghazali, op. cit., t. I, s. 9.

[60] *Hukm* jest rzeczownikiem odsłownym od *hakama*. Spółgłoskowy rdzeń *h-k-m* (ح-ك-م) wnosi pojęcie 'powstrzymywania się od postępowania w niewłaściwy sposób', 'ograniczania', 'zapobiegania czynieniu zła', a także pojęcie 'osądu prawnego', 'wydawania werdyktu'. *Hukm* tłumaczy się m.in. jako 'decyzja', 'wyrok', 'orzeczenie', 'osąd', 'zasada', 'prawo', 'norma', 'przepis' (w konkretnej sprawie), *AEL*, s.v. *hakama*, *hukm*.

[61] B.G. Weiss, op. cit., s. 1-2.

[62] Np. Abu Hamid al-Ghazali, op. cit., t. 1, s. 177.

[63] B.G. Weiss, op. cit., s. 2.

[64] *Taklifi* jest przymiotnikiem utworzonym od rzeczownika *taklif* oznaczającego m.in. 'ciężar obowiązków', '(boże) przykazanie', *AEL*, s.v. *taklif.*

[65] *Wadi* jest przymiotnikiem od rzeczownika *wad*, posiadającym m.in. znaczenie 'sytuacja', 'położenie', 'pozycja', *AEL*, s.v. *wad*.

powiedź (*chitab*) Prawdawcy (Boga), kierowany do osób podległych prawu, w którym żądał On lub zakazywał zrobienia czegoś lub też dawał możliwość wyboru sposobu postępowania"[66]. Można zatem określić tę kategorię jako normatywną: *ahkam taklifijja* są kategoriami normatywnymi w takim sensie, że ujmują w normy postępowanie człowieka. Każdemu czynowi musi być przypisana konkretna wartość (*hukm*). Te kategorie (czynów człowieka) to: *wadżib/fard*, *mandub*, *mubah*, *makruh*, *haram*.

1. *Wadżib/fard* (czyn obowiązkowy) – czyn, którego wykonanie przynosi nagrodę, a zaniechanie karę. Większość szkół prawnych do kategorii *wadżib* zakwalifikowała czyny, których obowiązkowy charakter został wykazany zarówno za pomocą wskazania epistemologicznie pewnego (*dalil qati*), jak i epistemologicznie prawdopodobnego (*dalil zanni*)[67].

Jedynie hanafici w ramach czynu obowiązkowego wprowadzili rozróżnienie na *wadżib* – czyn nakazany w oparciu o wskazanie prawdopodobne oraz *fard* – czyn, którego obowiązkowy charakter został wyprowadzony w oparciu o wskazanie pewne (w obu przypadkach chodziło o proces przekazu)[68]. Przykładem tak rozumianego obowiązku typu *wadżib* może być recytowanie sury Otwierającej (*Al-Fatiha*) podczas modlitwy czy przekazywanie jałmużny po zakończeniu postu w miesiącu ramadan (*zakat al-fitr*). Oba te obowiązki opierają się na hadisach typu *ahad* – przekazanych przez jednego lub dwóch świadków. Z kolei przykładem *fard* jest pielgrzymka (*hadżdż*), modlitwa kanoniczna (*salat*) czy przekazywanie jałmużny (*zakat*). Wszystkie

---

[66] Np. Fachr ad-Din ar-Razi, *Al-Mahsul fi ilm usul al-fiqh*, dirasa wa-tahqiq Taha Dżabir Fajjad al-Alwani, [Dimaszq] bdw, t. I, s. 93.

[67] *Dalil* czyli wskazanie było podstawą do wyprowadzenia norm (*ahkam*), mogło być wyrażone poprzez słowo, grupę słów, zdanie czy fragment (Koranu i sunny), a także poprzez sformułowany consensus. Jedną z najbardziej znaczących cech charakterystycznych prawodawstwa koranicznego był podział wskazań na *qati* (dosł. 'definitywny', 'wyraźny', 'ostateczny') i *zanni* (dosł. 'przypuszczalny', 'hipotetyczny'). *Qati* przynosiło rozwiązania pewne, *zanni* miało charakter spekulatywny, nie dawało jednoznacznego rozwiązania. W strukturze wskazania wyróżniono jego znaczenie (*dalala*) oraz proces przekazu (*riwaja*). Oba wymiary dyskutowano z perspektywy epistemologicznego kryterium pewny-prawdopodobny. I tak, z punktu widzenia przekazu za pewny (*qati*) zasadniczo uznawano Koran, hadisy *mutawatir* (czyli poświadczone przez wielu wiarygodnych świadków) oraz consensus (*idżma*) typu *mutawatir*. Natomiast z perspektywy znaczenia, pojedyncze wskazanie obecne w Koranie czy hadisach mogło być uznane za jednoznaczne i wówczas zyskiwało charakter pewny lub za wieloznaczne, niejasne i wymagało interpretacji. Jedynie wskazanie, którego oba aspekty zostały uznane za pewne, mogło być za takie właśnie uznane. Norma uzyskana na bazie takiego wskazania była pewna i wiążąca (w przeciwnym wypadku to consensus nadawał opinii czyli *zann* charakter definitywny, a więc sprawiał, że stawała się normą wiążącą i nieodwołalną, zob. poniżej, s. 34-35 oraz 38; z tego też względu w przypadku consensusu, jego znaczenie (*dalala*) musiało mieć charakter jednoznaczny). W powyższym fragmencie dotyczącym czynów obowiązkowych, jak i późniejszym mówiącym o czynach zakazanych, chodzi o proces przekazu – *riwaja*.

[68] Zob. np. Abd al-Dżabbar, op. cit., t. I, s. 20; Muhammad Ibn al-Husajn al-Farra, op. cit., t. 1, s. 159, 162; Abu Hamid al-Ghazali, op. cit., t. I, s. 212-213.

te obowiązki zasadzają się na tekście Koranu, hadisach typu *mutawatir* lub *maszhur*[69].

Podziału czynów obowiązkowych dokonywano według rozmaitych kryteriów, na przykład ilościowego czy też czasowego. W zależności od tego, od kogo jest wymagane wypełnienie obowiązku, wyróżniono *wadżib ajni* – obowiązek indywidualny i *wadżib kifa'i* – obowiązek zbiorowy. *Wadżib ajni* dotyczy każdego muzułmanina, to na przykład obowiązek modlitwy (*salat*), pielgrzymki (*hadżdż*) czy jałmużny (*zakat*). Na *wadżibat kifa'ijja* składają się obowiązki całej społeczności. Jeśli wypełnią je niektórzy jej członkowie, pozostała część jest z nich zwolniona. Wśród *wadżibat kifa'ijja* można wymienić na przykład opiekę nad znajdą (*laqit*) czy modlitwę pogrzebową.

2. *Mandub* (czyn zalecany) – czyn, którego spełnianie jest nagradzane przez Boga, ale jego zaniedbywanie nie pociąga za sobą kary[70]. Jeśli czyn kwalifikowany jako *mandub* był spełniany przez proroka Muhammada, wówczas określany jest terminem *sunna*. Waga, jaką Prorok przywiązywał do pewnych spraw i zachowań, stała się podstawą do rozróżniania przez niektórych teoretyków prawa pomiędzy *sunna mu'akkada* (*mu'akkad* – 'pewny', 'określony', 'potwierdzony') a *sunna ghajr mu'akkada* (*ghajr mu'akkad* – 'niepewny', 'niepotwierdzony'). Pierwsza kategoria wskazuje na czyny, które Muhammad wypełniał regularnie, rzadko z nich rezygnując. Tak działo się na przykład w przypadku uczestnictwa w zbiorowej modlitwie. Wykonywanie czynów zalecanych należących do tej kategorii jest nagradzane przez Boga, ale zaniedbywanie, choć zasadniczo nie pociąga kary, jest potępiane. Druga kategoria obejmuje takie czyny, na których spełnianie Prorok zasadniczo nie nalegał, na przykład modlitwa nadobowiązkowa poprzedzająca kanoniczną południową. W tym przypadku zaniedbywanie takich czynów nie wiąże się z potępieniem. Podobnie dzieje się w przypadku trzeciej kategorii uczynków zalecanych, *sunnat az-zawa'id* (*zawa'id* < *za'ida* – 'dodatek'), które odnoszą się do zwyczajowych zachowań Proroka w codziennych sprawach, takich jak ubiór, jedzenie, picie czy sen. Na przykład zalecane jest, by podczas posiłku roznosić dania biesiadnikom (siedzącym w koło), kierując się w prawą stronę.

Mimo iż pojedyncze czyny z kategorii *mandub* mają status zalecanych, muzułmanin nie może odrzucić ich w całości. Co więcej, niektóre czyny *mandub* (np. małżeństwo), choć zalecane z perspektywy jednostki, nie mogą zostać odrzucone przez całą *ummę*. W tym kontekście *mandub* zbliża się do kategorii obowiązku zbiorowego (*wadżib kifa'i*).

3. *Mubah* (czyn obojętny, dosł. 'dopuszczalny', 'dozwolony') – czyn prawnie i moralnie obojętny, czyli taki, co do którego Prawodawca daje wybór

---

[69] Hanafici za pewny (*qati*) uznawali także hadisy *maszhur*, czyli przekazane przez jedną lub dwie osoby w pierwszym pokoleniu, w kolejnych przez wiele wiarygodnych świadków.

[70] Zob. np. Abd al-Dżabbar, op. cit., t. I, s. 20; Muhammad Ibn al-Husajn al-Farra, op. cit., t. 1, s. 162; Abu Hamid al-Ghazali, op. cit., t. I, s. 215.

w zakresie ich spełniania lub zaniechania. Spełnianie czynów *mubah* nie wiąże się z nagrodą, podobnie – odstąpienie od nich nie pociąga za sobą kary[71]. Do uczynków *mubah* należy na przykład spacer czy polowanie. Niektórzy teoretycy prawa zwracali uwagę, iż czyn *mubah* może zostać nagrodzony w zależności od intencji, jaka mu towarzyszy. Tak dzieje się na przykład w przypadku ćwiczeń fizycznych, które muzułmanin podejmuje po to, by wykorzystać sprawność osiągniętą w konsekwencji treningu w walce z wrogiem. Warto nadmienić, iż teoria prawa rozpoznawała przypadki częściowego i czasowego oraz absolutnego i trwałego zaniechania uczynków *mubah*, zwracając uwagę na możliwość zmiany także na tej podstawie ich prawnego statusu. Chodzi przede wszystkim o kwestie picia, jedzenia czy pożycia małżeńskiego. Na przykład całkowite zaprzestanie stosunków seksualnych w małżeństwie, gdzie ich czasowe i częściowe zaniechanie jest dozwolone, staje się zakazane (*haram*), gdyż w ten sposób zaprzecza prawnej definicji i znaczeniu małżeństwa.

4. *Makruh* (czyn naganny/potępiany) – zasadniczo czyn, którego popełnienie nie przynosi kary, zaś unikanie go jest przez Boga nagradzane[72].

Podobnie jak w przypadku czynów obowiązkowych, także i w obszarze *makruh* prawnicy szkoły hanafickiej dokonali podziału na dwa rodzaje. Pierwszy z nich – *makruh tahrim*^{an} (*tahrim* – ‘zakazanie’) jest bliższy kategorii czynu zakazanego (*haram*). Będąc przeciwieństwem *wadżib*, jest czynem, który został zakazany w oparciu o wskazanie epistemologicznie prawdopodobne (*dalil zanni*). Do takiej kategorii hanafici zaliczyli na przykład noszenie przez mężczyzn złotej biżuterii czy czynienie kolejnej propozycji małżeństwa w sytuacji, w której nie została udzielona odpowiedź na propozycję złożoną wcześniej innej kobiecie (takie zakazy znajdują się w hadisach typu *ahad*, a więc stanowiących wskazanie prawdopodobne). Jeśli muzułmanin dopuści się popełnienia *makruh tahrim*^{an}, może zostać przez Boga ukarany, ale jego czyn nie jest równoznaczny z porzuceniem wiary (*kufr*). Większość prawników sytuuje czyny określane przez hanafitów jako *makruh tahrim*^{an} w kategorii czynów zakazanych (*haram*).

Drugi rodzaj, *makruh tanzih*^{an} (*tanzih* – ‘usunięcie’, ‘oczyszczenie’) jest dla hanafitów tym, czym kategoria *makruh* dla przedstawicieli pozostałych szkół prawnych. Popełnienie takiego czynu nie pociąga za sobą kary, a jedynie potępienie, zaś powstrzymanie się od niego – nagrodę. Egzemplifikacją czynu *makruh tanzih*^{an} może być zawieranie umowy sprzedaży w czasie wezwania do piątkowej modlitwy.

5. *Haram/mahzur* (czyn zakazany) – czyn, którego unikanie przynosi nagrodę, a popełnienie karę[73]. Większość szkół prawnych klasyfikuje jako *ha-*

[71] Zob np. Abd al-Dżabbar, op. cit., t. I, s. 21; Abu Hamid al-Ghazali, op. cit., t. I, s. 177; Sajf Ad-Din al-Amidi, *Al-Ihkam al-hukkam fi usul al-ahkam*, Al-Qahira 1387/1968, t. I, s. 63, [za:] *Al-Mausu'a al-fiqhijja*, Wizarat al-Auqaf wa-Szu'un al-Islamijja, Al-Kuwajt 1404/1983, t. 1, 126.

[72] Zob. np. Abu Hamid al-Ghazali, op. cit., t. I, s. 216; Fachr ad-Din ar-Razi, op. cit., t. I, s. 104.

[73] Zob. np. Fachr ad-Din ar-Razi, op. cit., t. I, s. 101; Abd al-Dżabbar, op. cit., t. I, s. 22.

ram czyny, których zaniechanie uznano za konieczne w oparciu o wskazanie epistemologicznie pewne (*dalil qati*) lub prawdopodobne (*dalil zanni*). Jedynie hanafici – jak zostało to wspomniane – rezerwują kategorię *haram* dla czynów zabronionych wyłącznie na podstawie wskazania pierwszego typu (dopuszczenie się czynu *haram* kategoryzowanego w ten sposób w oparciu o wskazanie pewne jest równoznaczne z odstępstwem od wiary – *kufr*).

Teoria prawa rozróżniła dwie kategorie czynów zakazanych *haram li-zatihi* – to, co jest zakazane samo w sobie, jak kradzież, morderstwo, cudzołóstwo, poślubienie osoby blisko spokrewnionej, odprawianie modlitwy (*salat*) bez ablucji, oraz *haram li-ghajrihi* – to, co jest zakazane ze względu na coś innego. Oznacza czyn sam w sobie legalny, który staje się zakazany na skutek towarzyszących mu okoliczności. Na przykład małżeństwo, które zostaje zawarte tylko w celu rozwiązania go dla zalegalizowania kolejnego, zamierzonego związku, czy proponowanie zaręczyn kobiecie, która jest już zaręczona z innym mężczyzną. Czyny *haram li-zatihi* stają się dopuszczalne tylko w przypadku konieczności, to znaczy wtedy, gdy zagrożone są: życie, religia itp. (na przykład picie wina jest dozwolone tylko dla ratowania życia w przypadku skrajnego pragnienia). Czyny *haram l-ghajrihi* mogą stać się natomiast dozwolone nie tylko w przypadku absolutnej konieczności, ale także wtedy, kiedy ich spełnianie ułatwia poruszanie się w codziennym życiu (na przykład lekarz może oglądać intymne części ciała pacjenta nie tylko wtedy, kiedy jego choroba stanowi bezpośrednie zagrożenie życia).

Wymienione tu kategorie reprezentują pełny zakres prawno-moralnej oceny postępowania człowieka[74]. Z perspektywy systemu prawa kontynentalnego najbliższe znaczeniu *hukm taklifi* jest pojęcie normy[75].

Z kolei *ahkam wadijja* to komunikat/wypowiedź (*chitab*) Prawodawcy (Boga), który nie odnosi się do czynów człowieka w sposób normatywny, a deskryptywny. Według Al-Qarafiego (zm. 1285/684) określenie *wadi* – 'sytuacyjny', 'pozycyjny' w kontekście norm prawnych ma wskazywać na „to, co Bóg miał po prostu umieścić (*wada'a*) w prawie"[76]. Miałby to być więc ten wymiar prawa, który należy odróżnić od określonych obowiązków, jakie Bóg nałożył na człowieka (*taklif*), a który umożliwia zastosowanie pewnych norm bądź go wyklucza.

Każdy czyn ma bowiem pewne cechy charakterystyczne/właściwości (*wasf* l.mn. *ausaf*), z perspektywy których może być dyskutowany. Są to przyczyna (*sabab*), warunek (*szart*) i przeszkoda (*mani*).

---

[74] Szersze omówienie wszystkich kategorii normatywnych zob. np. w: M.H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, bmw 2006 (Islamic Texts Society UK), s. 280-289; Imran Ahsan Khan Nyazee, *Islamic Jurisprudence*…, op. cit., s. 57-73; Muhammad Abu Zahra, op. cit., s. 26-50; Abd al-Karim Zajdan, *Al-Wadżiz fi usul al-fiqh*, Bajrut 1987, s. 31-49.

[75] Zob. np. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 1999, s. 53n.; T. Chauvin, T. Stawecki, P. Winczorek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 2009, s. 83-92.

[76] Sh.A. Jackson, *Islamic Law and the State. The Constitutional Jurisprudence of Shihāb ad-Dīn al-Qarāfī*, Leiden 1996, s. 119.

Przyczyna (*sabab*) stanowi określony przez Prawodawcę wskaźnik stosowalności normy. Jej zaistnienie albo niezaistnienie pociąga za sobą odpowiednio stosowanie bądź niestosowanie normy. Teoretycy prawa wyróżniali zasadniczo przyczynę będącą w granicach możliwości człowieka oraz tę pozostającą poza jego kontrolą. Egzemplifikacją pierwszego typu może być morderstwo, które stanowi przyczynę zemsty czy kradzież, który to czyn stanowi przyczynę zastosowania kary *hadd* (tu: obcięcie dłoni). Przykładem drugiego typu przyczyny może być początek miesiąca ramadan czy zachód słońca, które stanowią przyczynę odpowiednio rozpoczęcia postu (*saum*) i rozpoczęcia modlitwy (*salat al-ghurub*).

Warunek (*szart*) uzupełnia przyczynę. Podobnie, jego niezaistnienie wyklucza stosowalność normy. Przykładowo bez rytualnej ablucji (*wudu*) nie można odprawiać modlitwy kanonicznej, która pozostawałaby nadal prawnie ważna. Jednakże osiągnięcie stanu rytualnej czystości (*tahara*) nie wywołuje automatycznie konieczności odbycia modlitwy. W przypadku kradzieży posiadanie przez skradziony przedmiot minimalnej wartości (*nisab*) jest warunkiem koniecznym do zastosowania kary *hadd*.

Wreszcie, obecność przeszkody (*mani*) uniemożliwia zastosowanie normy. Na przykład zabójstwo jest przeszkodą do dziedziczenia między legalnym spadkobiercą a zmarłym krewnym. W teorii prawa przeszkody prawne zostały podzielone na dwa rodzaje, zależnie od tego, czy odnoszą się do przyczyny, czy dotyczą samej normy. Przykładem przeszkody, która anuluje przyczynę jest zadłużenie osoby podlegającej obowiązkowi płacenia jałmużny (*zakat*). Niewypłacalność powoduje zniesienie tego obowiązku. Gdy *mani* dotyczy bezpośrednio normy, wyklucza jej zastosowanie mimo zaistnienia przyczyny i warunku. Na przykład przeszkodą w zastosowaniu kary *hadd* w przypadku kradzieży może być brak ochrony (*hirz*) danej własności przez osobę, na przykład stróża, bądź też wynikać z natury miejsca, w którym znajdowała się ukradziona własność, na przykład w prywatnym domu[77].

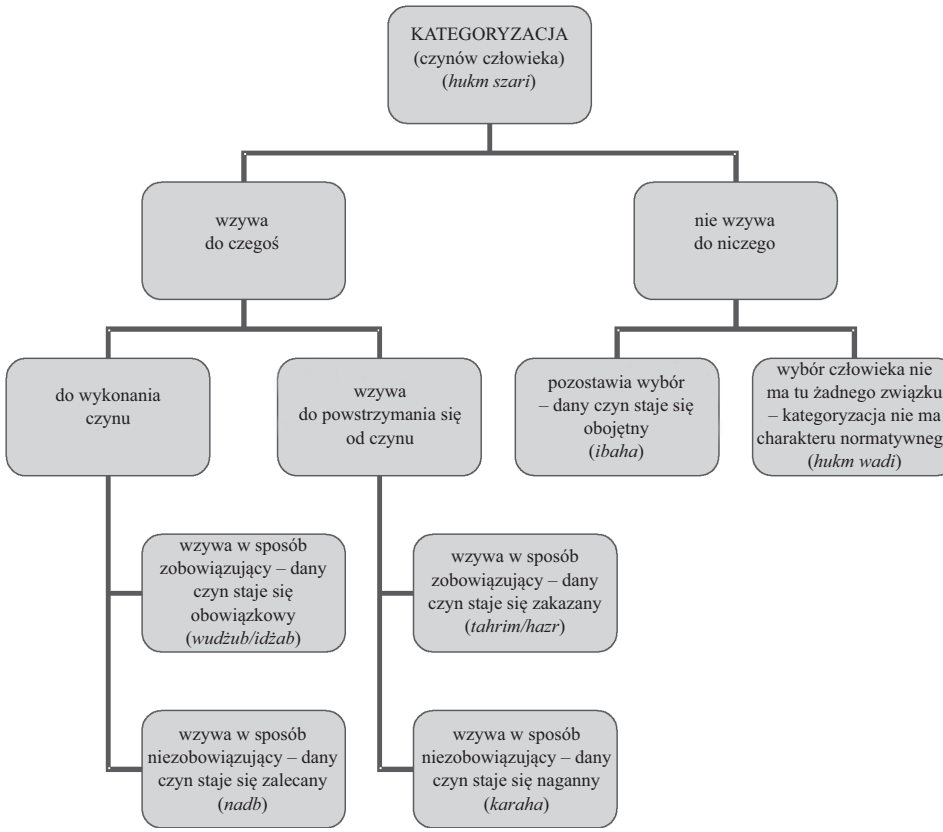
Niektórzy teoretycy prawa w ramach pojęcia *hukm wadi* dyskutowali także kwestie:

– ważności czynu (*sahih* – prawnie ważny i *batil* – prawnie nieważny),

– wpływu okoliczności na normatywną kategoryzację czynu (*azima* – kategoria pierwotna i *ruchsa* – kategoria nadana w konsekwencji zaistnienia szczególnych przyczyn).

Pierwsza kwestia dotyczy kwalifikowania danej czynności według jej ważności lub nieważności, w zależności od tego, czy przy jej dokonywaniu posiada ona wszystkie zasadnicze elementy oraz czy spełnione zostały warunki konieczne do jej prawnie skutecznego zaistnienia. Klasyfikacja ta obej-

[77] Szersze omówienie kategorii deskryptywnych zob. np. w: M.H. Kamali, op. cit., s. 291-293; Imran Ahsan Khan Nyazee, *Islamic Jurisprudence*…, op. cit., s. 74-77; Muhammad Abu Zahra, op. cit., s. 55-64; Abd al-Karim Zajdan, op. cit., s. 55-64.



Ryc. 1. Schemat przedstawiający funkcjonowanie *ahkam szarijja* (opracowanie własne na podstawie B.G. Weiss, *The Search for God's Law: Islamic Jurisprudence in the Writings of Sayf Al-Dīn Al-Āmidī*, Salt Lake City 1992, s. 98).

muje zarówno akty wiary (*ibadat*), jak i transakcje (*mu'amalat*)[78]. Na przykład modlitwa pozbawiona intencji (*nijja*), a więc jednego z konstytutywnych jej elementów (*rukn*), jest nieważna, podobnie jak małżeństwo zawarte bez obecności świadków (obecność świadków rozumiana jest jako warunek jego ważności). Nieważność takich czynów wyklucza ich istnienie *ab initio*[79].

Druga kwestia dotyczy łagodzenia bądź odstępowania od obowiązujących norm w wyniku zaistnienia szczególnych okoliczności. Odstąpienie od normy pierwotnej – *azima* ma zastosowanie w przypadku czynów obowiązkowych (*wadżib*) i zakazanych (*haram*) – przykładem jest tutaj skrócenie modlitwy

[78] Wyjątek w dyskursie stanowią hanafici, którzy w obszarze transakcji wyróżnili trzecią kategorię, *fasid*, będącą kategorią pośrednią pomiędzy *sahih* a *batil.*

[79] Szersze omówienie kategorii ważności i nieważności zob. np. w: M.H. Kamali, op. cit., s. 294-296; Muhammad Abu Zahra, op. cit., s. 64-68; Abd al-Karim Zajdan, op. cit., s. 64-68.

kanonicznej, czy wstrzymanie się od postu w okresie ramadanu w przypadku choroby lub podróży. Jednakże po tym, jak przyczyna owych trudności zniknie (powrót do zdrowia, powrót z podróży), należy wrócić do przestrzegania ścisłych regulacji. Innym rodzajem zastosowania *ruchsa* może być *tajammum*, ablucja dokonywana z braku wody za pomocą czystej ziemi lub piasku, czy też spożywanie mięsa niepochodzącego z rytualnego uboju wtedy, gdy od tego zależy przeżycie[80].

Elementami niezbędnymi do zaistnienia *hukm szari* są: Prawodawca (*hakim*), czyn, do którego odnosi się *hukm* (*mahkum fihi/mahkum bihi*), oraz osoba podległa prawu (*mahkum alajhi*). Aby uznać kogoś za osobę podległą prawu, musi ona spełniać dwa warunki: mieć zdolność rozumienia komunikatu (*chitab*) Boga oraz zdolność odpowiedzenia na niego. Zdolność do czynności prawnych może być ograniczona. *Mahkum alajhi*, który posiada pełną zdolność do czynności prawnych, określany jest terminem *mukallaf*.

4. Źródła norm – *usul al-ahkam*. Na źródła prawa[81], które w klasycznej teorii ostatecznie zostały uznane przez wszystkie szkoły, składają się teksty objawione – Koran i sunna Proroka oraz consensus (*idżma*) uczonych i analogia (*qijas*)[82]. Koran i sunna dostarczały prawnikom materiału, na podstawie którego na drodze *idżtihadu* wyinterpretowywali prawa Boże (*ahkam*).

1. Koran jest dla muzułmanów słowem Boga, objawianym prorokowi Muhammadowi za pośrednictwem archanioła Gabriela przez okres ponad 20 lat. Objawienia te zostały spisane po śmierci Proroka w układzie nie odzwierciedlającym chronologii ich przekazywania.

Na gruncie *fiqhu* do dzisiaj istnieją rozbieżności w kwestii szacowania objętości passusów koranicznych, poruszających problematykę prawną. Materiał prawny Koranu obejmuje w przybliżeniu 500 wersetów (z 6342 składających się na całość tekstu). Najwięcej miejsca zajmują kwestie obowiązków człowieka wobec Boga (*ibadat*), takie jak podstawowe obowiązki religijne, rytualne ablucje, jałmużna dobrowolna, składanie przysiąg. W dalszej kolejności Koran podejmuje kwestie małżeństwa, rozwodu, okresu *idda*, *mahru*, opieki nad dziećmi, wychowania, ojcostwa, dziedziczenia i spadku. Tematem kilkudziesięciu wersetów jest problematyka wybranych transakcji han-

[80] Szersze omówienie kategorii *azima* i *ruchsa* zob. np. w: M.H. Kamali, op. cit., s. 293-294; Muhammad Abu Zahra, op. cit., s. 50-54; Abd al-Karim Zajdan, op. cit., s. 50-54.

[81] W literaturze przedmiotu posługiwanie się określeniem „źródła" wynika z funkcjonującego w tradycji prawniczej arabskiego terminu *usul* obejmującego wszystkie fundamenty prawa – tak teksty, jak i metody rozumowania prawniczego, zasady *istishab* i *sadd az-zara'i* oraz prawo zwyczajowe. Wobec zakresu znaczeniowego pojęcia „źródło" na gruncie prawa zachodniego, nazywanie metod prawniczych źródłami ma charakter przenośny, zob. np. L. Morawski, op. cit., s. 106-109.

[82] Terminem *qijas* obok analogii określano niekiedy także inne formy wnioskowania, na przykład wnioskowanie *a fortiori* w obu formach *a minori ad maius* (z mniejszego na większe) oraz *a maiori ad minus* (z większego na mniejsze).

dlowych. W Koranie znalazły się także passusy o niektórych przestępstwach i karach za ich popełnienie oraz passusy poruszające tematykę sprawiedliwości, równości, praw i obowiązków mieszkańców wobec władzy, relacji pomiędzy ubogimi a bogatymi itp. *Corpus juris* Koranu obejmuje zatem szeroki zakres stosunków prawnych. Jednak większość tekstu koranicznego daje rozwiązania problemów prawnych jedynie w ogólnych zarysach, niewiele jest fragmentów, które dają rozwiązania szczegółowe. Dlatego też odwołanie się do sunny oraz posłużenie się samym *idżtihadem* było konieczne w formułowaniu konkretnych norm. Tekst Koranu był zawsze podstawowym źródłem, do którego należało się odwołać.

Sprzeczności obecne w tekście koranicznym pociągnęły za sobą wypracowanie teorii abrogacji (*nasch*). Ważne jest, że w świetle doktryny prawnej to nie wersety koraniczne zostają abrogowane, ale normy prawne, które zostały w nich osadzone.

2. Sunna jest zbiorem informacji obejmujących wypowiedzi proroka Muhammada i jego postawę w różnych sytuacjach. Jeszcze za jego życia i krótko po jego śmierci – zgodnie z tradycją muzułmańską – starano się naśladować jego zachowanie we wszystkich sferach życia, dążono do zebrania przekazywanych ustnych przekazów, które z czasem zaczęły przybierać formę bardziej uporządkowaną i skonwencjonalizowaną, opartą o mechanizmy pozwalające na weryfikację. Relacje te (hadisy) miały dwuczłonową strukturę obejmującą: *isnad*, który był zapisem łańcucha wiarygodnych świadków, potwierdzających swoją narracją prawdziwość wypowiedzi Proroka oraz *matn* czyli właściwą treść przekazywanego hadisu. W długiej tradycji studiów nad sunną Proroka wprowadzono wiele podziałów hadisów, obierając za kryterium ich strukturę, sposób przekazu, treść, liczbę świadków, długość *isnadu*, jego ciągłość itp.

Na gruncie prawnym Koran i sunna były ze sobą łączone w tym sensie, że koraniczne wskazanie, które miało status epistemologicznie prawdopodobny mogło zyskać status pewny dzięki odniesieniu do innego pewnego wskazania Koranu lub sunny. Podobnie prawdopodobny status wskazania w sunnie mógł stać się pewny na tej samej zasadzie.

3. *Qijas* jako analogia[83] – metoda wnioskowania, zgodnie z którą norma dotycząca konkretnego przypadku, wyprowadzona z tekstu Koranu, sunny lub (według większości teoretyków) za pomocą consensusu zostawała przypisana nowemu przypadkowi, co do którego nie można było wyprowadzić normy na

[83] Posługiwanie się *qijasem* było rozumiane nie jako tworzenie prawa, ale jako odkrywanie i twórcze rozwijanie istniejących norm. Fundamentalną zasadą użycia tej metody było poruszanie się *mudżtahida* w ramach narzuconych mu przez objawione prawo ograniczeń, odrzucenie przez niego własnych preferencji intelektualnych i upodobań oraz absolutne unikanie ingerowania w istniejące prawo. Dlatego też niektórzy, jak na przykład B. Weiss (op. cit., s. 551), proponują tłumaczyć *qijas* jako ‘analogię’, gdyż wyrażenia ‘rozumowanie przez analogię’ czy ‘wnioskowanie przez analogię’ skupiają uwagę na twórczym działaniu człowieka.

bazie źródeł. Jednocześnie warunkiem *sine qua non* (według zdecydowanej większości teoretyków prawa) była obecność wspólnej dla obu przypadków przyczyny prawnej, *ratio legis* (*illa*). Za elementy konstytutywne *qijasu* uznano zatem: pierwotny przypadek (*asl*), nowy przypadek (*far*), który wymagał normy, normę – *hukm* odnoszącą się do *asl* (tj. *hukm al-asl*), która mogła zostać przeniesiona na *far* (była wówczas określana jako *hukm al-far*) oraz przyczynę prawną (*illa*) danej normy odnoszącej się do pierwotnego przypadku, ukonstytuowaną na bazie konkretnej cechy/właściwości (*wasf*) wspólnej dla obu przypadków (*asl* i *far*). Pisząc o *ratio legis* normy teoretycy zazwyczaj mieli na myśli cechę/właściwość danego przypadku. Aby można było posłużyć się metodą *qijasu*, każdy z jej poszczególnych czterech elementów powinien spełniać określone warunki. Ich systematycznemu wyłożeniu teoretycy poświęcali całe rozdziały[84].

Ilustracją zastosowania wnioskowania typu *qijas* może być przypadek picia wina (wyjątkiem są teoretycy hanaficcy, którzy w tym przypadku do wyprowadzenia przepisu posługiwali się sunną, a nie analogią): wino z winogron (*chamr*) zostało zakazane na podstawie tekstu Koranu. Przyczyną prawną zakazu jest odurzający charakter tego wina. Jeśli spożycie innych substancji (np. innych rodzajów alkoholu) powoduje taki sam efekt, a zatem doprowadza do odurzenia, wówczas zakaz picia wina winogronowego zostaje rozciągnięty na te przypadki[85].

4. *Idżma* – consensus. Teoria consensusu nie była jednolita. Kontrowersje wśród teoretyków prawa budziło wiele kwestii począwszy od samego podmiotu consensusu – zasadniczo uznawano, że consensus jest zgodą *mudżtahidów* (reprezentujących społeczność muzułmańską) żyjących w określonym czasie po śmierci Proroka co do spraw natury prawnej[86]. W procesie wyprowadzania norm z tekstów objawionych consensus „pojawiał się" niemalże na jego końcu. Tym samym odgrywał kluczową rolę w tworzeniu prawa. Poprzez consensus *mudżtahidów* rozwiązania wyprowadzone z Koranu i sunny, które nierzadko miały status prawdopodobnych (*zanni*), zostawały uznane za epistemologicznie pewne (*qati*), a w konsekwencji zyskiwały status nieodwołalnych i wiążących norm[87]:

> Pewność nadana jakiemukolwiek przypadkowi prawnemu czyni ten przypadek, wraz z jego rozwiązaniem, materialnym źródłem, na bazie którego podobne przypadki mogą być rozwiązywane. *Mudżtahidowie*, upoważnieni dzięki boskiemu

[84] Np. Abd al-Dżabbar, op. cit., t. IV, s. 104-123, Fachr ad-Din ar-Razi, op. cit., t. V, s. 331--376, Szams al-A'imma Abu Bakr as-Sarachsi, *Usul as-Sarachsi*, haqqaqa usulahu Abu al-Wafa al-Afghani, Bajrut 1414/1983, t. II, s. 149-174.

[85] B.G. Weiss, op. cit., s. 556, por. Fachr ad-Din ar-Razi, op. cit., t. V, s. 339.

[86] W.B. Hallaq, *On the Authoritativeness of Sunni Consensus*, „International Journal of Middle Eastern Studies", vol. 18, no 4 (1986), s. 450, przyp. 1.

[87] Ibidem, s. 427.

> objawieniu [do posługiwania się consensusem – B. P-S.], są w ten sposób w stanie przekształcić rozwiązanie osiągnięte na drodze prawniczego rozumowania w źródło tekstowe poprzez sam fakt wspólnej zgody co do jego ważności[88].

Aby consensus był poprawny i miał wartość wiążącą, musiały zostać spełnione konkretne warunki. Sprowadzały się one zasadniczo (choć w dyskursie nie brakowało kontrowersji) do wymogu obecności *mudżtahidów* w czasie, kiedy pojawiała się nowa sytuacja wymagająca sformułowania normy, jednomyślności wszystkich *mudżtahidów* oraz wyartykułowania przez nich zgody (pisemnie lub ustnie). Prawo osiągnięte przez consensus nie mogło być zmieniane ani abrogowane. Żaden kolejny consensus nie mógł być zawierany w tej samej sprawie (spełnienie teoretycznych wymogów związanych z formułowaniem *idżmy* było niezwykle trudne, jeśli nie niemożliwe; dlatego też podjęto polemikę z teoretykami prawa co do założeń consensusu, w praktyce zgoda dotyczyła zazwyczaj większości *mudżtahidów* w obrębie danej szkoły prawa).

Metody *qijasu* i consensusu razem z Koranem i sunną tworzą cztery autorytatywne, niebudzące wątpliwości źródła prawa. Nie oznacza to, że prawnicy wszystkich szkół prawnych akceptowali je w równym stopniu (podstawowa różnica pomiędzy szkołami zasadzała się na odmiennej ewaluacji poszczególnych *usul*), ale to, że przyjmowali je bez zastrzeżeń. Prawo muzułmańskie – co zostało już kilkakrotnie sygnalizowane – wprowadza wyraźne rozróżnienie pomiędzy prawdopodobieństwem a pewnością[89]. Przynależność do gminy muzułmańskiej jest warunkowana nie tylko wypełnianiem obowiązków, ale – jak tłumaczy W.B. Hallaq[90] – pewnością co do istnienia jedynego Boga i prawdziwości posłannictwa Muhammada. Nie można być muzułmaninem, mając wątpliwości co do prawdziwości Koranu jako słowa Boga czy sunny Muhammada jako sunny wysłannika Boga; to samo tyczy się consensusu i *qijasu*. Brak pewności w tym zakresie byłby jednoznaczny z brakiem pewności co do prawdziwości całego systemu prawa, na którym budowana jest *umma*. Prawdziwość Koranu i sunny Proroka jako dwóch podstawowych źródeł prawa *usul al-fiqh* potwierdziło argumentacją teologiczną[91]. O prawdziwości consensusu i *qijasu* miały zaświadczyć teksty objawione (potwierdzenie to ostatecznie znaleziono w sunnie Proroka).

Obok czterech fundamentalnych źródeł prawa, klasyczna teoria rozpoznawała także inne, które nie były uznawane przez wszystkie szkoły prawa. Były to:

---

[88] W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 1.

[89] Zob. także poniżej, s. 42.

[90] Idem, *Origins*…, op. cit., s. 129-130.

[91] Podziały pomiędzy poszczególnymi dziedzinami wiedzy w islamie, głównie zaś pomiędzy prawem i teologią nigdy nie były wyraźne. I choć na przestrzeni historii wydzieliły się rozmaite specjalizacje w obszarze prawa i teologii, dyskursy prawny i teologiczny często się przenikały. Także *usul al-fiqh* budowało swoją teorię na konkluzjach teologicznych, zob. poniżej, s. 41-42.

– *istihsan*, czyli preferencja prawnicza (metoda rozumowania prawniczego, poprzez którą przyjmuje się inne rozwiązanie w danej sprawie niż to, które zostało wyprowadzone w oparciu o analogię; preferowane rozwiązanie musiało znajdować oparcie przede wszystkim w Koranie, sunnie lub consensusie, albo też musiało być wyprowadzone na drodze wnioskowania przez tzw. ukrytą analogię, tj. analogię, w której *ratio legis* nie było od razu widoczne czy też łatwe do wyśledzenia),

– *istislah*, czyli kierowanie się dobrem/interesem całej społeczności (metoda rozumowania prawniczego, w której dobro ogólne/interes społeczny (*maslaha*) jest uznawane jako podstawa do przyjęcia danego rozwiązania prawnego; kluczowym pojęciem w tym kontekście jest *maslaha mursala*, czyli to dobro ogólne *ummy*, które nie zostało ujęte w tekstach objawionych – inaczej mówiąc, decyzje, do jakich dochodzono w oparciu o *istislah* nie miały wsparcia na konkretnych wskazaniach Koranu i sunny. Warunkiem uznania rozwiązania było natomiast wykazanie, że przyjęta w danej sprawie *maslaha mursala* wykazuje zgodność i związek z uniwersalnymi celami prawa lub konkretnym wskazaniem w źródłach tekstowych),

– *istishab*, czyli domniemanie ciągłości (zasada, według której należy domniemywać, że prawny stan rzeczy zachowuje swój *status quo* dopóty, dopóki nie ma przyczyny, która wymagałaby zmiany takiego domniemania),

– *sadd az-zara'i*, czyli blokowanie działań prowadzących do zła (zasada, według której należy zakazać tych czynów dozwolonych, które w pewnych sytuacjach mogą prowadzić do rezultatów niezgodnych z prawem; u podstaw *sadd az-zara'i* leży właściwe dla muzułmańskiej myśli prawno-religijnej pragnienie zapobiegania złu zanim się jeszcze pojawi; zasada ta nie była traktowana jako niezależne źródło prawa, ale kontynuacja idei *maslaha mursala*),

– *urf*, czyli zwyczaj, powszechnie przyjęty sposób postępowania (mimo iż teoretycznie klasyczna *usul al-fiqh* nie traktowała zwyczaju jako źródła prawa, przedostał się on do prawa w materiale sunny i consensusu; w praktyce, zwłaszcza w szkole hanafickiej, pojawiła się z czasem tendencja, by *urf* traktować jako źródło prawa, było to widoczne zwłaszcza w posługiwaniu się preferencją prawniczą),

– *qaul as-sahabi*, czyli opinia towarzysza proroka Muhammada (opinia, jaka została sformułowana przez towarzysza Proroka w wyniku *idżtihadu* (który w pierwszych dwóch wiekach ery muzułmańskiej był równoznaczny z proponowaniem własnych rozwiązań w zakresie pojawiających się problemów prawnych, także przez towarzyszy Proroka), którą *as-sahabi* podejmował wówczas, gdy ani w Koranie, ani w sunnie Proroka nie było odpowiedniej normy odnoszącej się do danej sprawy)[92],

[92] Kryteria uznania kogoś za towarzysza Proroka były przedmiotem dyskusji; zasadniczo uznawano, że jest to osoba, która osobiście się z nim zetknęła i uznała jego posłannictwo. Uznanie kogoś za towarzysza Proroka zależało w dużej mierze od wielokrotności przekazu tego faktu (*tawatur*).

– *szar man qablana*, 'objawione prawo tych, którzy byli przed nami', czyli prawa objawione, które przynieśli prorocy posłani przez Boga przed Muhammadem (islam zasadniczo postrzega wcześniejsze religie, podobnie jak siebie, w kluczu legalistycznym; tradycja muzułmańska podkreśla, że Bóg przemawiał do człowieka poprzez swoich wysłanników przed Muhammadem, stąd zarówno Tora, jak i Ewangelie mają swoje źródło w boskim objawieniu)[93].

5. Funkcja. W tradycyjnym ujęciu *usul al-fiqh* miała identyfikować i porządkować źródła norm oraz rozpoznawać i definiować metody, które pozwalały na wyprowadzanie *ahkam* (*taklifijja*) z tekstów objawionych. Nie interesowała się zatem konkretnymi przypadkami, to znaczy nie dyskutowała, jaką normę należy zastosować do danego przypadku – była to rola *fiqhu* w jego rozmaitych „gałęziach" – *furu*. Mówiła na przykład, pod jakimi warunkami consensus (*idżma*) tworzy wskazanie (*dalil*) dla ustalenia danej normy lub jakie są warunki ważności danego czynu lub też jakie są ograniczenia w posiadaniu pełnej zdolności do czynności prawnych. Była to zatem „całość teoretycznych i metodologicznych zasad, które leżą u podstaw pracy nad artykulacją *szari'a*"[94]. Jednak przypisywanie *usul al-fiqh* roli fundamentu warunkującego rozwój prawa od samego jego początku jest działaniem projekcyjnym. Była to raczej retrospektywna systematyzacja i usprawiedliwienie istniejącego już prawa[95].

Teoria prawa miała służyć *mudżtahidom*[96], określała także ich kompetencje i prerogatywy. Dostarczała wiedzy z zakresu procedury *idżtihadu*. Procedura ta nie była jednolita, ze względu na akceptowanie przez poszczególne

[93] Szerzej na temat drugorzędnych źródeł prawa zob. np. w: Abd al-Dżabbar, op. cit., t. II, s. 208-225, t. IV, s. 514-522; Szams al-A'imma Abu Bakr as-Sarachsi, op. cit., t. II, s. 199-208; Al-Amidi, op. cit, t. IV, s. 172-217, [za:] B.G. Weiss, op. cit., s. 660-679 oraz W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 107-117; M.H. Kamali, op. cit., s. 210-216, 234-276; G. Libson, *On the Development of Custom as a Source of Law in Islamic Law: Al-rujū'u ilā al-'urfi aḥadu al-qawā'idi al-khamsi allatī yatabannā 'alayhā al-fiqhu*, „Islamic Law and Society", vol. 4, nr 2 (1997), s. 131-155; Imran Ahsan Khan Nyazee, *Islamic Jurisprudence*…, op. cit., 231-260; B. Prochwicz-Studnicka, D. Michta, *Rzymska* aequitas *a muzułmański* istihsan, „Czasopismo Prawno-Historyczne", Tom LXII, zeszyt 2 (2010), s. 281-291; Abd al-Karim Zajdan, op. cit., s. 245-271.

[94] B.G. Weiss, op. cit., s. 26.

[95] Aziz al-Azmah, *Islamic Legal Theory and the Appropriation of Reality* [w:] *Islamic Law, Social and Historical Contexts*, London 1988, s. 251, [za:] M.H. Kamali, *Methodological Issues in Islamic Jurisprudence*, „Arab Law Quarterly", vol. 11, no 1 (1996), s. 7; J. Schacht, op. cit., s. 115.

[96] *Mudżtahid* jest imiesłowem czynnym utworzonym od czasownika *idżtahada* o znaczeniu 'wytężać się', 'wysilać się', 'robić wszystko, co w czyjejś mocy', 'wykorzystywać wszystkie swoje siły/zdolności do osiągnięcia czegoś (co jest procesem trudnym i uciążliwym)'. Jako termin prawniczy czasownik *idżtahada* był używany początkowo w znaczeniu 'wykorzystywać [o prawniku] w najwyższym stopniu swoje zdolności [umysłowe] w celu formułowania opinii w danej sprawie', 'wysilać się w kierunku sformułowania opinii', 'wypracować rozwiązanie dla jakiejkolwiek prawnej trudności', później już w wąskim znaczeniu: 'podejmować [o prawniku] największy możliwy wysiłek w formułowaniu opinii na temat prawdopodobnej normy prawnej (*hukm*) odnoszącej się do danego przypadku', 'podejmować [o prawniku] największy możliwy wysiłek w wyprowadzaniu

szkoły różnych metod rozumowania prawniczego. Niemniej w uproszczeniu można powiedzieć, że pierwszym krokiem była zawsze próba odnalezienia konkretnych fragmentów (a w nich wskazań, *adilla*) Koranu, a następnie sunny, które mogły mieć zastosowanie w danym przypadku. Wypowiedzi (tj. słowa, wyrażenia, całe zdania) klasyfikowano i wyjaśniano ich znaczenie.

Dlatego też znaczną część dzieł z zakresu teorii prawa stanowiły rozdziały poświęcone znaczeniu wypowiedzi (*dalalat al-alfaz*) – rozważano tu rozmaite kategorie interpretacyjne, np. *amr* (nakaz) i *nahj* (zakaz), wypowiedzi typu *amm* (ogólne) i *chass* (specyficzne), o znaczeniu *haqiqi* (dosłownym) i *madżazi* (przenośnym), *wadih* (jasnym) i *ghajr wadih* (niejasnym), gdzie starano się ustalić i zdefiniować powiązania pomiędzy obserwowalnymi cechami języka a znaczeniem danej wypowiedzi (było to podejście umożliwiające interpretację tekstów także nie-Arabom, podejście odmienne do tego, które proponował Asz-Szafi'i, uważając, że jedynie etniczni Arabowie są w stanie odczytać właściwe znaczenie wypowiedzi).

Jeśli interpretacja nie dawała rezultatów, kolejny etap *idżtihadu* polegał na poszukiwaniu w tekstach Koranu i sunny przypadku, którego norma (wyprowadzona uprzednio) mogła zostać zastosowana w nowym przypadku na bazie metody *qijasu*. Wreszcie, w przypadku niepowodzenia, możliwe było wykorzystanie innych metod uznawanych przez poszczególne szkoły prawa – *mudżtahid* miał kierować się wówczas bardziej celami, jakie niesie ze sobą prawo (*maqasid szari'a*[97]) w ogóle niż konkretnymi fragmentami tekstów, które nie przynosiły odpowiedzi.

Ze względu na poruszanie się *mudżtahida* w przestrzeni tekstów, gdzie wypowiedzi mogły mieć więcej niż jedno znaczenie (jednoznaczne wskazania wykluczały konieczność podejmowania *idżtihadu*), wyprowadzanie przepisów zawsze naznaczone było możliwością błędu. Prawdopodobieństwo (*zann*) jako cecha właściwa domenie *idżtihadu* wytworzyło sytuację, w której różni *mudżtahidowie* mogli dochodzić do odmiennych rozwiązań odnośnie do jednego przypadku. Jednocześnie jeden *mudżtahid*, stosując różne metody, mógł otrzymywać kilka odmiennych rozwiązań. Większość teoretyków prawa zgodna była, że właściwe (prawdziwe) jest tylko jedno rozwiązanie. W tradycji prawniczej nie traktowano błędu *mudżtahida* w kategorii grzechu, co mogło mieć praktyczne uzasadnienie (chodziło o wyeliminowanie ryzyka nawet całkowitego zaprzestania *idżtihadu*). Umocowaniem tej tolerancyjnej postawy mogła być wypowiedź Proroka: „Jeśli sędzia podejmuje *idżtihad* i osiąga poprawny rezultat, jest nagradzany podwójnie, jeśli się myli, tylko

norm prawnych w oparciu o szczegółowe wskazania (*dalil*) w źródłach tekstowych', AEL, s.v. *idżtahada*, *mudżtahid*.

[97] *Maqasid szari'a* – uniwersalne wartości mające swą podstawę w tekstach objawionych, ukierunkowane na zapewnienie szeroko pojętej korzyści na poziomie indywidualnym i zbiorowym, pożytku materialnego, moralnego i duchowego żyjących i przyszłych generacji.

jednokrotnie"[98]. W drugim przypadku chodzi o nagrodę za wypełnianie obowiązku *idżtahada* jako takiego.

Teoria prawa, dzięki dyskutowaniu i hierarchizacji źródeł prawa oraz zasad ich wykorzystywania w wyprowadzaniu norm, umożliwiała porównywanie otrzymanych rozwiązań i dokonywanie eliminacji (*tardżih*), celem uzyskania ostatecznej normy (kwalifikującej dany czyn do jednej z pięciu kategorii), która najpełniej odzwierciedliłaby wolę Boga.

Tradycyjne spojrzenie na rolę klasycznej teorii prawa kładło zatem nacisk na to, że po pierwsze – same słowa mogą generować znaczenie (por. *dalalat al-alfaz* powyżej), po drugie – że *usul al-fiqh* tworzy dzięki temu samodzielną, niezależną przestrzeń wyinterpretowywania praw bożych.

Według Sh.A. Jacksona spojrzenie to w dużym stopniu przypomina nowy formalizm w ujęciu Stanleya Fisha[99]. Według niego (a także innych krytyków nowego formalizmu) ograniczenie przesłanek interpretacyjnych w stosowaniu prawa do samego tekstu (a dokładnie do jego „zwykłego znaczenia" – *plain meaninig*)[100] nie gwarantuje zachowania obiektywności interpretatora. Główną przyczyną jest bowiem niemożliwość określenia kryteriów dla „zwykłości" (*plainness*) znaczenia tekstu:

> Leksemy i struktury gramatyczne same z siebie nie będą miały znaczenia – nie będą nawet postrzegane jako leksemy czy struktury gramatyczne, dopóki nie będą postrzegane jako wygenerowane przez jakiś działający intencjonalnie podmiot. Tekst, którego znaczenie wydaje się od razu oczywiste [ang. *plain* – B. P-S.], to taki, dla którego już założono określony kontekst intencjonalny. I jest to także tekst, którego jasność i stabilność może zawsze zostać podana w wątpliwość przez argument umiejscowienia go w innym kontekście intencjonalnym i nadania mu innego oczywistego znaczenia. To założenie intencji pojawia się pierwsze, a jako drugie pojawia się znaczenie. Tekst, mówiąc krótko, nie jest niezależny; jest zjawiskiem całkowicie derywowanym – coś innego (ożywiająca intencja) musi być obecne zanim pojawi się tekst […][101].

Próbując odnieść argumenty S. Fisha do założeń klasycznej hermeneutyki *usul al-fiqh*, można zauważyć pewne podobieństwa. Reguły interpretacji zna-

---

[98] Np. Abd al-Dżabbar, op. cit., t. V, s. 27.

[99] Taką tezę sformułował Sh.A. Jackson w swoim artykule *Fiction and Formalism*…, op. cit., s. 178-201.

[100] Formalizm zasadniczo obejmuje zespół stanowisk odnośnie do procesu interpretacji i stosowania prawa, które preferują (zapisany) materiał prawny ponad źródła zewnętrzne wobec prawa. W nowym ujęciu formalizmu (od lat 80. XX w.) nacisk kładziony jest na tzw. „zwykłe znaczenie" (*plain meaning*) tekstu prawnego, które – w oderwaniu od historycznej intencji prawodawcy i historii legislacyjnej – ma stać się jedynym wyznacznikiem w procesie interpretacji i stosowania prawa, gwarantującym zachowanie obiektywności przez interpretatora, M. Matczak, *Summa Inuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007, s. 58-59 (szerzej s. 53-81).

[101] S. Fish, *There Is No Textualist Position*, „San Diego Law Review", vol. 42 (2005), s. 635, [za:] M. Matczak, op. cit., s. 74-75.

czenia wypowiedzi w tekstach objawionych, tj. ustalenie znaczenia na podstawie analizy morfologicznej czy syntaktycznej poszczególnych wypowiedzi, okazały się niewystarczające. Niemożliwe było wyabstrahowanie języka z kontekstu zewnętrznego, w którym był on osadzony. Dlatego też kierunek interpretacji uzależniono od obecności kontekstu (*qarina* l.mn. *qara'in*), będącego w oczach teoretyków prawa częścią planu bożego[102]. Teoria prawa nie opracowała jednak reguł identyfikacji *qara'in* (zwłaszcza konsytuacyjnych) ani zasad ich doboru, co miało daleko idące konsekwencje praktyczne: skoro znaczenie wypowiedzi było uzależnione od zastosowania takiego a nie innego zestawu *qara'in*, nieodłącznym elementem interpretacji stawał się subiektywizm, który „otwiera drogę do wpływu presupozycji, wizji ideologicznych i innych zewnętrznych czynników"[103]. I faktycznie, ze względu na indywidualistyczny charakter *idżtihadu*, każdy z prawników przyjmował własny zestaw *qara'in*, a zatem interpretacja znaczenia tekstów objawionych mogła być i była w rezultacie odmienna. Można zaryzykować twierdzenie, że *mudżtahidowie* dokonywali dzięki temu dynamicznej wykładni tekstu objawionego.

Przyjęcie koncepcji *qarina* pokazuje, że wbrew roli, jaką tradycja przypisała klasycznej teorii prawa,

> […] jej zasadniczą funkcją było ustalenie i utrzymanie parametrów dyskursu, poprzez które można uzasadnić poglądy [w ten sposób], że identyfikuje się je jako *prawne*, zarówno w sensie takim, że nadają się jako możliwe do przyjęcia (jeśli nie prawdziwe) urzeczywistnienia (*embodiments*) intencji tekstów [tj. tekstów objawionych – B. P-S.], jak również, że przedstawia się je jako różne od poglądów, powiedzmy, naukowych, ideologicznych czy po prostu pragmatycznych[104].

6. Cechy charakterystyczne. Ze względu na złożony proces wyprowadzania norm z tekstów objawionych, *usul al-fiqh* była dyscypliną obejmującą nie tylko te elementy, które ze współczesnej zachodniej perspektywy mogą przynależeć do teorii prawa, ale i filozofii prawa, logiki, epistemologii, teologii i językoznawstwa.

Prawno-teologiczną (ale i filozoficzną) myśl muzułmańską od samego początku cechowało nieustanne zmaganie się objawienia (*wahj*) i rozumu (*aql*). Po ostatecznym przyjęciu przez nią źródeł objawionych, Koranu i sunny Proroka, „rywalizacja rozumu i objawienia przesunęła się na inny front, gdzie centralne stały się kwestie metodologiczne"[105]. Rozum okazał się niezbędny

---

[102] Szerzej na temat *qara'in* zob. W.B. Hallaq, *Notes on the Term qarīna in Islamic Legal Discourse*, „Journal of the American Oriental Society", vol. 108, nr 3 (1988), s. 475-480.

[103] Sh.A. Jackson, *Fiction and Formalism*…, op. cit., s. 193.

[104] Ibidem, s. 179.

[105] W. B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 255.

w odkrywaniu bożego prawa, a ugrupowania, które nie zgadzały się na uznanie konieczności syntezy idei racjonalistycznych i tradycjonizmu – jak już wspomniano – ostatecznie przestały istnieć. Oczywiście kwestia roli rozumu w ustalaniu granicy pomiędzy dobrem a złem, czy określaniu obowiązków i praw człowieka była nieustannie dyskutowana; w zależności od afiliacji teologicznych poszczególnych teoretyków prawa rola ta była marginalizowana lub, przeciwnie, przydawano rozumowi moc poznawczą, niezależną od objawienia. Jednak w głównym nurcie teorii prawa dominowały idee aszaryckie (sporo teoretyków prawa należało do aszaryckiej szkoły teologicznej), podkreślano zatem, że rozumowanie nie może wykraczać poza granice wyznaczone przez objawienie zawarte w Koranie i sunnie Proroka. Inaczej mówiąc, rozum miał jedynie rozpoznać objawiony charakter prawa i podjąć próbę odczytania objawienia, ale sam nie mógł być niezależnym źródłem prawa, ostatnią instancją w ustalaniu norm. Było to jednak założenie teoretycznie. Na przykład kategorie *mandub*, *mubah* i *makruh* były do pewnego stopnia otwarte na racjonalne rozważania w tym sensie, że prawnicy mogli dokonywać przesunięć w klasyfikacji czynów, odwołując się do racjonalnego uzasadnienia. Poszczególne metody rozumowania prawniczego wypracowane przez teorię prawa także nie są niczym innym jak modelami posługiwania się opinią własną (*raj*). Ich powiązanie z objawieniem mogło być ścisłe i widoczne (jak w przypadku analogii) lub luźne i mniej widoczne jak w przypadku preferencji prawniczej, choć jednak norma wyprowadzona za pomocą tej metody musiała być zgodna z fundamentalnymi wartościami i zasadami *szari'a*. Jeszcze bardziej wyrazistym przykładem jest consensus, który – uważany za autorytatywne źródło prawa – nie posiada swojego wyraźnego umocowania w Koranie czy sunnie (wymóg ten, choć obecny w samej teorii consensusu, był często pomijany w podręcznikach teorii prawa). Wiele norm wyprowadzonych na podstawie consensusu zasadzało się na pojęciu dobra ogólnego/interesu publicznego (*maslaha*), które samo w sobie ma charakter racjonalny i bierze pod uwagę względy utylitarne. Wiążący charakter takich norm pokazuje, że mimo wyraźnych deklaracji ze strony teoretyków prawa, którzy za podstawowy cel swojej dyscypliny uważali stworzenie wykładni dla *idżtihadu* w ścisłym powiązaniu z objawieniem, rozum był traktowany jako jedno ze źródeł prawa[106].

Konsekwencją budowania teorii prawa na objawieniu było umocowanie jej w strukturze teologicznej. „Innymi słowy, teoria prawa logicznie i merytorycznie wymagała [istnienia] teologii, ponieważ podstawowe przesłanki, na których była w całości oparta – istnienie, jedyność i atrybuty Boga – były wyłącznie teologiczne”[107]. Dlatego też, podobnie jak teologia, teoria prawa

[106] M.H. Kamali, *Methodological Issues*…, op. cit., s. 19; szerzej zob. M.H. Kamali, *Law and Society: The Interplay of Revelation and Reason in the Shariah*, [w:] *Oxford History of Islam*, ed. J.L. Esposito, Oxford University Press 2000, s. 107-154.

[107] W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 256.

postrzegała wiedzę jako atrybut istniejący w umyśle Boga i umysłach Jego stworzenia. Uważano, że boska wiedza, która ma charakter wieczny i wszechobejmujący, przeciwstawia się ludzkiej wiedzy, która może być konieczna (*daruri*) i nabyta (*muktasab*). W teologicznych badaniach nad źródłami wiedzy tradycyjnie posługiwano się takim rozróżnieniem (gdzie *daruri* wiązano z czymś, co jest 'oczywiste' i 'natychmiastowe', a *muktasab* z tym, co 'dyskursywne' i 'spekulatywne'). Wiedzę konieczną rozumiano jako wiedzę, która została niejako „umieszczona w umyśle" i obecna w nim *ab initio*, która nie może być ani odrzucona ani podana w wątpliwość. Może mieć charakter aprioryczny (np. wiedza o własnym istnieniu) lub być wynikiem percepcji (np. wiedza zmysłowa). Wiedzę typu *muktasab* nabywa się w procesie rozumowania, może być zatem błędna, prowadzić do prawdopodobieństwa (*zann*), podczas gdy wiedza *daruri* zawsze prowadzi do pewności (*qat*)[108]. Choć problemy teologiczne zasadniczo znalazły się poza granicami dyscypliny, sama epistemologia stała się jej integralną częścią, a kwestie prawdopodobieństwa i pewności zdominowały dyskurs teoretyków prawa, co zostało już wcześniej zasygnalizowane. Mimo iż teoria prawa przynajmniej częściowo wykorzystała w swoich rozważaniach elementy greckiej myśli logicznej, tradycyjna epistemologia była wciąż punktem odniesienia dla przeważającej części teoretyków prawa.

Zaadaptowanie elementów greckiej logiki formalnej nastąpiło dopiero w XI w. (V AH), kiedy teoria prawa była już dyscypliną bardzo dojrzałą. Być może jest to jeden z powodów, dla których korpus logiczny pozostał zasadniczo odrębnym strukturalnie elementem teorii prawa (podczas gdy koncepcje teologiczne tworzą z nią organiczną całość). Mimo iż na przykład implementacja elementów logiki do teorii prawa pozwoliła na rozwój fundamentalnej koncepcji *illa* (*ratio legis*), trudno zaobserwować tak naprawdę sposób przenikania i kształtowania treści *usul al-fiqh* przez te idee[109].

Jednym ze sposobów wykładu, którym także od XI w. (V AH) zaczęła posługiwać się spora część teoretyków prawa, była metoda dialektyczna. Obecny stan wiedzy w zakresie klasycznej teorii prawa nie pozwala jednoznacznie wskazać, czy podstawy dialektyki (*dżadal*) zostały przejęte przez teorię prawa bezpośrednio z tłumaczeń dzieł greckich czy też za pośrednictwem teologii. Jej elementy zaadaptowano do ostatniej fazy rozumowania, w której *mudżtahidowie* mieli zestawiać ze sobą przeciwstawne opinie dla danego przypadku prawnego, by poprzez metodę pytań i odpowiedzi ustalić, która z nich jest właściwa. Celem takiego zabiegu miało być zminimalizowanie – wspomnianej już – wielości rozwiązań w ramach danego przypadku (*tardżih*)[110].

---

[108] Szerzej zob. ibidem, s. 38-39 oraz B. Weiss, op. cit., s. 37-42.
[109] W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 257-258.
[110] Ibidem, s. 136-137.

Powyższe rozważania dotyczące zapożyczenia przez teorię prawa niektórych koncepcji filozoficznych czy logicznych pokazują, że nie była to dyscyplina jednolita. Zapożyczenia te miały bowiem charakter selektywny i nie objęły wszystkich przedstawicieli dyscypliny. Podobnie rzecz miała się w przypadku treści i układu dzieł *usul al-fiqh*, które nie miały jednego schematu. Wreszcie, o niejednorodności dyscypliny zadecydowało zdefiniowanie i przyjęcie drugorzędnych metod rozumowania prawniczego (nie można było zmieniać istniejącego korpusu rozwiązań, gdyż byłoby to równoznaczne z uznaniem tradycji prawnej stanowiącej podstawę rozwoju i funkcjonowania ówczesnej *ummy* za błędną; według teoretyków prawnicze rozumowanie, na podstawie którego zbudowano zbiór norm, nie zawsze spełniało rygorystyczne standardy metodologiczne[111], dlatego też podjęli się oni próby zreinterpretowania i zrekonstruowania schematów metodologicznych rozumowania dla „usprawiedliwienia" istniejących rozwiązań – w ten sposób doszło choćby do wypracowania hanafickiej koncepcji *istihsanu* i malikickiej *istislahu*)[112].

Niejednorodność dyscypliny zadecydowała, że W.B. Hallaq w swojej książce *A History of Islamic Legal Theories* świadomie posługuje się sformułowaniem „teorie prawa". Taki wybór pozwala – zdaniem autora[113] – pokazać, że w rzeczywistości nie można postawić znaku równości pomiędzy teorią prawa będącą wytworem poszczególnych teoretyków, na przykład Al-Dżuwajniego (XI w.) czy Al-Amidiego (XIII w.). Każda z nich stanowi bowiem indywidualny wkład w dyscyplinę; jednocześnie żadna z nich nie może być rozważana niezależnie, bez odwołania do tradycji, której jest *de facto* wytworem.

Natomiast wspólne cechy całej, kumulatywnej tradycji *usul al-fiqh*, stałe, nadające jej niezaprzeczalną jedność, biorą swój początek z przekonania o boskim źródle prawa. Konsekwencją takiego przekonania jest oparcie teorii prawa (a szerzej całego systemu prawnego) na określonych źródłach: Koranie i sunnie Proroka oraz dwóch kolejnych fundamentach: consensusie i *qijasie*. Co więcej, zrozumienie źródeł (tekstowych) prawa nie byłoby możliwe bez wypracowania koncepcji abrogacji czy interpretacji znaczenia wypowiedzi (*alfaz*). Owe podstawy w całej wielowiekowej tradycji teorii prawa miały charakter niezmienny, mimo iż ich rozumienie, interpretacja czy reinterpretacja funkcjonowały w wielu różnych wariantach, wielu „teoriach prawa".

Mimo swojej różnorodności *usul al-fiqh* była zasadniczo dyscypliną mało rozwojową. Wysiłek wkładany zwłaszcza przez późniejszych teoretyków prawa służył przede wszystkim ciągłemu odtwarzaniu tego, co zostało wypracowane u początków dyscypliny. W okresie silnego oddziaływania *taqlidu* teoria

---

[111] Na przykład stosowane w wielu przypadkach wnioskowanie określane jako *qijas*, z perspektywy teorii prawa nie było analogią *sensu stricte*, lecz arbitralnym rozumowaniem typu *raj*.

[112] Szerzej zob. W.B. Hallaq, *Considerations on the Function and Character of Sunnå Legal Theory*, „Journal of the American Oriental Society", vol. 104, no 4 (1984), s. 679-689.

[113] W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 258, zob. także B. Weiss, op. cit., s. 17.

prawa nie była zdolna w pełni reagować na zmiany zachodzące w rzeczywistości społecznej (jednym z najbardziej wyrazistych wyjątków jest ewolucja koncepcji *mudżtahida* i *muftego* pod wpływem wspomnianych już kontrowersji wokół „zamknięcia bram *idżtihadu*")[114]. Jak zauważa N. Calder,

> [n]ieustanne powtórne odkrywanie i powtórne artykułowanie z pokolenia na pokolenie zasad, które pozwoliły na wyprowadzenie prawa z objawienia, było obowiązkiem społeczności [wiernych] mającym wiele cech rytuału. [Idea] powtórnego uchwalania (powtórnego przywłaszczania sobie) tego, co było znane, co było częścią wiecznej i niezbywalnej tradycji religijnej, była wystarczającym motywem do ciągłego studiowania i przepisywania tego, co zostało już napisane[115].

7. Struktura i treść dzieł klasycznych. Poszczególni teoretycy prawa indywidualnie podejmowali decyzję co do zakresu tematyki swoich prac oraz indywidualnie kładli nacisk na poszczególne treści, rozwijając szczegółowo jedne, a poprzestając na ogólnym wprowadzeniu drugich. Wśród tematów, które były włączane w problematykę na zasadzie własnej preferencji, znalazły się przede wszystkim: koncepcja *azima wa-ruchsa*, prawno-językowa teoria przyimków (*huruf*) i elementy greckiej logiki[116].

Układ treści także był różnorodny. Niektórzy rozpoczynali od teorii *ahkam*, inni od prawno-językowej interpretacji tekstu, a jeszcze inni od elementów logiki i teorii wiedzy. Mimo to wspomniany powyżej kościec, wspólny dla całej teorii prawa zadecydował o powtarzalności określonych elementów. Teksty objawione Koranu i sunny Proroka wymagały z jednej strony opracowania zasad interpretacji znaczenia wypowiedzi (*alfaz*) w nich zawartych, z drugiej opracowania metodologii, która pozwoliłaby nadać wartość epistemologiczną tym wypowiedziom z perspektywy ich znaczenia (*dalala*) oraz procesu przekazu (*riwaja*). Problem sprzeczności w obszarze tekstów objawionych był dyskutowany w ramach koncepcji abrogacji (*nasch*). Ważnym punktem teoretycznych rozważań były zasady posługiwania się analogią, consensusem i innymi metodami rozumowania (uznawanymi przez poszczególnych prawników ze względu na ich afiliacje z daną szkołą).

Przykładem dzieła, w którym zostały poruszone wszystkie zasadnicze problemy interesujące *usul al-fiqh* i które dla wielu późniejszych teoretyków

---

[114] Jaskrawym, choć niewątpliwie oryginalnym przykładem wyznaczania kierunku w całościowym dyskursie *usul al-fiqh* przez określoną sytuację społeczną jest praca andaluzyjskiego teoretyka prawa, Abu Ishaqa asz-Szatibiego (zm. 1388/790), *Al-Muwafaqat fi usul al-ahkam*, której celem miało być przywrócenie prawu jego pierwotnej formy, utraconej – według autora – przez zaniedbania *muftich* z jednej strony, a z drugiej zbyt rygorystycznymi i fanatycznymi żądaniami jego stosowania przez ówczesnych sufich. Szerzej zob. W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 162-206.

[115] *EI*^{2}, s.v. *uṣūl al-fiqh* (N. Calder).

[116] Niekiedy w dziełach pojawiały się tematy efemeryczne, często jednokrotnie w ramach całej dyscypliny, będące reakcją na aktualną sytuację religijno-polityczną, W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 127-128.

stało się wzorem do naśladowania, jest szafi'icka *Al-Mustasfa min ilm al-usul* („Podstawy wiedzy z zakresu źródeł prawa”) Al-Ghazalego (zm. 1111/505). Organizuje on swoją pracę wokół czterech głównych części poprzedzonych wprowadzeniem poświęconym logice formalnej. Centralnym punktem pierwszej części (*Al-Ahkam*) jest dyskusja pięciu kategorii, według których prawo klasyfikuje czyny człowieka. Część ta wprowadza także pozostałe pojęcia kategoryzacyjne przynależne *ahkam*. Druga część (*Al-Adilla*) poświęcona jest źródłom prawa, które według Al-Ghazalego tworzą: Koran (w tym miejscu szczegółowo została omówiona koncepcja abrogacji), sunna Proroka, consensus oraz rozum (*aql*). W ramach tego ostatniego znalazło się omówienie domniemania ciągłości (*istishab*). Al-Ghazali nie uznaje innych źródeł prawa i określa je jako *usul mauhuma* ('fikcyjne źródła'). W ich ramach wyjaśnia *istihsan*, *istislah*, *qaul as-sahabi* oraz *szar man qablana*. Trzecia część (*Turuq al-istinbat*) dotyczy metod interpretacji wypowiedzi i *qijasu*, pozwalających na wyprowadzanie norm ze źródeł. Większość materiału została przedstawiona tu poprzez utrwalone w tradycji prawniczej zestawienia przeciwstawnych pojęć dla poszczególnych kategorii interpretacyjnych, np. *Al-Amm wa'l-chass*, *Al-Amr wa'n-nahj*, *Al-Mudżmal wa'l-mubajjan*. Wreszcie, czwarta część (*Al -Idżtihad*) omawia doktrynę tytułowego 'wysiłku prawniczego', koncepcję *mudżtahida*, teorię naśladownictwa (*taqlid*), opinii prawnych (*fatawa*) oraz eliminacji przez porównanie (*tardżih*).

8. Tradycyjny podział literatury *usul al-fiqh*. Specjaliści pozostający w tradycyjnym nurcie badań nad *usul al-fiqh* akceptują rozróżnienie wprowadzone przez Ibn Chalduna[117] (zm. 1406/808) na dwa nurty w literaturze teorii prawa – prawniczy (*tariqat al-fuqaha*) i teologiczny (*tariqat al-mutakallimin*)[118]. Różnica zasadniczo miała sprowadzać się do sposobu, w jaki opisywano dochodzenie do rozwiązań prawnych. W przypadku „podejścia teologicznego” wykład następował w oderwaniu od praktycznych szczegółów, poprzez skupienie się na abstrakcyjnej analizie metod rozumowania prawniczego. Podejście to charakteryzowało ogromną większość teoretyków prawa, w tym także niektórych hanafitów. Jeśli chodzi o „podejście prawnicze”, reprezentowane przede wszystkim przez szkołę hanaficką, było ono bardziej

[117] Ibn Khaldun, *The Muqaddimah*, translated by F. Rosenthal, Chapter 6.13 (The science of the principles of jurisprudence and its subdivisions, dialectics and controversial questions), online: http://www.muslimphilosophy.com/ik/Muqaddimah/Chapter6/Ch_6_13.htm Przed Ibn Chaldunem o fenomenie tym wspomina także hanaficki prawnik Ala ad-Din as-Samarqandi (zm. 1145/539) we wprowadzeniu do swojej pracy *Mizan al-usul fi nata'idż al-uqul*, M. Bedir, *Is there a Ḥanafī uṣūl al-fiqh?*, „Sakarya üniversitesi ilahiyat fakültesi dergisi”, 4/2001 (Islam Hukuku), s. 163-164.

[118] Chodzi o specjalistów pozostających w tradycyjnym nurcie badań nad *usul al-fiqh*, np. Muhammad Abu Zahra, Mohammad Hashim Kamali czy Muhammad Arifin. Pozostali, jak na przykład Wael Hallaq czy Aaron Zysow nie przywiązują do tego podziału dużej wagi. Zob. M. Bedir, op. cit., s. 164-165.

pragmatyczne; opracowywano i dobierano metody tak, by usprawiedliwiały normy już istniejące w obszarze *fiqhu*. W tego typu pracach sporo było odwołań do praktycznego zastosowania danej metody, mniej rozważań o charakterze teologiczno-ideologicznym. Tradycja „prawnicza" miała poprzedzić tę „teologiczną". I dlatego tutaj być może należałoby szukać potwierdzenia wspomnianej już tezy o polemicznej obronie istniejących już przepisów jako punkcie wyjścia dla powstania samej dyscypliny *usul al-fiqh*[119].

VII. *Usul al-fiqh* współcześnie.

1. *Usul al-fiqh* we współczesnym systemie edukacyjnym[120]. W ostatnich dwóch stuleciach świat arabsko-muzułmański dokonał znaczących zmian w zakresie edukacji, zarówno jeśli chodzi o restrukturyzację szkolnictwa, jak i zredefiniowanie programów nauczania. Polityce edukacyjnej przyświecał zasadniczo cel tak rozwoju społecznego, jak i gospodarczego. W systemie szkolnictwa wyższego obok wydziałów prawa muzułmańskiego (*kullijjat asz-szari'a*) z początkiem XX w. powołano do życia wydziały prawa (niemuzułmańskiego) (*kullijjat al-huquq*). Jak prawo muzułmańskie (w tym teoria prawa) weszło, choć w bardzo ograniczonym stopniu, do treści kształcenia na wydziałach prawa, tak elementy zachodniego prawa (jak również i inne przedmioty) zostały wprowadzone do programu nauczania na wydziałach prawa muzułmańskiego. Tym samym ograniczyło to znacznie liczbę godzin przeznaczonych na nauczanie klasycznego prawa muzułmańskiego. Jednocześnie procentowe proporcje pomiędzy materiałem z zakresu *usul al-fiqh* i *furu al-fiqh* do dzisiaj faworyzują to drugie[121]. Niezmiennie także utrzymuje się tendencja marginalizująca zajęcia z zakresu teorii prawa. Co więcej, teoria prawa nauczana jest w oparciu o współcześnie opracowane skrypty (klasyczne teksty były podstawą studiów w szkołach nowego typu jedynie

[119] Wśród autorów prac w „nurcie teologicznym" Ibn Chaldun wymienia m.in. Abd al-Dżabbara Ibn Ahmada (zm. 1025/415): *Kitab al-Umad*; Abu al-Husajna al-Basriego (zm. 1044/436): komentarz do *Kitab al-Umad* zatytułowany *Al-Mutamad fi usul al-fiqh*; Imam al-Haramajn al-Dżuwajniego (zm. 1085/478): *Al-Burhan fi usul al-fiqh*; Fachr ad-Dina ar-Raziego (1209/606): *Al-Mahsul fi ilm usul al-fiqh*; Abu Hamida al-Ghazalego: *Al-Mustasfa min ilm al-usul*; Rukn ad-Dina al-Amidiego (zm. 1233/631): *Ihkam al-hukkam fi usul al-ahkam*. 'Nurt prawniczy' reprezentować mieli natomiast m.in.: Ibn Umar ad-Dabbusi (zm. 1038/430): *Taqwim al-adilla*; Ali Ibn Muhammad al-Bazdawi (zm. 1089/484): *Kitab al-usul*. Od około XIII/XIV w. podjęto próby pogodzenia obu podejść. Za reprezentatywną pracę tego nurtu wymienia się m.in. *Dżam al-dżawami fi usul al-fiqh*, której autorem jest Tadż ad-Din Ibn Ali as-Subki (zm. 1370/771). Jeszcze inną orientację prezentują szyiccy prawnicy *usul al-fiqh*, *EI*^{2}, s.v. *uṣūl al-fiqh* (N. Calder); Muhammad Arifin, op. cit., s. 97- -104.

[120] Niniejszy podrozdział został opracowany w oparciu o artykuł M.C. Cardinal, *Islamic Legal Theory Curriculum: Are the Classics Taught Today?*, „Islamic Law and Society", vol. 12, nr 2 (2005), s. 224-272.

[121] Wyjątkiem jest Uniwersytet az-Zajtuna: na 123 godziny *furu al-fiqh* przypada tu 98 godzin *usul al-fiqh*. Interpretacja na podstawie analizy danych z pięciu ośrodków (Uniwersytet al-Azhar, Uniwersytet Qarawijjin, Uniwersytet az-Zajtuna, Uniwersytet Damasceński i Uniwersytet Jordański) z okresu od lat 60. XX w. do początków XXI w., ibidem, s. 231.

przez pierwsze lata[122]). Analiza nowych podręczników pokazuje, że z niewielkimi wyjątkami nie były one i nie są przygotowywane na bazie klasycznych tekstów *usul al-fiqh*, lecz w oparciu o prace innych wykładowców z zakresu teorii prawa[123]. Podręczniki te napisane są współczesną arabszczyzną i mają charakter kompendiów. Różnią się od tekstów klasycznych także tym, że często wykorzystują kategorie zachodniego prawa do opisywania pojęć teorii klasycznej. W podręcznikach tych zauważa się tendencję do porównywania koncepcji wypracowanych na gruncie *usul al-fiqh* do istniejących w dyskursie zachodniej doktryny prawa, co z jednej strony ma służyć lansowaniu koncepcji o uniwersalności klasycznej teorii prawa, z drugiej do krytyki systemu prawa zachodniego. Także terminologia klasyczna często ustępuje miejsca terminologii zapożyczonej z prawa zachodniego.

Systematyczne ograniczanie liczby godzin przeznaczonych na nauczanie teorii prawa pociąga za sobą zmniejszanie liczby godzin przeznaczonych na ćwiczenia z wykorzystaniem tekstów klasycznych *usul al-fiqh*. Na przykład na Uniwersytecie Damasceńskim na 136 godzin teorii prawa, jedynie 16 przeznaczanych jest na lekturę tekstów klasycznych, na Uniwersytecie al-Azhar lektura tekstów stanowi 50% wszystkich zajęć z teorii prawa[124].

Analiza tak programów nauczania w wydziałach klasycznego prawa muzułmańskiego, jak i współczesnych podręczników *usual al-fiqh* pokazuje, że obecnie szanse na rzetelne wykształcenie specjalistów w zakresie klasycznej teorii prawa są znikome.

2. Próba reform. Jak już wspomniano, tendencje aszaryckie obecne szeroko w teorii prawa kazały przyjąć stanowisko, że rozum nie może być niezależnym źródłem prawa, że zdolności intelektualne człowieka są niewystarczające, by zrozumieć bożą mądrość. Uzasadnienia praw należało więc poszukiwać w wewnętrznej strukturze tekstów objawionych. Co więcej, tendencja do dosłownego rozumienia wypowiedzi, a także zachowanie i „usprawiedliwianie" istniejącego prawa sprawiły, że w ramach *usul al-fiqh* prawie nigdy nie podjęto próby przyjęcia odmiennej hermeneutyki, by zmienić lub powtórnie wyłożyć prawo. Zbytnia drobiazgowość, skupianie się na technicznych szczegółach, stawianie warunków uniemożliwiających zastosowanie niektórych rozwiązań interpretacyjnych, coraz większe uleganie presji *taqlidu* sprawiło, że *usul al-fiqh* utraciła swoją żywotność[125].

---

[122] Pierwszy taki skrypt, zatytułowany *Kitab usul al-fiqh*, opublikowany w 1911 r., został napisany przez Muhammada al-Chudariego, wykładowcę ówczesnego Uniwersytetu Egipskiego; służył on późniejszym wykładowcom jako wzór podręcznika akademickiego.

[123] Współczesne kompendia teorii prawa mają nierzadko formę mniej lub bardziej obszernych kompilacji prac poprzedników. Taki wniosek nasuwa się na podstawie analizy współczesnych kompendiów wykorzystanych w niniejszym artykule.

[124] Ibidem, s. 238.

[125] W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 207-208; M.H. Kamali, *Methodological Issues*…, op. cit., s. 28-29, 32. Odpowiedzialność samej teorii prawa za taki stan rzeczy nie jest jednak peł-

Na początku XX w. w myśli prawno-teologicznej nastąpiło epistemologiczne przesunięcie w kierunku stanowiska właściwego mutazylitom, według którego rozum sam jest w stanie rozróżnić pomiędzy dobrem a złem. Stanowisko to, przyjęte m.in. przez jedną z największych postaci reformizmu arabskiego, Muhammada Abduha (zm. 1905/1323), stanowiło zdecydowany przełom w dyskursie intelektualnym, od którego rozpoczął się rozwój idei reform prawnych, w tym reform teorii prawa. Zasadniczo, rozliczne propozycje zreformowania klasycznej teorii *usul al-fiqh* (by znalazła ona praktyczne zastosowanie w konfrontacji z potrzebami współczesnego społeczeństwa) są wyrazem dwóch stanowisk intelektualnych, które W.B. Hallaq[126] proponuje określać jako religijny utylitaryzm i religijny liberalizm.

Religijny utylitaryzm przyjął uniwersalne zasady etyczne, identyfikując je jako *maqasid asz-szari'a* i nadał im pierwszeństwo wobec szczegółowych nakazów zawartych w tekstach objawionych. Jednocześnie głównym punktem odniesienia dla tworzenia nowych norm uczynił dobro ogólne/interes publiczny (*maslaha*)[127].

Z kolei religijny liberalizm, reprezentowany przez relatywnie nielicznych intelektualistów i przyjmujący różniące się znacznie od siebie metodologie, proponuje zupełnie nowe podejście hermeneutyczne. To, co łączy idee religijnego liberalizmu, to propozycja rozumienia objawienia w kluczu tekstu i kontekstu. Inaczej mówiąc, dosłowna interpretacja tekstu nie jest zdolna odpowiedzieć na zmieniające się społeczno-polityczne potrzeby społeczeństw muzułmańskich. Należy więc od niej odejść na rzecz „interpretacji kontekstowej", poza warstwą językową tekstu. Jest to podejście odrzucające dorobek klasycznej myśli prawniczej, a więc kulturowo obce większości muzułmanów[128].

---

na, gdyż nie była ona niezależną strukturą, ale jednym z elementów w skomplikowanym systemie prawnym, który nie sprawdził się w obliczu zmian cywilizacyjnych, będących przede wszystkim wynikiem coraz większych kontaktów cywilizacji islamu ze światem zachodnim.

[126] W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 214.

[127] Szerzej na temat idei religijnego utylitaryzmu zob. ibidem, s. 214-231; D. Johnston, *A Turn in the Epistemology and Hermeneutics of Twentieth Century Uṣūl al-Fiqh*, „Islamic Law and Society", vol. 11, nr 2 (2004), s. 233-282.

[128] Szerzej na temat idei religijnego liberalizmu zob. W.B. Hallaq, *A History*…, op. cit., s. 231--253.

USUL AL-FIQH. WHAT ARE THE CLASSICAL SUNNI "ROOTS / FOUNDATIONS OF THE KNOWLEDGE OF DIVINE LAW"?

Summary

Usul al-fiqh is one of the disciplines of *fiqh* (the science of religious law in Islam), called for simplicity the theory of law, but actually comprising elements – from the Western perspective – of both theory and philosophy of law, theology, logic, epistemology and linguistics. *Usul-al-fiqh* literature was written until the end of the classical period in the history of Islamic law, i.e. until roughly the 19th century when the world of Islam came into contact on a larger scale with Western civilisation. As a result, Islamic law entered its modern era.

The first works on the theory of law (which have not survived or survived only in fragments) were written in the 10th century – at a time when legal practice had already been well established. A stimulus for the emergence of the theory of law most probably came from Iraq where the intellectual traditions of antiquity were still alive, especially Greek philosophical rationalism. It can be claimed that the theory of law developed by combining rationalistic and traditionalistic ideas in Muslim legal thought. Being an embodiment of this merger, the theory of law owed its beginnings to the community of Baghdad jurists gathered around the Shafi'te Ibn Surayj (d. 918).

In the legal Sunni tradition, the theory of law was meant as a science of the sources of divine laws (rules), bringing order to human reality, and the methods of deriving them from revelation. These were *usul* – literally meaning 'roots/foundations' (of *fiqh*). They were made up of the revelation included in the Quran and the Sunna of the Prophet Muhammad, as well as a consensus of the *mujtahids* (*ijma'*) and the method *qiyas* (most often understood as an analogy). These were the four basic 'sources' of law. There were also the so-called controversial 'sources' that were not recognised by all the schools of law but which comprised juristic preference (*istihsan*), custom (*urf*) or the principle of blocking actions that might lead to evil (*sadd adh-dhara'i'*).

The theory of law was meant to serve the *mujtahids* (jurists taking up *ijtihad* or individual juristic effort aimed at deriving a rule for a specific case in reliance on the texts of the Quran and Sunna, rules of their interpretation and specific methods of juristic reasoning). In interpreting the sense of the texts, the concept of *qara'in* – contextual indicators – was adopted without, however, developing rules for their identification. For this reason, the theory of law made it practically possible to justify individual views, which were recognized as following from the intention of the revealed texts.

Because of the conviction about the divine origins of Islamic law (*Shari'a*), a distinctive feature of *usul al-fiqh* was its embedding in a theological structure with which it made up an organic whole. Moreover, the theory of law was a highly inconsistent discipline because of the selective nature of borrowings from Greek logic and philosophy, adoption of various methods of juristic reasoning, or, finally, various fashions of presenting content in individual works. In turn, the common and constant features of this cumulative tradition of *usul al-fiqh,* which made the discipline a unity,

followed from resting the whole legal system on four basic sources of law, developing the concept of abrogation and interpreting the sense of the Quranic and sunnaic utterances.

In the early 20th century, with ever stronger voices heard in juristic-theological discourse, advocating the adoption of the rationalistic position, a multitude of proposals were put forward to review the classical theory of *usul al-fiqh* so that it could be practically used when faced with the needs of modern society.

USUL AL-FIQH. « LES RACINES / FONDATIONS CLASSIQUES SUNNITES DES CONNAISSANCES DU DROIT » QUE SONT – ELLES?

Résumé

Usul al-fiqh est l'une des disciplines du *fiqh* (science du droit musulmane), définie par simplification comme la théorie du droit, mais englobant en pratique des éléments qui – de la perspective occidentale – sont considérés comme appartenant tant à la théorie du droit qu'à la philosophie du droit, à la théologie, la logique, l'épistémologie et la linguistique. La littérature *usul al-fiqh* est en création jusqu'à la fin de la période classique de l'histoire du droit, soit jusqu'au XIXe siècle environ, l'époque où le monde de l'islam élargit ses contacts avec la civilisation occidentale. Par conséquent, le droit musulman entre dans la période moderne. Les premiers ouvrages en matière de la théorie du droit (de nos jours, conservés en petits extraits ou pas du tout) sont réalisés au Xe siècle, soit au moment où l'activité des juristes est pratiquement consolidée. L'élément stimulant la création de la théorie du droit aparaît le plus probablement en Iraq où perduraient les traditions intellectuelles de l'antiquité, et notamment le rationnalisme de la philosophie grec. On peut dire que la théorie du droit est née suite à la conciliation des idées rationalistes et traditionalistes dans la pensée juridique musulmane et qu'elle-même devient l'incarnation de cette synthèse. Et le milieu des juristes bagdadiennes, concentré autour de shafi'ite Ibn Suraydj (décédé en 918) devra jouer le rôle fondamental dans la formation de la discipline. Dans la tradition sunnite du droit, la théorie est par principe un enseignement des sources des droits divins (des normes) qui mettent en ordre la réalité de l'homme et celui des méthodes permettant de les conclure de la révélation. Il s'agit là de *usul fiqhu* – littéralement « racines/fondations » du *fiqh*, composées de la révélation décrite dans le Coran et dans la sunna du prophète Muhammad ainsi que le consensus des *mujtahids (ijma)* et la méthode *qiyas* (le plus souvent entendue comme analogie). C'était les quatre principales sources de la loi. À l'époque, il existe également des « sources » discutables qui n'ont pas été reconnues par toutes les écoles du droit et qui englobent, entre autres, la préférence juridique (*istihsan*), us et coutume (*urf*) ou bien la règle de blocage des actions pouvant mener vers le mal (*sadd ijtihad*). La théorie du droit devait servir aux *mujtahids* (juristes qui prononcent *ijtihad,* donc font un effort juridique afin d'introduire, dans des cas concrets, des normes sur la base du Coran et de

la sunna, les règles de leur interprétation ainsi que les méthodes définies de la logique du droit). Dans l'interprétation du sens des textes, c'est le concept des *qara'in* (sing. *qarina*) – les indices contextuels qui est retenu, sans élaborer les règles de son identification à la fois. De ce fait, la théorie du droit permettait en pratique de justifier les opinions individuelles qu'elle identifiait comme résultantes des textes révélés. Compte tenu de la conviction de l'origine divine du droit musulman (*la charia*, *charî'a*), le trait caractéristique de *usul al-fiqh* est sa position renforcée dans la structure théologique avec laquelle elle constituait un ensemble limité. Parallèlement, la théorie était une discipline fort hétéroclite à cause de son caractère sélectif d'emprunts à la logique et la philosophie greques, de l'ouverture aux différentes méthodes de raisonnement juridique ou bien aux différentes conceptions de la disposition des textes, selon les ouvrages. Cependant, les caractéristiques communes, immuables de cette tradition cumulative de *usul al-fiqh*, qui ont décidé de l'unicité de la discipline résultent de: l'adossement du système juridique complet aux quatre sources principales du droit susmentionnées, l'élaboration de la conception d'abrogation et d'interprétation du sens des énoncés inclus dans les textes sources du droit. Au début du XX^{e} siècle, avec les avis de plus en plus forts apparaissant dans le discours juridico-théologioque et se référant au besoin et au bien-fondé d'adoption d'une position rationnaliste, naissent diverses propositions de réformer la théorie classique d'*usul al-fiqh*, afin qu'elle puisse trouver son application pratique au moment d'être confrontée avec les besoins de la société contemporaine (durant la période classique, dans le discours principal de la théorie du droit, il est souligné que le raisonnement ne pourra pas outrepasser les limites déterminées par la Révélation, cet élément bloquant résolument l'admission d'une herméneutique différente pour changer ou à nouveau interpréter le droit).