

BOŻENA PROCHWICZ-STUDNICKA (Kraków)  
DARIUSZ MICHTA (Katowice)

## Rzymska *aequitas* a muzułmański *istihsan*<sup>1</sup>

Zarówno *aequitas* – instytucja prawa rzymskiego, jak i *istihsan* (preferencja prawnicza) – instytucja prawa muzułmańskiego odwołują się do pojęcia słuszności. Autorzy artykułu stawiają sobie za zadanie porównanie tych instytucji i udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy są to instytucje tożsame oraz zbadanie ewentualnego wpływu jednej instytucji na drugą.

Samo pojęcie *aequitas* jest pojęciem nieostrym, z uwagi na znaczne różnice poglądów brak jest jednoznacznego określenia zakresu jego znaczenia. J. Sondel w pomnikowym *Słowniku łacińsko-polskim dla prawników i historyków* podaje następujące znaczenia słowa *aequitas*:

1. jednakowa miara (przy ocenie i określaniu stosunków prawnych),
2. równość,
3. zgodność stosunku lub instytucji prawnej z duchem prawa przyrodzonego lub stanowionego,
4. sprawiedliwość, słuszność,
5. zgodność zasad stanowionych z wrodzonym poczuciem sprawiedliwości i słuszności,
6. samo poczucie sprawiedliwości,
7. uwzględnienie zasad słuszności przy stosowaniu norm prawnych,
8. odstąpienie od zasad prawa ścisłego (*stricti iuris*) ze względów słuszności,
9. łagodność, przystępność,
10. *aequitas animi* – równowaga ducha,
11. umiarkowanie, cierpliwość<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> W artykule zastosowano uproszczoną transkrypcję polską języka arabskiego w oparciu o zasady zamieszczone w pracy: J. Danecki, *Gramatyka języka arabskiego*, t. I, s. 150-152.

<sup>2</sup> J. Sondel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 2005, s. 37. *Aequitas* przedstawiano w okresie cesarstwa na rewersie monet rzymskich jako kobietę trzymającą wagę, opartą na włóczni. W. Wołodkiewicz, [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, *Prawo rzymskie. Słownik encyklopedyczny*, Warszawa 1986, s. 22.

Pojęcie *aequitas* Rzymianie przejęli od Greków. Greckie *epieikeia* (ἐπιείκεια) opisał Arystoteles (zm. 322 p.n.e.) w *Etyce nikomachejskiej* jako możliwość korekty generalnej reguły prawa w sytuacji, gdy jej zastosowanie w indywidualnym przypadku prowadziłoby do niesprawiedliwości<sup>3</sup>. Do popularyzacji pojęcia *aequitas* i jego przeniesienia na grunt prawa rzymskiego przyczynił się Cynceron (zm. 43 p.n.e.), który określał *ius civile* jako ustanowioną sprawiedliwość („*ius civile est aequitas constituta*”). Wcześniej pojęciem tym posługiwali się jeszcze Ennius (zm. 169 p.n.e.), Plaut (zm. 184 p.n.e.) i Terencjusz (zm. 159 p.n.e.)<sup>4</sup>.

Dla lepszego zobrazowania pojęcia *aequitas* należy odróżnić je od pojęć, z którymi jest ono często zestawiane, tj. *bona fides*, *utilitas*, *naturalis ratio*, *voluntas* oraz *iustitia*. *Bona fides* (dobra wiara) stanowiła kryterium moralne i psychologiczne określające stosunek wewnętrzny danego podmiotu do jego obowiązku zachowania się lub też do istniejącego stanu faktycznego bądź prawnego<sup>5</sup>. *Utilitas* było jednym z kryteriów podziału na prawo publiczne, regulujące interesy państwa i prawo prywatne, regulujące interesy jednostek lub grup osób<sup>6</sup>. Z kolei pojęcie *naturalis ratio*, które podobnie jak *aequitas* powstało pod wpływem greckiej myśli filozoficznej, oznaczało koncepcję rozsądku naturalnego, właściwego wszystkim stworzeniom, uzasadniającą wspólne dla wszystkich ludzi myślenie prawnicze<sup>7</sup>. *Voluntas* odzwierciedlało wolę, zamiar, intencję i stało w opozycji do *verba* (słowa). W prawie rzymskim znaczenie *voluntas* ewoluowało od niebrania woli pod uwagę (prawo archaiczne) do ustalenia rzeczywistej woli jako podstawowego zdania przy dokonywaniu interpretacji czynności prawnych (prawo justyniańskie)<sup>8</sup>. Wreszcie, *iustitia* oznaczała sprawiedliwość, którą Ulpian definiował jako stałą i niezmienną wolę przyznawania każdemu należnego mu prawa<sup>9</sup>.

Idea *aequitas* była często wykorzystywana przez urzędników spełniających funkcje sądowe – pretorów, tworząc wraz z pojęciem dobrej wiary (*bona fides*) i użyteczności (*utilitas*) podstawy *ius honorarium*, a następnie *ius gentium* (*praetor peregrinus*)<sup>10</sup>. Pojęcie *aequitas* stanowiło ideologiczną podsta-

<sup>3</sup> Za Arystotelesem „i to właśnie jest istotą słuszności, że jest korekturą prawa tam, gdzie ono niedomaga na skutek ogólnego sformułowania”. Szerzej: Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 1956, s. 199-200.

<sup>4</sup> W. Wołodkiewicz, *Uwagi na marginesie ustawy uchwalonej przez Sejm dnia 21 lipca 2006 r. (tzw. ustawy lustracyjnej)*, „Palestra” 9-10/2006, s. 139-140.

<sup>5</sup> W. Rozwadowski, [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, op. cit., s. 27.

<sup>6</sup> Zgodnie z sentencją Ulpiana „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quo ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim”. W. Litewski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1999, s. 10.

<sup>7</sup> J. Kamiński, W. Rozwadowski, [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, op. cit., s. 104.

<sup>8</sup> W. Wołodkiewicz, [w:] ibidem, s. 156-157; W. Litewski, op. cit., s. 147.

<sup>9</sup> „Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi”. A. Plisecka, *Definicja sprawiedliwości w filozofii Cyncerona i w prawie rzymskim*, „Studia Iuridica”, XL/2002, s. 131.

<sup>10</sup> Dla Cyncerona i Gaiusa *ius gentium* stanowiło przejaw naturalnego rozsądku (*naturalis ratio*), właściwego wszystkim ludziom (*ius naturale*). W. Wołodkiewicz, [w:] J. Kamiński, W. Rozwadow-

wę rozwoju prawa rzymskiego i jego odejścia od sztywnych zasad *ius civile*. Pretor, kierując się w swych decyzjach zasadami słuszności, wykorzystywał *aequitas* w celu wsparcia, uzupełnienia i poprawienia *ius civile* (*adiuvare, supplere, corrigere*)<sup>11</sup>. Warto jednakże zauważyć, iż pretor nie posługiwał się samym terminem *aequitas*, lecz stosował jego substytuty<sup>12</sup>. Przykładem powyższej działalności pretora było wprowadzenie do edyktu tzw. zobowiązań *bonae fidei*, które powinny być wypełnione przez strony z uwzględnieniem zasad dobrej wiary. Pozwany nie musiał (w przeciwieństwie do tzw. zobowiązań *stricti iuris*) wysuwać przysługujących mu zarzutów już przed pretorem, lecz dopiero w trakcie postępowania przed sędzią<sup>13</sup>.

Pojęcie *aequitas* było stosowane także przy twórczej wykładni prawa dokonywanej przez jurystów (*interpretatio*), gdzie preferowano zasadę słuszności, gdy zderzała się ona z formalizmem prawnym. Przykładem, który można przywołać, jest omawiana często w literaturze przedmiotu *causa Curiana* (sprawa Kuriusza). Sprawa dotyczyła podstawienia dziedzica w testamencie. Spadkodawca, będąc przekonany, że jego żona jest w ciąży, sporządził testament i ustanowił w nim dziedzicem dziecko, które miało się narodzić. W testamencie spadkodawca uczynił również dziedzicem podstawionym Kuriusza, który miał dziedziczyć w sytuacji, gdy dziecko umrze przed uzyskaniem pełnoletniości. Ponieważ *nasciturus* nie przyszedł na świat, a spadkodawca zmarł, dziedzice ustawowi zażądali spadku dla siebie. Z uwagi na zasadę *aequitas* sprawę wygrał Kuriusz, gdyż uznano, iż taka była intencja spadkodawcy<sup>14</sup>. Innym przykładem, również na tle prawa spadkowego, jest interpretacja tzw. *regula Catoniana* (reguły Katona), stanowiącej o niemożności uzdrowienia nieważnej od początku czynności prawnej. Interpretacja, prowadząca do zawężenia jej zastosowania, poszła w kierunku utrzymania w mocy testamentu przez jego wykładnię<sup>15</sup>.

W okresie poklasycznym (pod wpływem ideologii chrześcijańskiej) – sędzia mógł ze względów sprawiedliwości (*iustitia*) i słuszności (*aequitas*) orzec w konkretnych przypadkach wbrew szczegółowym normom prawa pozytywnego. W związku z powyższym pojawiło się przeciwstawienie *ius strictum* (prawo ścisłe) i *ius aequum* (prawo słuszne). Zdawano sobie sprawę z braku automatycznej zgodności prawa z moralnością<sup>16</sup>.

---

ski, W. Wołodkiewicz, op. cit., s. 21; R. Taubenschlag, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1969, s. 28.

<sup>11</sup> W. Wołodkiewicz, [w:] J. Kamiński, W. Rozwadowski, W. Wołodkiewicz, op. cit., s. 21.

<sup>12</sup> B. Sitek, *Pojęcie sprawiedliwości w konstytucjach cesarskich z okresu Dioklecjana i Konstantyna*, Kraków 1996, s. 18.

<sup>13</sup> W. Wołodkiewicz, [w:] W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, Warszawa 2005, s. 204-205; A. Dębiński, *Rzymskie prawo prywatne. Kompendium*, Warszawa 2008, s. 35.

<sup>14</sup> W. Litewski, op. cit., s. 147; M. Zabłocka, [w:] W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 178-179.

<sup>15</sup> W. Wołodkiewicz, [w:] W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, op. cit., s. 20-21.

<sup>16</sup> Zgodnie z sentencją Paulusa: „non omne quo licet, honestum est” („nie wszystko, co wolno, jest moralne”). W. Litewski, op. cit., s. 9.

Pojęcie *aequitas* wykorzystywane było w konstytucjach cesarskich, w szczególności przez Konstantyna (zm. 337), który postanowił, iż we wszystkich sprawach słuszość i sprawiedliwość powinny mieć pierwszeństwo w stosunku do postanowień prawa ścisłego oraz zastrzegł dla siebie wyłączne prawo interpretacji rozstrzygającej o stosunku prawa stanowionego i słuszości<sup>17</sup>.

W Kodyfikacji justyniańskiej pojęcie *aequitas* także odgrywało ważną rolę. Już na początku Digestów przytoczona jest definicja prawa Celsusa – prawo to sztuka stosowania tego, co dobre i słuszne („*ius est ars boni et aequi*”)<sup>18</sup>. W Digestach odnajdziemy także dwie sentencje Paulusa. Pierwsza: „prawo określa się na wiele sposobów: po pierwsze, kiedy prawem nazywa się to, co jest zawsze słuszne i dobre” („*in pluribus modis ius dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur...*”)<sup>19</sup>. Druga: „we wszystkim, a szczególnie prawie, należy mieć na względzie słuszość” („*in omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit*”)<sup>20</sup>.

Podjmując rozważania nad pojęciem *istihsanu*, należy wyjść od klasycznej teorii prawa muzułmańskiego<sup>21</sup>, która za główne źródła prawa (*usul al-fikh*<sup>22</sup>) uznaje Koran, sunnę Proroka<sup>23</sup> oraz metody podejmowania decyzji prawnych takie jak *kijas* (analogia) i *idźma* (zgoda uczonych, consensus). Metoda *istihsanu* (preferencji prawniczej) obok *istislahu* (kierowania się dobrem publicznym) należy do tzw. źródeł drugorzędnych (spornych)<sup>24</sup>.

Samo słowo *istihsan* jest rzeczownikiem odsłownym czasownika *istahsana* – ‘uznawać, uważać coś/kogoś za dobre, właściwe, odpowiednie, przyjemne, miłe/za dobrego, właściwego, odpowiedniego, przyjemnego, miłego’ (*hasana*)<sup>25</sup>. W terminologii prawniczej znaczenie *istihsanu* nie jest oczywiste.

<sup>17</sup> B. Sitek, op. cit., s. 47-48, 50, 84-85; I.C. Kamiński, *Słuszość i prawo. Szkic prawnoporównawczy*, Kraków 2003, s. 38.

<sup>18</sup> D. 1.1.1. pr.

<sup>19</sup> D.1.1.11.

<sup>20</sup> D. 50.17.90.

<sup>21</sup> Prawo muzułmańskie (*szari'a*), reprezentowane dzisiaj przez cztery sunnickie szkoły prawne (hanaficką, malickicką, szafi'icką i hanbalicką) oraz jedną szkołę szyicką (zwaną także dżafarycką) uznawane jest w świecie islamu za prawo pochodzące od Boga. Stanowi ono system zasad porządkujących nie tylko stosunki pomiędzy ludźmi, ale także relacje pomiędzy Bogiem a człowiekiem. W przeciwieństwie więc do prawa stanowionego, *szari'a* jest prawem niezmiennym, a będąc częścią wiary, obowiązuje każdego muzułmanina.

<sup>22</sup> *Usul al-fikh* – „źródła prawa muzułmańskiego” (asł. mn. *usul* – korzeń, źródło, podstawa), jedna z dyscyplin prawniczych obejmująca studia nad źródłami (podstawami) prawa muzułmańskiego, ich identyfikacją oraz klasyfikacją, a także nad objaśnieniem metod, za pomocą których źródła te dają początek normom prawnym.

<sup>23</sup> Sunna czyli Tradycja Proroka – zbiór krótkich relacji (hadisów) poprzedzonych łańcuchem przekazicieli, stanowiących źródło informacji na temat wypowiedzi czy postępowania proroka Muhammada. Za kanoniczne teksty uznano sześć obszernych zbiorów, zebranych i opracowanych w okresie IX-X w.

<sup>24</sup> Zob. J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964, s. 59-62.

<sup>25</sup> E.W. Lane, *Arabic-English Lexicon* (dalej: *AEL*), CD-ROM ed. published by Thesaurus Islamicus Foundation, Vaduz, Liechtenstein 2003, s.v. *istahsana*.

Samo pojęcie było przedmiotem dyskusji wielu pokoleń prawników reprezentujących różne szkoły prawa. Uznaje się, że *istihsan* jest źródłem metodologicznym podejmowania decyzji prawniczej, które w danej sprawie doprowadza do innego rozwiązania niż to wyprowadzone najczęściej na podstawie *kijasu*. Według J. Schachta<sup>26</sup>:

Indywidualne rozumowanie określane jest ogólnie terminem *raj* (opinia), w znaczeniu 'opinii rozsądnej, przemyślanej'. Kiedy jest zorientowane na osiągnięcie systematycznej spójności i kierowane przez paralelnie istniejącą instytucję czy decyzję, nazywane jest *kijasem* (analogią), wnioskowaniem przez analogię. Kiedy odzwierciedla osobisty wybór i fakultatywną decyzję prawnika, kierującego się ideą stosowności, wówczas nazywane jest *istihsanem*.

Prawnicy muzułmańscy podkreślają, że owa „decyzja prawnika” musi znajdować oparcie w Koranie, sunnie Proroka lub consensusie, albo też być wyprowadzona na drodze wnioskowania przez analogię. Jak wyjaśnia J. Makdisi<sup>27</sup>:

Jedynym powodem, dla którego proces ten nazywa się *istihsanem* w odróżnieniu od wnioskowania opartego na Koranie, sunnie, consensusie czy analogii jest to, że wymaga on 'prawniczej preferencji' jednego rozwiązania nad drugim.

Odwolywanie się do metody preferencji jest uzasadnione wówczas, gdy uzyskane rozwiązanie prawne w danej sprawie lepiej (niż regularne) wpisuje się w ideę słuszności. Innymi słowy *istihsan* pozwala uniknąć rozwiązań zbyt surowych, a nawet niesprawiedliwych, do których doprowadza literalne stosowanie procedury *kijasu*. Zwolennicy tej metody powoływali się na fundamentalną dla *szari'a*, wyinterpretowaną z tekstu koranicznego<sup>28</sup> zasadę *raf al-haradż* (znoszenia/usuwania trudności):

Bóg chce dać wam ulgę,  
A nie chce dla was utrudnienia.

On was wybrał  
I nie uczynił żadnej trudności w waszej religii.

Sens tego koranicznego przekazu – jak podkreślali – został także zawarty w Tradycji, zgodnie z którą Muhammad: „Mając dwie możliwości (dosł. sprawy), wybierał zawsze tę łatwiejszą (*ajsar*)<sup>29</sup>, jeśli tylko nie miała ona [znamion] grzechu”<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> J. Schacht, op. cit., s. 37.

<sup>27</sup> J. Makdisi, *Legal Logic and Equity in Islamic Law*, „The American Journal of Comparative Law”, Vol. 33, No. 1 (Winter, 1985), s. 73.

<sup>28</sup> Koran II, 185; XXII, 78, zob. także IV, 28 i V, 6 (Koran, z arabskiego przełożył i komentarzem opatrzył J. Bielawski, Warszawa 1986).

<sup>29</sup> Spółgłoskowy rdzeń *j-s-r* wprowadza pojęcie „możliwości poradzenia sobie z czymś”, „możliwości podołania czemuś”, *AEL*, s.v. *jasara*.

<sup>30</sup> „Innahu ma-chajjara min al-amrajn illa ajsarahuma ma-lam jakun ism<sup>um</sup>”, cyt. za: M.H. Kamali, *Shar'iah Law: An Introduction*, Oxford 2008, s. 35.

W tym kontekście postrzegano *istihsan* jako metodę poszukiwania w ramach rozwiązań prawnych takich decyzji, które nie byłyby – zgodnie z zamysłem Bożym – uciążliwe dla wiernych i zbyt obciążające<sup>31</sup>.

Zarówno w Koranie, jak i Tradycji brak jest bezpośrednich odniesień do metody *istihsanu* (mimo to jego zwolennicy powołują się na konkretne werseły koraniczne i hadisy jako sankcjonujące tę metodę<sup>32</sup>). Idea *istihsanu* zrodziła się w kręgach prawników hanafickich, a jej twórcą miał być Abu Hanifa (zm. 767), teolog i prawnik, eponim szkoły hanafickiej, który nie pozostawił po sobie żadnych prac. Wskazuje się także na Abu Jusufa (zm. 798), jego ucznia, późniejszego kadiego w Bagdadzie. *Istihsan* stał się przedmiotem dyskusji i licznych kontrowersji wśród prawników, głównie ze względu na pierwotny brak dookreślenia, a tym samym pewną elastyczność i możliwość omijania za jego pomocą ogólnych wypracowanych zasad *szar'ia*. Metoda *istihsanu* została ostro skrytykowana przez asz-Szafi'iego (zm. 820), eponima szkoły szafi'ickiej. Asz-Szafi' i odrzucał *istihsan*, ponieważ był przekonany, że stwarza on indywidualnemu prawnikowi możliwość podjęcia nieskrępowanej arbitralnej decyzji. W ten sposób *istihsan* według asz-Szafi'iego stawał się narzędziem „ludzkiej legislacji”<sup>33</sup>, a prawnik wchodził w kompetencje Boga jako prawodawcy. Dopiero wraz z utrwalaniem się hanafickiej szkoły prawa, jej teoretycy podjęli kroki w kierunku usystematyzowania zasad stosowania *istihsanu* tak, by zdjąć z siebie piętno arbitralności w podejmowaniu decyzji prawnych. Podkreślano, że zasada odchodzenia od *kijasu* na rzecz *istihsanu* nie ma charakteru osobistych preferencji i nie jest wyrazem odrzucania przyjętych w prawie paradygmatów metodologicznych. Na gruncie prawa sunnickiego, obok hanafitów *istihsan* został zaakceptowany i uznany za drugorzędne źródło prawa przez szkołę malicką i hanbalicką<sup>34</sup>.

Typologia *istihsanu* – jak zostało to wspomniane – ostatecznie objęła dwie jego formy. Pierwsza, nazywana *kijas chafi* (ukryta analogia), to znacząca analogia nie od razu widoczna czy oczywista<sup>35</sup>, miała stanowić alternatywę dla powszechnie akceptowanej przez prawników *kijas dżali* (oczywistej analogii). W drugim przypadku prawnik podejmował decyzję w danej sprawie w oparciu o *nass* (dosł. tekst [objawiony], czyli Koran lub sunnę Proroka),

<sup>31</sup> M.H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, bmv 2006 (Islamic Texts Society UK), s. 218-219; B. Jokisch, *Islamic Imperial Law: Harun ar-Rashid's Codification Project*, Berlin 2007, s. 231.

<sup>32</sup> Koran, XXXIX, 19; XXXIX, 55 oraz hadisy: „Ma-rahu al-muslim<sup>um</sup> hasan<sup>um</sup> fa-huwa inda`llah hasan<sup>um</sup>” („To, co muzułmanie uznają za dobre, dobre jest u Boga”), czy: „La darar wa-la dirar fi'l-islam<sup>um</sup>” („Nie ma w islamie możliwości skrzywdzenia [kogokolwiek] ani odwzajemnienia [doznanej] krzywdy”), cyt. za: R. Paret, *Istihsan and Istislah*, [w:] *The Encyclopaedia of Islam (new edition, dalej: EF)*, Leiden 1986-2002, t. IV, s. 256; M.H. Kamali, *Shari'ah* ..., op. cit., s. 36; *AEL*, s.v. *darra*.

<sup>33</sup> W.B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press 2005, s. 144; B. Jokisch, op. cit., s. 234; zob. także R. Paret, op. cit., loc. cit.

<sup>34</sup> Na temat późniejszych szafi'ickich opinii na temat *istihsanu* zob. J. Makdisi, op. cit., s. 78-79.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 78.

*idźmę*, a w opinii niektórych także *urf* (prawo zwyczajowe<sup>36</sup>) i *darurę* (konieczność<sup>37</sup>). Jest to tak zwany *istihsan istisnai* i (wyjątkowy *istihsan*) w odróżnieniu od wspomnianego powyżej *istihsan kijasi* (*kijas*u analogicznego). Zarówno w jednym, jak i drugim przypadku konieczne jest przekonanie o tym, że ta wyjątkowa decyzja w danej sprawie będzie lepiej korespondować z ogólną zasadą słuszności.

Dobrym przykładem ilustrującym zastosowanie metody *istihsanu* rozumianego jako *kijas chafi* jest transakcja *wakfu* (pobożnej fundacji<sup>38</sup>), której przedmiotem jest ziemia uprawna. W przypadku umowy dotyczącej *wakfu*, rozumowanie oparte na analogii każe traktować ją jako umowę sprzedaży (*baj*), jako że sprzedaż jest równoznaczna z przeniesieniem własności. Przedmiot umowy musi być w niej wyraźnie zdefiniowany i szczegółowo określony. Umowa nie obejmuje zatem tego, co nie zostało w niej ujęte. W przypadku *wakfu* w postaci ziemi uprawnej może to doprowadzić do niekorzystnej sytuacji, w której wraz z ziemią nie zostają „sprzedane” prawa dodatkowe związane z nieruchomością, takie jak prawo do wody, prawa przejazdu, prawo przepływu. Uniemożliwia to użytkowanie ziemi i czerpanie z niej dochodów. Dlatego też prawo hanafickie zastąpiło metodę analogii (tj. oczywistej analogii) analogią ukrytą. Metoda ta pozwoliła na przeprowadzenie analogii pomiędzy *wakfem* a wynajmem (*idżara*). Ponieważ wynajem zakłada przeniesienie prawa użytkowania, umowa *wakfu* (traktowanego jako umowa wynajmu) ma moc obowiązującą w zakresie praw dodatkowych, nawet jeśli nie zostały one wyszczególnione<sup>39</sup>.

Mając na uwadze *istihsan istisnai*, można zaprezentować kilka rozwiązań, dla których oparciem stały się na przykład: sunna Proroka, *darura* i *urf*.

1. Zgodnie z zasadą *kijas*u zjedzenie, nawet nieświadome czegokolwiek podczas postu (w miesiącu ramadan), doprowadza do jego przerwania. Podstawą decyzji jest tu bowiem samo przyjęcie pokarmu, a nie intencjonalność czynu. Porzucając *kijas* na rzecz *istihsanu* opartego na sunnie Proroka, ważność

<sup>36</sup> Prawo zwyczajowe formalnie nie było zaliczane do źródeł prawa (*usul al-fikh*), niemniej w praktyce, przede wszystkim w hanafickim systemie prawnym, stanowiło mocną podstawę dla decyzji, zwłaszcza w zakresie *mu'amalat* („transakcji” – drugiego obok *ibadat*, czyli „aktów wiary” – działu prawa muzułmańskiego, regulującego relacje pomiędzy ludźmi). G. Libson, 'Urf: The status of custom in Islamic law, [w:] *EF*, t. X, s. 887-888; M.H. Kamali, *Shar'iah*..., op. cit., s. 54.

<sup>37</sup> Pojęcie konieczności (*darura*) w prawie muzułmańskim ma szeroki zakres znaczeniowy. *Darura* nie jest jednym ze źródeł prawa, może być natomiast uzasadnieniem dla decyzji przez nie dostarczanych. W kontekście niniejszych rozważań chodzi o praktyczne wymogi natury społecznej i ekonomicznej, jakie prawnicy powinni uwzględnić w formułowaniu przepisów prawnych. Szerzej zob. Y. Linant de Bellefonds, *Darūra*, [w:] *EF*, t. II, s. 163-164.

<sup>38</sup> *Wakf* jest terminem prawniczym rozumianym zarówno jako akt zapisu, jak i sam zapis. Obejmował on dochodowy majątek, który decyzją fundatora (*wakif*) zostawał przeznaczony na pobożne cele, takie jak budowa i utrzymanie meczetów, bibliotek, szkół religijnych, szpitali itp.

<sup>39</sup> Przykład za: M.H. Kamali, *Principles*..., op. cit., s. 224-225. Zob. także J. Makdisi, op. cit., s. 78.

postu w takim przypadku zostaje zachowana<sup>40</sup>. Zgodnie z przekazem Tradycji Prorok miał powiedzieć: „Jeśli ktoś przez zapomnienie zje lub się napije, powinien kontynuować post, albowiem to, co zjadł czy wypił otrzymał od Allaha”<sup>41</sup>.

2. Metoda *istihsanu* odwołująca się do konieczności (*darura*) została wykorzystana w przypadku przepisu o uzdatnianiu wody w zanieczyszczonych studniach (ujęciach wody). Zgodnie z prawem wyprowadzonym na podstawie analogii, rytualne ablucje dokonywane w zanieczyszczonej wodzie unieważniają modlitwę. Taka decyzja prawna stanowi ogromne utrudnienie dla wiernych, zważywszy na fakt, że w ciepłym i suchym klimacie czysta i bieżąca woda nie zawsze są dostępne. Kluczową sprawą braną pod uwagę jest potrzeba (konieczność) korzystania z wody przez wiernych. Odwołując się do *istihsanu*, można dokonać „oczyszczenia” wody poprzez wylanie ze studni odpowiedniej jej ilości (dokładna objętość wylewanej wody zależy od typu oraz skali zanieczyszczenia i jest regulowana przez dodatkowe przepisy prawne)<sup>42</sup>.

3. Zasada analogii wymagała, by przedmiot sprzedaży był dokładnie określony pod względem ilości, wielkości, wagi itp. W przypadku pobierania opłat za korzystanie z łaźni publicznych (rozumiane w kategoriach sprzedaży) nastąpiło odejście od tej zasady. Pobierano określoną sumę bez wcześniejszego ustalania ilości wykorzystanej wody i czasu przeznaczonego na pobyt w łaźni. Takie racjonalne i odpowiednie rozwiązanie było ważne na podstawie *istihsanu*, w którym odwoływano się do przyjętego zwyczaju (*wrf*)<sup>43</sup>. Podobna sytuacja miała miejsce, gdy przedmiot sprzedaży nie istniał w momencie sporządzania kontraktu. Na przykład przedmiotem kontraktu były buty, których cena została w nim zawarta, mimo iż w czasie jego podpisywania producent dysponował jedynie materiałem (skórą). Kontrakt taki z punktu widzenia prawa nie był ważny<sup>44</sup>. *Istihsan* nadawał ważność takiej transakcji na podstawie *wrf*<sup>45</sup>.

Wobec zbieżności samej idei *istihsanu* z ideą rzymskiej *aequitas*, rodzi się pytanie, czy zbieżność ta może wynikać z wpływu instytucji rzymskiej na kierunek formowania się metody *istihsanu*.

Kształtowanie się prawa muzułmańskiego było długim (bo trwającym trzy wieki) i złożonym procesem. Zasadniczą rolę w kształtowaniu się prawa ode-

<sup>40</sup> Przykład za: W.B. Hallaq, op. cit., s. 144; M.H. Kamali, *Principles...*, op. cit., s. 226; J. Makdisi, op. cit., s. 76.

<sup>41</sup> Al-Buchari, *Al-Dżami as-sahih*, Księga 33. Post, rozdział 26 [online; dostęp styczeń 2010] <http://sites.google.com/site/oislamie/sahih-bukhari/ksi%C4%99ga-33-post>

<sup>42</sup> Przykład za: M.H. Kamali, *Principles...*, op. cit., s. 227; J. Makdisi, op. cit., s. 76-77. Zob. także W.B. Hallaq, op. cit., s. 145.

<sup>43</sup> Przykład za: M.H. Kamali, *Principles...*, op. cit., loc. cit.

<sup>44</sup> Na temat dychotomicznego rozumienia nieważności aktu prawnego w obrębie *mu'amalat* (charakterystycznego przede wszystkim dla szkoły hanafickiej) zob. Y. Linant de Bellefonds, *Fāsid wa bāṭil*, [w:] *EF*, t. II, s. 829-833.

<sup>45</sup> Przykład za: J. Schacht, op. cit., s. 152. Niekiedy uzasadnieniem decyzji dla tego typu spraw jest consensus. Zob. J. Makdisi, op. cit., s. 76; M.H. Kamali, *Principles...*, op. cit., s. 226.



grały trzy elementy: przedmuzulmańskie tradycje arabskie, Objawienie zawarte w Koranie i działalność proroka Muhammada oraz praktyka władców muzulmańskich<sup>46</sup>. Ta ostatnia odwoływała się przede wszystkim do lokalnych rozwiązań, utrwalonych i obowiązujących na terenach podbitych przez Arabów. Kierowani intelektualną wrażliwością i ciekawością na wszystko, co nowe i nieznane, Arabowie byli otwarci na wszelkie tradycje, które zastali na opanowanych przez siebie terenach<sup>47</sup>. 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 Bielawski<sup>48</sup>:

Liczne elementy prawa bizantyjskiego (włączając w to rzymskie prawo prowincjonalne), prawa talmudycznego, kanonicznego prawa kościołów wschodnich i perskiego prawa Sasanidów przeniknęły do prawa muzulmańskiego 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.

Czy tak było również w przypadku *istihsanu*? Początki pocesu kształtowania się tej metody pozostają niejasne. Możliwe jest natomiast usytuowanie tego procesu w kontekście geografii samych ośrodków prawa oraz preferowanych sposobów rozstrzygania przez nie prawnych problemów, co z kolei pozwoli dostrzec ewentualne związki pomiędzy *aequitas* a *istihsanem*.

Na przełomie VII i VIII w. głównym ośrodkiem rodzącej się myśli prawniczej był Irak (a zwłaszcza miasto Kufa), gdzie ostatecznie doszło do wykształcenia się szkoły hanafickiej. Pragmatyczne tendencje hanafitów zadecydowały, że główny nacisk kładziono na *raj* (osobistą opinię) jako instrument podejmowania decyzji prawnej<sup>49</sup> (na tej podstawie hanafici zyskali przydomek *ahl ar-raj*, czyli „ludzi opinii”). Można powiedzieć, że zanim termin *istihsan* wprowadzono w obszar nauki prawa i podjęto próby zdefiniowania jego de-

<sup>46</sup> J. Danecki, *Podstawowe wiadomości o islamie*, Warszawa 1997, t. I, s. 215.

<sup>47</sup> Zachowanie tych tradycji pozwoliło ostatecznie na wykształcenie się cywilizacji arabsko-muzulmańskiej. W jej budowanie włączyły się bowiem ludy podbite niearabskiego pochodzenia, głównie Persowie, Syryjczycy, a także i inni, za którymi stało ich własne dziedzictwo kulturowe i cywilizacyjne. Scalanie tych różnorodnych elementów ułatwiła przede wszystkim obecność języka arabskiego, który z czasem przekształcił się z języka Koranu i poezji staroarabskiej w język potrafiący z łatwością wyrazić myśl polityczną, naukową czy prawno-teologiczną.

<sup>48</sup> J. Bielawski, *Islam, religia państwa i prawa*, Warszawa 1973, s. 155-156.

<sup>49</sup> Zarówno za kalifów sprawiedliwych (632-661), jak i kalifów umajjadzkich (661-750) w związku z ograniczonością materiału prawnego w Koranie oraz brakiem precedensów dużą wagę przywiązywano do własnej opinii wybitnych proto-prawników i sędziów, podejmowanej w oparciu o ogólną zasadę słuszności. Tak rozumiana zyskała we wczesnym okresie kształtowania się prawa muzulmańskiego jako samodzielnej dyscypliny status pełnoprawnej metody. J. Bielawski, op. cit., s. 153-154.

sygnatu, od I połowy VIII w. był stosowany na określenie metody podejmowania decyzji prawnej, lecz z reguły jeszcze bez nazywania jej metodą preferencji prawniczej<sup>50</sup> (termin *istihsan* na szeroką skalę stosowany jest w literaturze prawniczej począwszy od II połowy VIII w.). Metoda ta stanowiła odmianę *raju*, polegającą na szukaniu rozsądnego rozwiązania w sytuacji, gdy wnioskowanie, na przykład przez analogię, doprowadzało do rozwiązań zbyt uciążliwych (surowych). Podkreślano także słuszność i zdrowy rozsądek jako fundamentalne podstawy dla tej metody<sup>51</sup>. W ten sposób postrzegano *istihsan* aż do momentu podjęcia przez późnych teoretyków hanfickich próby jego zredefiniowania wobec polemiki szafi'ickiej.

Irak był rejonem, w którym obecne były nestoriańskie i jakobickie gminy chrześcijańskie, a także wyznawcy Kościoła ortodoksyjnego<sup>52</sup>. Taka sama sytuacja miała miejsce w dwóch nowo powstałych (po podboju arabskim) irackich miastach, Basrze i Kufie<sup>53</sup>. A warto pamiętać, że chrześcijanie, uważani przez muzułmanów za jednych spośród *ahl al-kitab* (ludzi Księgi), zyskali status *ahl az-zimma* (ludzi/wyznań chronionych), który pozwalał na zachowanie własnej wiary i autonomii prawnej. Wynika z tego, że prawo rzymskie, a zatem idea słuszności, *aequitas*, musiało być wciąż żywe tam, gdzie obecne były gminy chrześcijańskie. Było to prawo rzymskie z akcentami ideologii chrześcijańskiej i poddane (choć w mniejszym stopniu niż na terenie dawnego cesarstwa zachodniorzymskiego) procesowi wulgaryzacji<sup>54</sup>. Dwaj najwięksi kodyfikatory szkoły hanfickiej, Abu Jusuf i asz-Szajbani (zm. 796), zanim rozpoczęli działalność w Bagdadzie, pewien czas spędzili w Kufie. Najprawdopodobniej musieli zapoznać się z poklasyczną, tj. chrześcijańską wersją *aequitas*, co oznacza, że *istihsan* ma chrześcijańską przeszłość. Brak takiego odniesienia w dziełach prawniczych jest zrozumiałe. Prawnicy, którzy bardziej lub mniej świadomie przyjmowali obce zasady i pojęcia – jak pisze Bielawski<sup>55</sup> – „oficjalnie tego nie przyznawali, przyjmując za powszechną regułę, iż pierwszym i najważniejszym źródłem prawa jest prawo Koranu”.

Rekapitułując dotychczasowe rozważania, należy przyznać, iż *aequitas* – w związku z obecnością prawa rzymskiego (już wówczas z elementami ideologii chrześcijańskiej) na terenach, które dostały się pod panowanie Arabów – była zasadą znaną pierwszym prawnikom i sędziom, szczególnie tym działającym w Iraku. Sama idea *aequitas*, jak pokazują materiały źródłowe, najwyraźniej stała się inspiracją dla metody *istihsanu*, wówczas jeszcze bar-

<sup>50</sup> B. Hallaq, op. cit., s. 116.

<sup>51</sup> Ibidem. Zob także R. Paret, op. cit., loc. cit.; B. Jokisch, op. cit., s. 233-234.

<sup>52</sup> A.S. Atiya, *Historia Kościołów Wschodnich*, Warszawa 1978, passim; J.M. Fiey, *Našāra* (zwłaszcza: *The Christians of 'Irāk in the first centuries of Islam*), [w:] *EF*, t. VII, s. 970-973; Ph. Hitti, *Dzieje Arabów*, Warszawa 1969, s. 294-295.

<sup>53</sup> B. Jokisch, op. cit., s. 233.

<sup>54</sup> Ibidem, s. 232-233; K. Kolańczyk, *Prawo rzymskie*, Warszawa 2007, s. 80.

<sup>55</sup> J. Bielawski, op. cit., s. 156-157.

dzo niejednoznacznej, obecnej we wczesnej działalności prawotwórczej. Nie wcześniej niż po uformowaniu się prawa (tj. po uznaniu jego boskiej proveniencji), czyli w momencie utrwalenia się szkół prawnych (X w.) podjęto, jak już zostało to wspomniane, próbę określenia granic znaczeniowych terminu *istihsan* w ścisłym związku z wypracowanymi zasadami *szari'a*. Dopiero w takiej oto, dojrzałej formie *istihsan* nie może być utożsamiany z rzymską zasadą *aequitas*. Wprawdzie punktem odniesienia dla obu instytucji jest ogólnie pojęte dobro, a główną motywacją dla posłużenia się nimi jest przekonanie, że istniejące rozwiązanie prawne nie jest słuszne, niemniej *aequitas* szuka słusznych rozwiązań poza ustalonym, obowiązującym systemem prawnym, podczas gdy *istihsan* nie przekracza granic wyznaczonych przez prawo<sup>56</sup>. Jak trafnie ujął to Kamali<sup>57</sup>:

[z]arówno *istihsan* w prawie mułmańskim, jak i zachodnie prawo słuszności inspirowane są zasadą słuszności i [wrażliwością] sumienia. Oba sankcjonują odejście od zasad prawa pozytywnego, kiedy jego egzekwowanie przynosi niesprawiedliwe rozwiązania. Podstawowej różnicy należy poszukiwać w [układzie odniesienia], gdyż prawo słuszności jest całkowicie zależne od idei prawa naturalnego, zaś *istihsan* od fundamentalnych wartości i zasad *szari'a*. Pamiętając o podobieństwie wartości prawa naturalnego i *szari'a*, do różnicy tej nie należy przywiązywać zbyt dużej wagi. Pomimo odmiennego podejścia do, dajmy przykład, problemu dobra i zła, wartości w świetle prawa naturalnego i *szari'a* są substancjalnie zbieżne. [...]. Jeśli [jednak] prawo słuszności zdefiniuje się jako prawo naturalne, nadrzędne wobec wszystkich innych reguł prawnych, istniejących w formie zapisu czy też w inny sposób, wówczas najwyraźniej nie jest to coś, co rozumiemy pod pojęciem *istihsanu*. *Istihsan* bowiem nie rozpoznaje wyższości jakiegokolwiek prawa ponad Objawieniem Bożym [...]. Innymi słowy, stanowi integralną częścią *szari'a* i różni się od zasady słuszności tym, że ta druga uważa prawo naturalne za niezależne od prawa pozytywnego i zasadniczo nadrzędne wobec niego.

---

<sup>56</sup> J. Makdisi, op. cit., s. 90.

<sup>57</sup> M.H. Kamali, *Principles...*, op. cit., s. 217.

