

JAN KIL  
Warszawa

## ***Prawo w świecie islamu — w stronę koncepcji monizmu normatywnego***

Pojęcie normy, rozumianej jako dyrektywa określonego postępowania (zachowania), można zdefiniować jako wypowiedź faktycznie sformułowaną lub dająca się sformułować w danym języku, która w języku tym wyraża skierowane do określonego podmiotu żądanie zachowania się w określony sposób bądź to w określonych okolicznościach, bądź to zawsze i wszędzie. Norma jako taka składa się z trzech elementów, tj. podmiotu, któremu wyznacza się obowiązek danego postępowania (adresat normy), okoliczności (warunków), w których postępowanie ma być realizowane, oraz zdefiniowania wskazanego postępowania<sup>1</sup>. Normy posiadające wspólny rdzeń normatywny, wchodzą między sobą w interakcje, tworzą systemy normatywne. Przykładami systemów normatywnych mogą być systemy: religijne, prawne, społeczne, obyczajowe itp.

Na poziomie rozważań metateoretycznych dystynkcję pomiędzy zachodnią kulturą prawną<sup>2</sup> a kulturą prawną islamu można sprowadzić do przeciwstawienia idei multinormatywności świata zachodniego idei monizmu normatywnego

---

<sup>1</sup> Z. Ziemiński: *Teoria prawa*. Warszawa—Poznań 1978, s. 22—23; A. Pieniżek w: A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniżek: *Wstęp do prawoznawstwa*. Lublin 2007, s. 91.

<sup>2</sup> Pod pojęciem zachodniej kultury prawnej należy rozumieć zarówno kulturę prawa stanowionego, jak i kulturę prawną *common law*. Mimo istotnych różnic występujących pomiędzy wskazanymi systemami prawnymi, metateoretyczny charakter rozważań prowadzonych w niniejszym opracowaniu upoważnia, jak się wydaje, do ich łącznego przeciwstawienia kulturze prawnej świata islamu. Odnośnie do przeglądu typologicznego kultur prawnych zob. zwłaszcza R. Tokarczyk: *Współczesne kultury prawne*. Warszawa 2012.

świata islamskiego. W kulturze zachodniej bowiem charakter powszechnego zjawiska ma równoległe funkcjonowanie odseparowanych od siebie systemów normatywnych (systemy norm: prawnych, religijnych, obyczajowych). W świecie islamskim występuje zaś jeden, uniwersalny (totalny) system normatywny, zbudowany na fundamencie religijnym. Świadczyć o tym może analiza komparatystyczna systemów prawnych występujących w omawianych kręgach kulturowych. Analiza ta powinna przede wszystkim dotyczyć zagadnienia zależności pomiędzy systemem prawnym a pozaprawnymi systemami normatywnymi.

W kulturze prawnej państw zachodnich dominującą doktryną filozoficzno-prawną, traktującą o prawie jako odrębnym, autonomicznym, a zarazem podstawowym systemie normatywnym, jest szkoła pozytywizmu prawniczego<sup>3</sup>. Zgodnie z poglądami głoszonymi przez przedstawicieli pozytywizmu prawniczego prawa ludzkie są rozkazami. Nie ma genetycznego związku pomiędzy prawem i moralnością, zaś sądy etyczne nie mogą być dokonywane — jak sądy o faktach — na podstawie racjonalnej argumentacji, świadectw czy dowodów<sup>4</sup>. Porządek prawny jest wyłącznie porządkiem prawa stanowionego, gdzie jedynym źródłem prawa jest ustawa, będąca przejawem niczym nieograniczonej woli suwerena politycznego<sup>5</sup>. W modelowym ujęciu, pozytywizm opiera się na koniunkcji dwóch zasadniczych założeń, a mianowicie tezy o źródłach i tezy o rozdziale<sup>6</sup>. Zgodnie z tezą o źródłach prawo ma swoje źródło w pewnego rodzaju faktach społecznych. O tym, co jest prawem, a co nie, decyduje przyjmowana w danej społeczności konwencja, będąca faktem społecznym. Ze względu na powyższe, podstawa obowiązywania prawa nie ma charakteru metafizycznego, gdyż prawo nie pochodzi ani od żadnej istoty nadprzyrodzonej, ani nie wynika z naturalnego porządku świata, lecz jest wyłącznie wynikiem działalności ludzkiej<sup>7</sup>. Zgodnie z tezą o rozdziale nie ma koniecznego, pojęciowego związku pomiędzy prawem a pozaprawnymi syste-

<sup>3</sup> Stanowisko pozytywistyczne nie jest, rzecz jasna, jedynym stanowiskiem filozoficzno-prawnym, które można odnaleźć w nauce prawa świata zachodniego. Zostało ono jednak wybrane w niniejszym opracowaniu jako reprezentatywne dla zachodniej kultury prawnej z dwóch powodów. Po pierwsze, będąc jaskrawo sprzeczne z islamską filozofią prawa, pozwala dobitniej wyeksponować różnice w podejściu do prawa zachodzące w porównywanych kulturach. Po drugie, jak się wydaje, pozytywizm prawniczy ma nadal dominujący wpływ na współczesne myślenie o prawie w świecie zachodnim.

<sup>4</sup> R. Tokarczyk: *Filozofia prawa*. Warszawa 2009, s. 138.

<sup>5</sup> J. Stelmach, R. Sarkowicz: *Filozofia prawa XIX i XX wieku*. Kraków 1999, s. 23—24. Zob. szerzej H.L.A. Hart: *Pojęcie prawa*. Warszawa 1998.

<sup>6</sup> T. Pietrzykowski: *Miękki pozytywizm i spór o regułę uznania*. W: *Studia z filozofii prawa*. Red. J. Stelmach. Kraków 2000, s. 99 i tam przywoływana literatura. Por. T. Pietrzykowski: *Czym jest postpozytywizm prawniczy?* „Radca Prawny” 2009, nr 12, s. 2—11.

<sup>7</sup> L. Morawski: *Podstawy filozofii prawa*. Toruń 2014, s. 38; G. Maroń: *Wstęp do prawnawstwa*. Rzeszów 2011, s. 23.

mami normatywnymi, w tym zwłaszcza nie ma koniecznego związku pomiędzy prawem a moralnością<sup>8</sup>.

Całkowicie odmienne podejście do prawa występuje w kulturze muzułmańskiej. Islam poprzez swoją świętą księgę — Koran — wyraża pełną ideologię życia zarówno jednostki, jak i całej społeczności wiernych. Zawiera doktrynę religijną, prawną, moralną, fundamentalne zasady ustroju państwa, a także sposób zachowania, z zasadami grzeczności włącznie<sup>9</sup>. Podstawowe źródło porządku normatywnego ma charakter objawiony. Wszystkie normy — nauki, przepisy, nakazy, zakazy, łącznie z prawnymi i moralnymi — mają sankcję religijną<sup>10</sup>. Prawo islamu ujmowane jest jako prawo wieczne i niezmienne, dane bezpośrednio od Boga<sup>11</sup>. W muzułmańskiej teorii prawa Bóg — źródło wszelkiej władzy i sprawiedliwości — posiada znajomość prawa doskonałego. Jego prawo przeznaczone jest zatem dla wszystkich narodów i społeczeństw po wsze czasy. Żyć zgodnie z tym prawem to żyć doskonale<sup>12</sup>. Z powyższych konstatacji wynikają dwie podstawowe zasady prawa islamskiego. Pierwszą z nich jest zasada boskiego pochodzenia prawa. Skoro wszelkie prawo pochodzi od Boga, to człowiek łamiący jego postanowienia będzie odpowiadał za swoje uczynki przed nim. Niemniej człowiek, naruszając boskie prawo, występuje nie tylko przeciw Bogu, ale także przeciwko całej społeczności, która dzięki temu uzyskuje legitymację do jego osądzenia i ukarania. Ze względu na powyższe władza społeczna to nic innego jak wykonywanie woli Bożej, uzewnętrznione poprzez realizację prawa. Boskie pochodzenie prawa przekłada się także na jego niezmiennosc (zakaz uchylania czy też poprawiania)<sup>13</sup>. Druga z zasad

<sup>8</sup> L. Morawski: *Podstawy filozofii prawa...*, s. 38—39; G. Maroń: *Wstęp do prawnawstwa...*, s. 22—23.

<sup>9</sup> J. Bielawski: *Islam, religia państwa i prawa*. Warszawa 1973, s. 26—27; J. Danecki: *Podstawowe wiadomości o islamie*. T. 1. Warszawa 1997, s. 213; Idem: *Arabowie*. Warszawa 2001, s. 266; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu*. Warszawa 2007, s. 7 i 53; *Historia świata islamu*. Red. F. Robinson. Warszawa 2001, s. 212—213. Z tych też względów J. Bielawski określa Koran mianem konstytucji państwowej. Warto także w tym kontekście przytoczyć słowa R. Tokarczyka, który trafnie wskazywał, że „islam jako kultura prawna wyróżnia się wśród innych kultur prawnych tym, że obok nakazów ściśle religijnych zawiera normy moralne i normy prawne, stanowiące podstawę organizacji wszystkich stron życia muzułmanów — społecznego, gospodarczego i politycznego. Dzięki temu islam zyskał pozycję kultury prawnej, w której to, co religijne, spłotło się w niepowtarzalny sposób z tym, co moralne i prawne” (Zob. Idem: *Współczesne...*, s. 210).

<sup>10</sup> J. Danecki: *Podstawowe wiadomości o islamie...*, s. 125.

<sup>11</sup> J. Kasprzak: *Prawo karne islamu — zasady ogólne*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2006, nr 1, s. 45; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 8, 53 i 66.

<sup>12</sup> J. Bielawski: *Islam, religia państwa...*, s. 126; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 73. Warto w tym miejscu nadmienić, że pojęcie „szariat” oznacza „drogę do wodopoju”, „dobrą drogę” (J. Bielawski: *Islam, religia państwa...*, s. 131).

<sup>13</sup> J. Danecki: *Podstawowe wiadomości o islamie...*, s. 213; J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 45; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 98.

— zasada wszechobecności prawa — wynikająca bezpośrednio z pierwszej, głosi, że prawo boskie ma nieograniczony zasięg terytorialny i czasowy, nie zna granic państwowych, obowiązywało ono zawsze i obowiązuje ono nadal<sup>14</sup>. Przedstawiona powyżej charakterystyka zasadniczych cech prawa islamskiego prowadzi do wniosku, że jest ono ujmowane przez muzułmanów w kategoriach prawa natury<sup>15</sup>.

Zarysowane powyżej koncepcje systemów prawnych przekładają się na szereg fundamentalnych różnic rzutujących na całokształt porządku normatywnego. Już w tym miejscu można zaznaczyć, że źródeł każdej z poniżej przedstawionych różnic można poszukiwać w odpowiednio przyjmowanej koncepcji multinormatywności lub monizmu normatywnego.

Problemem, od którego należy rozpocząć analizę porównawczą wskazanych porządków normatywnych, jest zagadnienie samego charakteru norm występujących w omawianych kulturach. Należy przypomnieć, że normy jako takie podlegają różnorodnym klasyfikacjom. Wyróżnia się normy autonomiczne (gdzie zachodzi identyczność normodawcy i adresata norm) oraz heteronomiczne (gdzie istnieje zewnętrzne w stosunku do adresata źródło normy); normy zasadnicze (bezinteresowne — niezrelatywizowane względem celu, którego osiągnięciu mają służyć) oraz celowościowe (interesowne — zrelatywizowane względem celu, którego osiągnięciu mają służyć); normy zamknięte (zakres zastosowania i funkcjonowania jest ściśle limitowany pod względem przedmiotowo-podmiotowym) oraz otwarte (zakres zastosowania i funkcjonowania mieści się w ramach społeczności globalnej)<sup>16</sup>. W kontekście powyższego wypada stwierdzić, że zachodni system prawny składa się z norm heteronomicznych (gdzie normodawcą jest podmiot wyposażony przez prawo stanowione w kompetencję prawodawczą), w głównej mierze celowościowych (uniwersalnym celem norm jest zapewnienie ładu społecznego) oraz norm zamkniętych (granice temporalne, przestrzenne i podmiotowe stosowania prawa są wyraźnie określone przez samo prawo). W kulturze prawnej islamu mamy zaś do czynienia z normami heteronomicznymi (gdzie normodawcą jest Bóg), celowościowymi (uniwersalnym celem norm jest zapewnienie zbawienia wiernym) oraz otwartymi (zgodnie z omówioną uprzednio zasadą wszechobecności).

Przechodząc do problematyki źródeł prawa, należy zauważyć, iż w dobie współczesnej, w zachodniej kulturze prawnej prawo ma co do zasady charakter świecki, jest wytworem wyłącznie działalności ludzkiej, a jego głównym źródłem jest odpowiednio ustawa (system prawa kontynentalnego) lub prece-

<sup>14</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 98.

<sup>15</sup> Tak też J. Bielawski: *Islam, religia państwa...*, s. 125—126 oraz R. Tokarczyk: *Filozofia...*, s. 179—180.

<sup>16</sup> Zob. szerzej K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa*. Warszawa 1969, s. 21—38. Por. Z. Ziemiński: *Teoria prawa...*, s. 62.

dens (system *common law*)<sup>17</sup>. W prawie islamskim, jak już wspomniano, istnieje wiara w boskie pochodzenie prawa, objawione w Koranie<sup>18</sup>. Koran nie reguluje jednak wszystkich, kluczowych z punktu widzenia państwa zagadnień. Uzupełnia go w tym zakresie drugie, podstawowe źródło prawa, którym jest *sunna*, czyli tradycja Mahometa, zawierająca zbiór hadisów, czyli opowieści o postępowaniu proroka<sup>19</sup>. Poza Koranem do źródeł prawa szariatu zalicza się zgodną opinię jurystów (*idźma*) oraz analogię (*kijas*)<sup>20</sup>. Dopiero w zakresie nieuregulowanym prawem szariatu stosuje się prawo stanowione (dekrety, rozporządzenia). Należy mieć jednak świadomość, że dla zachowania ważności akty prawa stanowionego muszą być zgodne z Koranem<sup>21</sup>.

Przedstawione powyżej ujęcie źródeł prawa rezonuje na problematykę obowiązywania norm w porównywanych kulturach. Należy w tym miejscu przypomnieć, że norma może obowiązywać na wiele sposobów<sup>22</sup>. Zasadniczo obowiązuje wówczas, gdy da się dla niej wskazać odpowiednie źródło obowiązywania. Z tego punktu widzenia wyróżnia się, w szczególności, normy obowiązujące w znaczeniu tetycznym (normy tetyczne), normy obowiązujące w znaczeniu aksjologicznym (normy aksjologiczne) oraz normy obowiązujące w znaczeniu behawiorystycznym (normy behawiorystyczne)<sup>23</sup>. Normę uwa-

---

<sup>17</sup> Niezależnie od powyższego należy pamiętać, że także i w zachodniej kulturze prawnej, w jej rozwoju historycznym, występowało zjawisko silnego przenikania się norm prawnych i religijnych. Jednym ze źródeł prawa europejskiego na przestrzeni wieków był bowiem dekalog i Bóg. Na gruncie zachodniej filozofii prawa przedstawiona idea znajdowała swe odzwierciedlenie w różnorodnych koncepcjach prawnonaturalnych. W czasach współczesnych porządkiem normatywnym nadal opierającym się na inspiracji religijnej jest z pewnością prawo Watykanu, charakteryzujące się dualizmem roli papieża jako głowy Kościoła (Stolicy Apostolskiej) i jednocześnie głowy państwa watykańskiego.

<sup>18</sup> M. i U. Tworuschka: *Islam: mały słownik*. Przekł. J. Marzęcki. Warszawa 2005, s. 160; A. Scarabel: *Islam*. Przekł. K. Stopa. Kraków 2004, s. 35—40; W. Witkowski: *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego. Wybrane instytucje*. Warszawa 2009, s. 32—35; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 96.

<sup>19</sup> A. Scarabel: *Islam...*, s. 40—42; W. Witkowski: *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego...*, s. 35—46; M. i U. Tworuschka: *Islam: mały słownik...*, s. 160; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 66.

<sup>20</sup> W. Witkowski: *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego...*, s. 46—54; M. i U. Tworuschka: *Islam: mały słownik...*, s. 160; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 74; A. Scarabel: *Islam...*, s. 42—44. Analogia szeroko stosowana w prawie islamskim, także karnym, na gruncie zachodniej kultury prawnej jest niedopuszczalna w przypadku prawa represyjnego.

<sup>21</sup> J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 45; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 97.

<sup>22</sup> Zob. szerzej W. Lang: *Obowiązywanie prawa*. Warszawa 1962; L. Nowak: *Pojęcie obowiązywania prawa jako teoretyczne pojęcie prawoznawstwa*. „Studia Metodologiczne” 1967, nr 3.

<sup>23</sup> Z. Ziemiński: *Logika praktyczna*. Poznań 1965, s. 106 i nast.; K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa...*, s. 115; Z. Ziemiński: *Teoria prawa...*, s. 29;

za się za obowiązującą tetycznie, jeżeli została ona ustanowiona i nieuchylona przez podmiot, któremu przypisuje się władzę normatywną nad adresatami normy<sup>24</sup>. Normę uważa się za obowiązującą aksjologicznie, jeżeli jej uzasadnienie wiązane jest z dodatnią oceną treści jej dyspozycji, dokonaną zgodnie z żywionymi przekonaniem aksjologicznymi<sup>25</sup>. Wreszcie normę uznaje się za obowiązującą behawiorystycznie, jeżeli jest ona przestrzegana w praktyce życia społecznego<sup>26</sup>. Nie można, rzecz jasna, wykluczyć sytuacji, w której dana norma będzie miała uzasadnienie kombinowane (np. tetyczno-aksjologiczne, aksjologiczno-behawiorystyczne itp.)<sup>27</sup>. Bezpośrednio z powyższym wiąże się sposób rozumienia zwrotu „norma N obowiązuje”. Może on oznaczać, że „norma N obowiązuje, bo pochodzi od legalnego autorytetu (podmiotu posiadającego władztwo prawotwórcze)”, „norma N obowiązuje, bo jest słuszna” albo też „norma N obowiązuje, bo jest przestrzegana”<sup>28</sup>. O ile w kulturze zachodniej normy prawne obowiązują tetycznie<sup>29</sup>, o tyle w kulturze islamskiej podstawa obowiązywania ma charakter tetyczno-aksjologiczno-behawiorystyczny. Wskazana różnica zachodząca w źródłach obowiązywania powoduje, że w kulturze zachodniej żadna z norm postępowania nie jest sama przez się normą prawną, moralną, religijną, obyczajową, estetyczną itd. O jej charakterze decydują źródła uzasadnienia. Jeśli dana norma zostanie ustanowiona przez kompetentny podmiot prawotwórczy, stanie się ona normą prawną; jeżeli dana norma czerpać będzie swe uzasadnienie z żywionych przez adresatów przekonań aksjologicznych, stanie się normą moralną; jeżeli dana norma ukonstytuuje się jako przyjęty sposób postępowania w danym środowisku, stanie się normą obyczajową<sup>30</sup>. Rzeczony dystynkcje stają się bezprzedmiotowe na gruncie kultury islamskiej, gdzie źródła obowiązywania mają charakter uniwersalny i nie podlegają separacji, co wynika z totalnego charakteru tamtejszego systemu normatywnego.

Postrzeganie źródeł prawa związane jest również z zagadnieniem zmienności regulacji normatywnej. Zachodni system prawny charakteryzuje permanentna zmienność dyspozycji normatywnych. W kulturze islamskiej zaś zarów-

A. Pieniążek w: A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek: *Wstęp do prawoznawstwa...*, s. 113.

<sup>24</sup> K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa...*, s. 115; A. Pieniążek w: A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek: *Wstęp do prawoznawstwa...*, s. 113; Z. Ziemiński: *Teoria prawa...*, s. 29.

<sup>25</sup> A. Pieniążek w: A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek: *Wstęp do prawoznawstwa...*, s. 113; K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa...*, s. 115; Z. Ziemiński: *Teoria prawa...*, s. 29—30.

<sup>26</sup> K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa...*, s. 115.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 115—116; Z. Ziemiński: *Teoria prawa...*, s. 29.

<sup>28</sup> K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa...*, s. 127.

<sup>29</sup> Norma prawa obowiązuje zarówno wówczas, gdy nie ma aksjologicznej akceptacji w społeczeństwie, jak i gdy nie jest przestrzegana w praktyce.

<sup>30</sup> Z. Ziemiński: *Teoria prawa...*, s. 75.

no teza o boskim pochodzeniu prawa, jak i odpowiednia działalność jurystów arabskich (tzw. „zamknięcie bram idżtihadu”) spowodowały petryfikację regulacji prawnej<sup>31</sup>. Świadczyć może o tym zwłaszcza muzułmańskie prawo karne, które w pełni ukształtowane na przełomie wieków IX i X, przetrwało w prawie niezmienionej formie do czasów współczesnych<sup>32</sup>.

Koncepcja źródeł prawa przekłada się także na problem posłuszeństwa wobec prawa. O ile w kulturze zachodniej tzw. nieposłuszeństwo obywatelskie doczekało się aksjologicznej afirmacji, szczególnie w sytuacji gdy obowiązujące normy prawne uznaje się za wysoce niesprawiedliwe lub szkodliwe, o tyle w kulturze muzułmańskiej obowiązek podporządkowania się normom ma charakter bezwzględny. Sama nazwa „islam” oznacza bezwzględne podporządkowanie się Bogu, muzułmanin zaś to ten, kto się Bogu bezwzględnie podporządkowuje<sup>33</sup>.

W zachodniej kulturze prawnej istnieje wyraźna dystynkcja pomiędzy systemem prawa a pozaprawnymi systemami normatywnymi. W efekcie system prawa posiada wyraźnie określone granice<sup>34</sup>. Wyznaczają je normy istniejące wewnątrz systemu, określające jego granice czasowe, terytorialne, osobowe, a co najważniejsze — rzeczowe (przedmiotowe). Normy te mają charakter reguł zamykających system prawny<sup>35</sup>. W kontekście powyższego, zachodnie systemy prawne charakteryzują się trzema cechami. Po pierwsze, stanowią one systemy całościowe w tym sensie, że traktuje się je jako podstawę wszelkiego typu zachowań<sup>36</sup>. Pomimo jednak posiadania roszczenia do uniwersalnego władztwa normatywnego nie regulują one wszelkich form zachowań, a co więcej pozostawiają lwią część ludzkiej działalności bądź to pozaprawnym systemom normatywnym, bądź to swobodnemu uznaniu jednostki. Po drugie, systemy te wysuwają roszczenie do nadrzędności, co oznacza, że każdy system prawny ma służyć do ustanawiania i regulowania innych systemów instytucjonalnych w społeczności, którą zarządza<sup>37</sup>. Po trzecie wreszcie, systemy prawne są systemami otwartymi w tym sensie, że zawierają one normy, których celem

<sup>31</sup> J. Danecki: *Arabowie...*, s. 267; Idem: *Podstawowe wiadomości o islamie...*, s. 226—227.

<sup>32</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 93. Koran był objawiany nieprzerwanie Mahometowi od 610 do 632 r. i przekazywany przez niego w formie ustnej. Ostateczna i jednolita wersja Koranu, sporządzona na polecenie trzeciego kalifa sprawiedliwego — Usmana ibn Affana — powstała w 651 r. i obowiązuje w wersji niezmienionej do dziś (E. Machut-Mendecka: *Świat tradycji arabskiej*. Warszawa 2005, s. 35).

<sup>33</sup> M.K. (Omar) Nydell: *Zrozumieć Arabów*. Warszawa 2001, s. 99; J. Danecki: *Podstawowe wiadomości o islamie...*, s. 109; R. Tokarczyk: *Współczesne...*, s. 209; J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 45; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 49.

<sup>34</sup> J. Raz: *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*. Warszawa 2000, s. 115.

<sup>35</sup> K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa...*, s. 115.

<sup>36</sup> J. Raz: *Autorytet prawa...*, s. 117.

<sup>37</sup> Ibidem, s. 118.

jest nadanie mocy wiążącej normom należącym do pozaprawnych systemów normatywnych. Należy jednak podkreślić, że owe pozaprawne normy, mimo uzyskania sankcji prawnej, nie stają się częścią systemu prawnego, nie zostają do niego włączone<sup>38</sup>. Przedstawione powyżej cechy zachodnich systemów prawnych przekładają się w efekcie na ich odseparowanie od pozaprawnych systemów normatywnych, takich jak systemy moralne, obyczajowe, religijne.

W islamskiej kulturze prawnej nie istnieją granice systemu prawa. Tamtejszy system prawny, zawierając całokształt regulacji normatywnych, niejako „wchłania” normy należące w kulturze zachodniej do pozaprawnych systemów normatywnych (religijnych, społecznych, obyczajowych). Jest to szczególnie widoczne w regulacjach islamskiego prawa karnego. Przepięstwo w islamie to czyn społecznie szkodliwy, będący z jednej strony obrazą Boga, a z drugiej naruszający ład społeczny i w ten sposób zagrażający wspólnocie<sup>39</sup>. Szczególnie ta druga składowa, interpretowana w świecie muzułmańskim bardzo szeroko, legitymizuje dogłębną infiltrację normatywną społeczeństwa<sup>40</sup>. W islamskim prawie karnym czyny uznane za przestępne dzielone są, według podstaw karania, na trzy grupy. Pierwsza z nich to przestępstwa *kisas* i *dijja*, należące do dawnego prawa zwyczajowego i następnie włączone do szariatu, karane na zasadzie talionu. Do grupy tej należą zabójstwo oraz uszkodzenie ciała<sup>41</sup>. Druga grupa obejmuje przestępstwa *hudud*, czyli przestępstwa w myśl prawa boskiego, objawione i wynikające z Koranu oraz sunny Proroka. W grupie tej

<sup>38</sup> Ibidem, s. 119—121. Zob. szerzej J. Wróblewski: *Sądowe stosowanie prawa*. Warszawa 1972, s. 223—224; Idem: *Przepisy odsyłające*. W: „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego”, *Nauki Humanistyczno-Społeczne*, seria I. Łódź 1964, z. 35, s. 3, 13 i nast.; Z. Ziemiński: *Podstawowe problemy prawoznawstwa*. Warszawa 1980, s. 242—243; S. Ehrlich: *Wstęp do nauki o państwie i prawie*. Warszawa 1971, s. 171; A. Stelmachowski: *Wstęp do teorii prawa cywilnego*. Warszawa 1969, s. 291; S. Grzybowski: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa 1974, s. 59; W. Lang: *Relacje między prawem i moralnością*. „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2—3, s. 129; K. Wójcik: *Z problematyki klauzul generalnych prawa cywilnego*. „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1981, T. 27, s. 89—91; J. Czarzasty: *Przyczynek do problematyki klauzul generalnych*. „Państwo i Prawo” 1978, z. 5, s. 86 i 88; L. Leszczyński: *Typ praktyki prawniczej a odesłania do ocen pozaprawnych*. W: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo*. Toruń 1998, s. 123—138; L. Leszczyński, G. Maroń: *Pojęcie i treść zasad prawa oraz generalnych klauzul odsyłających. Uwagi porównawcze*. „Annles Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 2013, Vol. 60, nr 1 Sectio G, s. 81—91; J. Nowacki: *Studia z teorii prawa*. Kraków 2003, s. 133—162.

<sup>39</sup> A. Scarabel: *Islam...*, s. 92—94.

<sup>40</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 106—107.

<sup>41</sup> Ibidem, s. 122—133; J. Danecki: *Arabowie...*, s. 269. Wysoce kontrowersyjnie przedstawia się z punktu widzenia kultury zachodniej, kwestia okoliczności łagodzących występujących w prawie islamskim, skutkujących zamianą kary z *kisas* na karę z *ta'zir*, do których zalicza się zabójstwo syna przez ojca lub córki przez matkę lub babkę, dokonywane w sytuacji, gdy winni narażali dobro, godność i honor rodziny, oraz zabójstwo niemuzułmanina przez muzułmanina. Zob. ibidem.



znajdują się m.in. przestępstwo cudzołóstwa (*zina*)<sup>42</sup>, przestępstwo picia wina (rozumiane jako całkowity zakaz spożywania alkoholu oraz przyjmowania narkotyków), przestępstwo odstąpienia od wiary i bluźnierstwa<sup>43</sup>. Trzecią grupę przestępstw stanowią przestępstwa *ta'zir*, które zostały stypizowane zarówno w Koranie i sunnie, jak i w aktach prawa stanowionego. Wśród nich znajdują się zakazy spożywania określonych produktów, lichwa, hazard, rozpowszechnianie niemoralności czy też nieposłuszeństwo żony względem męża<sup>44</sup>.

Przykładami dobrze obrazującymi totalny charakter prawa islamskiego mogą być przestępstwa związane ze sferą seksualną. Zgodnie z prawem szariatu dla osób dopuszczających się cudzołóstwa, a będących w stanie wolnym, przewidziana została kara chłosty, zaś dla osób będących w związku małżeńskim — kara chłosty, a następnie ukamienowania. Między kobietą a mężczyzną, którzy nie pozostają w związku małżeńskim, zakazane są wszelkiego rodzaju pieszczoty (dotykanie się, pocałunki), a nawet dłuższy kontakt wzrokowy. Zachowania te uznaje się za pierwszy krok do cudzołóstwa. Prawo islamu zakazuje różnorodnych praktyk seksualnych, takich jak stosunki analne, współżycie w okresie menstruacji, w okresie połogu, pielgrzymki do Mekki oraz podczas postu w ramadanie. Zakazana jest pornografia, masturbacja, praktyki homoseksualne (za które w Arabii Saudyjskiej wymierzana jest kara śmierci). Jak widać, islam jako totalny system normatywny wkracza w najbardziej intymne sfery ludzkiego życia<sup>45</sup>.

Sygnalizowana powyżej różnica, występująca w relacji zachodzącej pomiędzy prawem a pozaprawnymi systemami normatywnymi, znajduje odzwierciedlenie na gruncie problematyki związku prawa z moralnością.

W zachodniej kulturze prawnej pozytywizm prawniczy wskazywał na analityczną niezależność prawa i moralności. Zgodnie ze stanowiskiem J. Raza, prawo jest ze swej istoty instytucją władczą, która objawia się w tym, że powinność zachowania zgodnego z normą prawną jest powinnością niezależną od innych względów przemawiających za takim bądź wbrew takiemu zachowaniu, a co więcej, ze względu na swą normatywną siłę, względy takie wyłączającą<sup>46</sup>. Oznacza to zatem, że prawo, w przypadku kolizji z innymi systemami normatywnymi (np. moralnymi), systemy te deroguje<sup>47</sup>. Siła normatywna prawa wynika z faktu, że obdarzone jest ono prawomocnym autorytetem, na mocy którego nie tylko stanowi rację na rzecz posłuszeństwa, lecz także wyklu-

<sup>42</sup> J. Danecki: *Arabowie...*, s. 268—269; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 133—150.

<sup>43</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 133—159.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 159—171.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 133—159. Prawnicy muzułmańscy zajmowali się swego czasu nawet problematyką „norm” częstotliwości stosunków seksualnych między małżonkami (*ibidem*).

<sup>46</sup> T. Pietrzykowski: *Miękki pozytywizm...*, s. 111.

<sup>47</sup> J. Oniszczyk: *Filozofia i teoria prawa*. Warszawa 2012, s. 408.

cza racje sprzeczne<sup>48</sup>. Podobną argumentację przedstawił S. Shapiro w tezie o praktycznej różnicy. Teza ta sprowadza się do konieczności wyraźnego odróżnienia norm prawnych od norm należących do innych systemów normatywnych, w tym zwłaszcza należących do moralności. Odróżnienie to musi zostać przeprowadzone na dwóch płaszczyznach — epistemicznej (odnoszącej się do określenia okoliczności i rodzaju powinnego zachowania) oraz motywacyjnej (odnoszącej się do powodów określonego zachowania). Spowinowacenie norm prawnych z normami moralnymi skutkowałoby dekonstrukcją zarówno kryterium epistemicznego wyodrębnienia norm prawnych (adresat oraz organ stosujący prawo nie mieliby pewności, które normy prawne obowiązują, i które należy stosować), jak i kryterium motywacyjnego (normy prawne nie stanowiłyby żadnej odrębnej przesłanki zachowania, skoro byłyby wyłącznie powtórzeniem lub logiczną konsekwencją norm moralnych)<sup>49</sup>.

W kulturze islamskiej religia i moralność są nierozdzielnie związane z przepisami prawa<sup>50</sup>. Prawo muzułmańskie, będąc prawem totalnym, rządzi każdą czynnością człowieka należącego do wspólnoty muzułmańskiej. Każdy czyn, nawet najdrobniejszy, jest przewidziany i sklasyfikowany przez prawników muzułmańskich<sup>51</sup>. Jak już kilkakrotnie wskazywano, prawo islamu obejmuje zarówno dogmaty religijne, reguły prawne, jak i zasady postępowania politycznego i społecznego. Wszystko to stanowi niepodzielną całość<sup>52</sup>. Religia, moralność, prawo w islamie są ze sobą tak ściśle splecione, że klasycy autorzy muzułmańscy nie robili pomiędzy tymi systemami normatywnymi żadnego rozróżnienia. Prawo islamu reguluje obowiązki człowieka względem Boga, a także zawiera zasady postępowania międzyludzkiego. Jego podstawową funkcją jest zapewnienie pomyślności na tym świecie, jak i zbawienia w życiu przyszłym<sup>53</sup>.

Powyższe przekłada się bezpośrednio na postrzeganie funkcji przypisywanych prawu. W zachodniej myśli prawniczej powszechnie przypisuje się prawu

---

<sup>48</sup> J. Kochanowski, N.E. Simmonds: *Wstęp*. W: J. Raz: *Autorytet prawa...*, s. IX. Innymi słowy prawo nie jest jedną z racji, którą uwzględniamy w bilansie racji — w sytuacji bowiem gdy daną kwestię normuje, w ogóle wyklucza podejmowanie decyzji na podstawie bilansu racji.

<sup>49</sup> T. Pietrzykowski: *Miękki pozytywizm...*, s. 113—114.

<sup>50</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 72.

<sup>51</sup> J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 45. Normy prawa islamskiego ujmują czyny ludzkie w pięciu grupach. Do pierwszej należą obowiązki podstawowe, wynagradzane za ich spełnienie oraz karane za ich unikanie (*wadżib*). Do drugiej grupy zalicza się zachowania zalecane, lecz ze względu na mniejszą wagę niepodlegające ukaraniu w przypadku zaniechania (*mandub*). Do trzeciej grupy wchodzi czyny indyferentne moralnie i prawnie (*dżaż, mubah*). Do czwartej grupy należą czyny naganne, lecz niezakazane (*makruh*). Wreszcie do piątej grupy należą czyny zabronione i karane (*haram*). Zob. R. Tokarczyk: *Współczesne...*, s. 217—218.

<sup>52</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 74.

<sup>53</sup> Ibidem, s. 73.

funkcję ochronną, rozumianą w aspekcie gwarancyjnym. W tym ujęciu prawo ma za zadanie chronić wolność i autonomię jednostki przed ingerencją zarówno ze strony innych jednostek, jak i państwa. Zważywszy na fakt postrzegania wolności jako wartości autotelicznej, pozostałe funkcje prawa mają charakter wyłącznie ekstraspekcyjny oraz instrumentalny. Znamienne w tym zakresie stanowisko przedstawił Immanuel Kant, który twierdził, że skoro prawo stanowi porządek zewnętrznego przymusu i nie dotyczy tym samym tej sfery, która stanowi domenę moralności, musi koncentrować się wyłącznie na sferze zachowań zewnętrznych człowieka<sup>54</sup>. Ze względu na powyższe, jedyną funkcją prawa jest funkcja rozgraniczania sfer wolności poszczególnych jednostek. Zgodnie ze sformułowanym przez I. Kanta „rozumowym pojęciem prawa”, jest ono „ogółem warunków, pod którymi wola jednej osoby może zostać pogodzona z wolą drugiej osoby, zgodnie z powszechnym prawem wolności”<sup>55</sup>. Do obowiązków prawnych nie mogą należeć zatem żadne specyficzne obowiązki moralności indywidualnej, obowiązki realizacji własnej doskonałości<sup>56</sup>. Przedmiotem prawa nie jest bowiem prywatna pomyślność obywateli, lecz dobro państwa, którego urzeczywistnienie nie może przeszkadzać w poszukiwaniu indywidualnego szczęścia<sup>57</sup>. Podobne do I. Kanta spojrzenie na funkcje prawa w kulturze anglosaskiej zaprezentował John Stuart Mill, który oparł swą koncepcję na tzw. zasadzie krzywdy. Zgodnie z twierdzeniami Milla, jedynym celem usprawiedliwiającym ograniczenie przez ludzkość, indywidualnie lub zbiorowo, swobody działania jakiegokolwiek człowieka jest samoobrona, *ergo* jedynym celem, dla osiągnięcia którego ma się prawo sprawować władzę nad członkiem społeczności wbrew jego woli, jest zapobieżenie uczynieniu krzywdy innym<sup>58</sup>. Należy zwrócić uwagę, że przedstawione koncepcje, prowadzące do ujmowania prawa jako systemu normatywnego, podporządkowanego instrumentalnie wolności, towarzyszyły kulturze zachodniej od zarania<sup>59</sup>, a dziś wiążą się z tzw. ideą moralnej neutralności prawa<sup>60</sup>. Jej centralnym założeniem jest przekonanie, że współczesne społeczeństwa zachodnie utraciły

<sup>54</sup> T. Pietrzykowski: *Etyczne problemy prawa*. Warszawa 2011, s. 72—73; M. Zirk-Sadowski: *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Kraków 2002, s. 45—46; O. Höffe: *Immanuel Kant*. Przeł. A.M. Kaniowski. Warszawa 2003, s. 202.

<sup>55</sup> I. Kant: *Metafizyczne elementy prawa*. W: *U źródeł współczesnej filozofii prawa i filozofii człowieka*. Red. M. Szyszkowska. Warszawa 1972, s. 181.

<sup>56</sup> O. Höffe: *Immanuel Kant...*, s. 202. Por. Z. Tobor: *Teoretyczne problemy legalności*. Katowice 1998, s. 19; Idem: *Ideologia legalności*. W: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo...*, s. 329—345.

<sup>57</sup> W. Buchner: *Kant — państwo i prawo*. Kraków 1996, s. 141.

<sup>58</sup> J.S. Mill: *O wolności*. Tłum. A. Kurlandzka. Warszawa 2002, s. 25—26.

<sup>59</sup> Już Cyceron wskazywał, że po to oddajemy się w słodką niewolę prawa, aby zachować wolność.

<sup>60</sup> Zob. szerzej W. Sadurski: *Neutralność moralna prawa (przyczynek do teorii prawa liberalnego)*. „Państwo i Prawo” 1990, nr 7.

bezpowrotnie jedność uznawanych ideałów i wyobrażeń „dobrego życia”. Poszczególni obywatele różnią się w przekonaniach religijnych, światopoglądowych, filozoficznych, moralnych, co znajduje odzwierciedlenie w odmiennych wartościach, aspiracjach i dążeniach, którym hołdują. Próba powrotu do homogenicznego społeczeństwa podporządkowanego jednolitym przekonaniom światopoglądowo-moralnym, jeżeli w ogóle możliwa, musiałaby wiązać się z opresyjnym użyciem władzy i przymusu państwowego<sup>61</sup>. W efekcie jedyną rolą prawa może być zapewnienie zasad i reguł umożliwiających maksymalnie harmonijną koegzystencję, która siłą rzeczy musi opierać się na poszukiwaniu konsensusu, osiąganego przede wszystkim w drodze dyskursu kulturowo-normatywnego<sup>62</sup>.

Inaczej sytuacja przedstawia się w kulturze islamskiej. Tutaj prawu przypisuje się dwie główne funkcje — ochronną i integracyjną. Funkcje te mają nie tylko charakter ekstraspekcyjny, ale przede wszystkim introspekcyjny. Funkcja ochronna ma całkowicie inny wymiar niż funkcja ochronna w zachodniej kulturze prawnej. Nie chroni ona bowiem autonomii i wolności indywidualum, lecz związana jest z ochroną wartości wspólnotowych<sup>63</sup>. Odnosi się do pięciu fundamentalnych obszarów, poddanych szczególnej ochronie normatywnej — religii, życia, świętości rodziny, własności oraz uczuć i rozsądku<sup>64</sup>. Funkcja integracyjna wiąże się z kolei z historycznym rozwojem prawa islamskiego. Przed przyjęciem islamu wojownicze plemiona Arabii żyły w ciągłej niezgodzie, uciekając się do aktów przemocy, zemsty, niekończących się wojen podsycających wzajemną nienawiść. Czasy, w których tworzyło się prawo islamskie, charakteryzował permanentny stan zagrożenia i niestabilności<sup>65</sup>. Szerzyły się zbrodnie, napady, zabójstwa; powszechnie dokonywano kradzieży i oszustw; masowo nadużywano alkoholu; dużą popularnością cieszyły się gry hazardowe oraz praktyki homoseksualne. W tym kontekście normy prawa islamskiego, wyrażone zwłaszcza w Koranie, stanowić miały swoiste remedium na wskazane bolączki. Miały ukształtować nowy ład społeczny, wydatnie wzmacniając

<sup>61</sup> J. Rawls: *Liberalizm polityczny*. Przeł. A. Romaniuk, wstęp C. Porębski. Warszawa 1998, s. 75.

<sup>62</sup> Zob. szerzej J. Habermas: *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Przeł. A. Romaniuk. Warszawa 2005; J. Habermas: *Uwzględniając innego. Studia do teorii politycznej*. Przeł. A. Romaniuk. Warszawa 2009.

<sup>63</sup> O. Leaman: *Krótkie wprowadzenie do filozofii islamu*. Przeł. M. Lipszyc. Warszawa 2004, s. 180—184, gdzie autor analizuje antynomie zachodzącą pomiędzy klasyczną myślą liberalną a filozofią islamu. Zob. także S.A.A. al-Maudui: *Zrozumieć islam*. Białystok 2003, s. 100—103.

<sup>64</sup> J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 47; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 95.

<sup>65</sup> J. Sourdel, D. Sourdel: *Cywilizacja islamu (VII—XIII w.)*. Przeł. M. Skuratowicz, W. Dembski. Warszawa 1980, s. 30.

wspólnotę<sup>66</sup>. W celu zapewnienia skuteczności integracji wspólnotowej, tworzenie zrębów islamu oparto na unifikacji porządków normatywnych funkcjonujących przed okresem działalności Mahometa<sup>67</sup>. W procesie tym kluczowa rola przypadła beduińskiemu prawu zwyczajowemu. Niemniej należy pamiętać, że na regulacje normatywne islamu silny wpływ wywarły także porządki prawne innych kultur (prawo Mezopotamii, judaizmu, a także, w mniejszym stopniu, prawo rzymskie)<sup>68</sup>. Popularność nowej religii oraz skuteczność integracyjną miało zapewnić także oparcie jej dogmatów na jasnych, prostych, w pełni zrozumiałych zasadach<sup>69</sup>. W efekcie islam wyzwolił wśród Arabów poczucie wspólnoty narodowej, wskazał wzorce postępowania i ustanowił powszechnie obowiązujące prawo — utworzył zintegrowaną wspólnotę muzułmańską<sup>70</sup>. Jak się wydaje, omówiona funkcja unifikacyjna nie uległa od tamtych czasów istotnej zmianie.

Przedstawiona narracja historyczna pozwala także lepiej zrozumieć poszczególne regulacje szariatu. W tym kontekście można zwrócić uwagę na zakazy kradzieży, oszustwa, rozbojów, cudzołóstwa, gier hazardowych, spożywania alkoholu oraz innych używek. Odpowiednie regulacje znajdują się także poza normami karnymi. Przy tej okazji należy zwrócić uwagę chociażby na zasady prawa małżeńskiego i spadkowego, dające odpowiednie zabezpieczenie kobiecie oraz zaopatrzenie wdowie oraz sierotom. W kanon prawa ujęto precyzyjne regulacje sanitarne i higieniczne, w szczególności odnoszące się do rozbudowanych zakazów spożywczych<sup>71</sup>. W kontekście funkcji ochronnej należy postrzegać kontrowersyjną z punktu widzenia zachodniego humanitaryzmu surowość kar w islamie. Surowość kar ma za zadanie chronić islam<sup>72</sup>. Dlatego też występujące w Koranie cztery rodzaje kar, tj.: kara śmierci (*taktil*), wykonywana przez ścięcie mieczem, ukrzyżowanie (*taslib*), powieszenie lub ukamienowanie (*radżm*); amputacja (*kat*) dłoni lub stopy; chłosta (*dżald*) oraz banicja (*nafi*), mają tak drastyczny charakter<sup>73</sup>.

Przedstawione różnice zachodzące w kulturach prawnych świata zachodniego i muzułmańskiego na płaszczyźnie społeczno-politycznej przekłada-

<sup>66</sup> *Historia świata islamu...*, s. 6—7; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 87—88.

<sup>67</sup> J. Bielawski: *Islam, religia państwa...*, s. 128; J. Danecki: *Podstawowe wiadomości o islamie...*, s. 216.

<sup>68</sup> J. Danecki: *Arabowie...*, s. 275—276; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 37; J. Danecki: *Podstawowe wiadomości o islamie...*, s. 40—42. Dowodem na to może być wiara w Torę i Ewangelię, które islam uznaje za święte.

<sup>69</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 42.

<sup>70</sup> A. Hourani: *Historia Arabów*. Przekł. J. Danecki. Gdańsk 2002, s. 69; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 47.

<sup>71</sup> J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 88—89.

<sup>72</sup> *Ibidem*, s. 174.

<sup>73</sup> *Ibidem*, s. 216—217.

ją się na problem oddziaływania religii na sferę publiczną. W teorii prawa wyznaniowego przyjmuje się, że, biorąc za podstawę kryterium funkcji religii i związków wyznaniowych w życiu publicznym, można wyodrębnić dwa przeciwstawne systemy stosunków między państwem a związkami wyznaniowymi — system powiązania państwa i związków wyznaniowych (państwo wyznaniowe) oraz system separacji państwa i związków wyznaniowych (państwo świeckie)<sup>74</sup>. W zachodniej kulturze prawnej urzeczywistniającej od XVIII w. rozdział państwa i związków wyznaniowych, występuje organizacyjne i funkcjonalne uniezależnienie państwa od związków wyznaniowych<sup>75</sup>. Państwo uzyskuje charakter świecki, zajmując neutralną postawę wobec religii i światopoglądów wyznawanych przez obywateli. Stosowanie kryteriów wyznaniowych czy też światopoglądowych w przestrzeni publicznej jest prawnie niedopuszczalne, czego gwarancję stanowi zakaz dyskryminacji ze względu na wyznawaną religię czy też światopogląd, przyjmujący wymiar normy konstytucyjnej. Za nakazami religijnymi nie stoi przymus państwowy<sup>76</sup>. Prawo wyznaniowe, rozumiane jako zbiór norm wewnątrzkonfesyjnych, ma znaczenie prawa w rozumieniu figuratywnym. Normy wewnątrzkonfesyjne rozpatrywane są w kategoriach pozaprawnych — moralnych, społecznych, kulturowych.

W świecie islamskim religia spełnia do dzisiaj funkcję czynnika integrującego zróżnicowane klasowo, kulturalnie, etnicznie społeczeństwa państw arabskich. Islam nie jest jedynie religią, ale stanowi także zbiór norm *stricte* prawnych, uważany jest także za styl życia, system poglądów społecznych, politycznych, kulturalnych<sup>77</sup>. Silne powiązanie religii z instytucjami państwowymi spowodowało przejęcie przez państwo funkcji organizacyjnych w sprawach czysto konfesyjnych<sup>78</sup>. Religia rzutuje automatycznie na status prawny

<sup>74</sup> M. Pietrzak: *Prawo wyznaniowe*. Warszawa 2005, s. 15. W ramach systemu powiązania można wyodrębnić podsystemy takie jak monizm religijno-polityczny, cesaropapizm, papocezaryzm, jurysdykjonalizm. W ramach systemu rozdziału można tradycyjnie wyodrębnić się model francuski, sowiecki, amerykański (czysta separacja) oraz niemiecki (separacja skoordynowana). Zob. szerzej A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisław: *Prawo wyznaniowe*. Warszawa 2011, s. 12—23.

<sup>75</sup> H. Misztal w: A. Mezglewski, H. Misztal, P. Stanisław: *Prawo wyznaniowe*. Warszawa 2011, s. 9.

<sup>76</sup> M. Pietrzak: *Prawo wyznaniowe...*, s. 16.

<sup>77</sup> S.W. Witkowski: *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego...*, s. 16. Mówi się w tym kontekście o trzech obszarach oddziaływania prawa islamskiego. Pierwszy to obszar horyzontalny, odnoszący się do relacji między ludźmi. Drugi to obszar wertykalny, obejmujący relacje pomiędzy człowiekiem a Bogiem. Ostatni obszar zaś to sfera wyłącznej aktywności Boga. Pierwszy obszar zawiera w sobie zarówno sferę publiczną, jak i prywatną. Drugi obszar charakteryzuje stałą obecność Boga w życiu człowieka. Trzecia sfera odnosi się do uprawnienia Boga do sądzenia człowieka (*ibidem*).

<sup>78</sup> M. Pietrzak: *Prawo wyznaniowe...*, s. 66. Zob. także J. Sourdel, D. Sourdel: *Cywilizacja islamu...*, s. 214—218.

obywatela, we wszystkich dziedzinach prawa (np. zakaz dziedziczenia żony chrześcijanki po mężu muzułmaninie czy też dzieci muzułmańskich po ich matce chrześcijance)<sup>79</sup>. Należy również przypomnieć, że państwa muzułmańskie różnicuje się według stopnia oddziaływania prawa szariatu na ustawodawstwo państwowe. Powszechnie wyróżnia się trzy grupy państw. Pierwszą grupę tworzą te państwa, w których prawa państwowe podporządkowane są bezwzględnie szariatowi (Arabia Saudyjska, Iran, Sudan, Pakistan<sup>80</sup>). W systemach prawnych państw należących do drugiej grupy ustawodawstwo państwowe inspirowane jest szariatem (Kuwejt, Indonezja, Bahrajn, Syria, Mauritania, Egipt, Jemen, Irak). Do trzeciej grupy można zaś zaliczyć państwa, które formalnie wpływu szariatu na ustawodawstwo nie uznają, ale w praktyce wpływ ten w różnym stopniu realizują (Tunezja, Maroko, Bangladesz, Algieria)<sup>81</sup>.

Na zakończenie niniejszego opracowania warto zwrócić uwagę na odmienny kierunek ewolucji normatywnej zachodzącej w świecie zachodnim i muzułmańskim. O ile w tym pierwszym obserwujemy tendencję do liberalizacji prawa, wyłączenia kolejnych grup zachowań spod regulacji prawnej, o tyle w świecie islamskim obserwuje się tendencje zgoła odienne. Wielkie rozczarowanie cywilizacją zachodnią oraz aktywizujące się ruchy fundamentalistyczne stanowią przyczynę, dla której świat muzułmański w dobie współczesnej ponownie zwraca się w kierunku ortodoksji<sup>82</sup>. Skłania to do postawienia tezy, iż różnice zachodzące pomiędzy kulturami prawnymi omawianych kręgów cywilizacyjnych będą się w przyszłości pogłębiały, a multinormatywność i moinizm normatywny obu światów ulegać absolutyzacji.

---

<sup>79</sup> W. Witkowski: *Wprowadzenie do prawa muzułmańskiego...*, s. 182; M. Pietrzak: *Prawo wyznaniowe...*, s. 71.

<sup>80</sup> W 1988 r. prezydent Pakistanu wydał ordonans, który uznawał szariat za najwyższe źródło prawa i podstawową dyrektywę postępowania władz państwowych.

<sup>81</sup> M. Pietrzak: *Prawo wyznaniowe...*, s. 63; por. J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 81—82; J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 46.

<sup>82</sup> J. Danecki: *Arabowie...*, s. 379—386; Idem: *Podstawowe wiadomości o islamie*. T. 2. Warszawa 1998, s. 119—149; E. Machut-Mendecka: *Świat tradycji...*, s. 128—130; Eadem: *Archetypy islamu*. Warszawa 2005, s. 140—141; J. Bury, J. Kasprzak: *Prawo karne islamu...*, s. 232.

## **Das Recht in der islamischen Welt — zur Idee des normativen Monismus**

**Schlüsselwörter:** Rechtskulturen, Islam, Das Recht in der islamischen Welt, Recht und Moralität, Komparatistik

**Zusammenfassung:** Der Aufsatz ist eine komparatistische Betrachtung der Rechtskulturen von islamischer und abendländischer Welt. Der Verfasser schildert die Unterschiede zwischen den beiden Kulturen und bemüht sich, deren Quellen zu finden. Er behandelt genau solche Themen, wie: die Rechtsquellen, die Veränderlichkeit des Rechtes, die Gehorsamspflicht dem Recht gegenüber, die Grenzen des Rechtssystems, das Verhältnis des Rechtes zur Sittlichkeit, die dem Recht zukommenden Funktionen und die Rolle der Religion im öffentlichen Raum. Der schwerwiegendste Unterschied zwischen islamischer und westlicher Rechtskultur — so der Verfasser — ist auf die Gegenüberstellung von der Multinormativität des Westens und der Idee des normativen Monismus der islamischen Welt zurückzuführen. In der islamischen Kultur gibt es zwar ein universelles, totales Normsystem, das sowohl Rechtsnormen als auch moralische und gesellschaftliche Normen umfasst. Westliche Rechtskultur dagegen kennzeichnet die Trennung von Rechtsnormen und außerrechtlichen Normsystemen (Sittlichkeit). Zum Abschluss antizipiert der Verfasser vorhersehbare Entwicklungsrichtung von Rechtskulturen der islamischen und abendländischen Welt.

Jan Kil

## **Law of Islam — on normative monism conception**

**Keywords:** legal culture, Islam, law of Islam, law and morality, comparative studies

**Summary:** The article is dedicated to the comparative analysis of the Islamic legal culture and the Western legal culture. The article points out to the differences of those legal cultures and tries to find their roots. The author considers this problem in several basic contexts: the sources of law, the variability of law, the obligation of submission to law, the limits of legal system, the relation of law to morality, the functions which are attributed to law and the role of religion in public space. The paper examines each of them penetratingly. With reference to the author's viewpoint, a prime difference between the Islamic and the Western legal cultures comes down to the number of normative systems possible to single out while examining the former or the latter. According to the text, in the Islamic legal culture there exists one universal normative system which includes legal rules as well as moral standards, unwritten laws, courtesy instructions, etc. On the other hand, the Western legal culture is characterized by strict separation between legal rules and other standards which belong to morality or customs. At the end of the article the author attempts to formulate a standpoint referring to the future of the Islamic and the Western legal cultures.