



JUOZAS VALČIUKAS

Mykolo Romerio universitetas

PAPROTYS KAIP TEISĖS ŠALTINIS ISLAMO TEISĖS TRADICIJOJE

Custom as Legal Source in Islamic Legal Tradition

SUMMARY

Lawyers from the Muslim and Western world talk about several types of legal sources in the Islamic legal tradition. According to them, there are primary, secondary and/or additional Islamic legal sources. If there is an agreement due to the primary sources as Koran and Sunna, there is no common position talking about the other legal sources. The Article explores the status of custom as a legal source in the Islamic legal tradition. Firstly, it analyses the meaning of the term *Islamic law*. Also, such concepts as *fiqh*, *sharia* and others are discussed. Secondly, the primary and secondary legal sources are explored in the first part of the article. The status of the custom as a legal source is analysed in the last part of the article. According to the last study on custom made by A. Shabana, custom is to be treated as independent source in Islamic legal tradition. There are some significant statements in the texts of Koran and Sunna where custom gets its place in Islamic legal sources. On the other hand, customs had to be related to the meanings of *Sharia* written in the primary sources in order to get the status of legal source.

SANTRAUKA

Musulmonų ir Vakarų teisės atstovai, analizuojantys Islamo teisės tradiciją ir jos istorinę evoliuciją, išskiria pirminius, antrinius ir/arba papildomus Islamo teisės šaltinius. Dėl pirminių – Korano ir pranašo Sunos – sutariama, o dėl kitų šaltinių skaičiaus ir vietos nėra bendros nuostatos.

Straipsnyje analizuojama papročio kaip teisės šaltinio vieta Islamo teisės šaltinių hierarchijoje. Pirmą, nagrinėjama termino „Islamо teisė“ daugiareikšmiškumo problema, analizuojamos tokios sąvokos kaip šaryja, *fiqh* ir kt. Toliau aptariami pirminiai ir antriniai Islamo teisės šaltiniai.

Papročio kaip teisės šaltinio klausimas aptariamas trečiame skyriuje. Remiantis naujausia studija apie paprotį kaip Islamo teisės šaltinį, konstatuojama, kad paprotys yra vienas pagrindinių Islamo teisės šaltinių. Korano ir Sunos tekstuose užfiksuotos nuostatos, kurios taip pat tekste analizuojamos, pagrindžia papročio kaip Islamo teisės šaltinio statusą ir jo svarbą. Kita vertus, pažymima, kad papročiams vietą pripažintų teisės šaltinių sistemoje lėmė tai, jog jie atitinka pirminių teisės šaltinių pamatinius principus.

RAKTAŽODŽIAI: Islamo teisė, *fiqh*, paprotys, šaryja, teisės šaltinis.

KEY WORDS: *fiqh*, Islamic law, custom, *sharia*, legal source.

IVADAS

*What is known as custom is as binding as a condition in a contract.*¹

Nagrinėdami Islamo teisės šaltinius ir jų vietą teisės šaltinių hierarchijoje susiduriame su keliais vienas kitą papildančiais, tarpusavyje konkuruojančiais ir nuolat derinamais Islamo teisės komponentais: *šaryjos* nuostatomis; *fikh* mokyklų atstovų interpretacijos būdu išplėtotą teise; valstybės nustatytais pozityviosios teisės normomis ir paprotinės teisės normomis. Islamo teisės terminas dažnai tapatinamas su vienu ar keliais paminėtais teisės segmentais. Siekiant nustatyti Islamo teisės termino ir panašių arba sinonimiškų sąvokų reikšmes, pirmame straipsnio skyriuje trumpai analizuojamas terminas „Islamо teisė“. Tokių sąvokų kaip *šaryja*, *fikh*, *kanun*, *urf* ir pan. prasmės išsiaiškinimas pagelbsti nagrinėjant Islamo teisės šaltinių ir jų hierarchijos klausimą.

Antrame straipsnio skyriuje analizuojami Islamo teisės šaltiniai ir jų sistema. Viena vertus, atskiriami pirminiai – Koranas, pranašo *Suna* – ir antriniai – *kyjas*, *idžma* – teisės šaltiniai, laikytini keturiomis Islamo teisės šaknimis, ir jų tarpusavio santykis. Dėl pirminių teisės šaltinių sutariama sunitų pasaulyje tarp vyraujančių teisės mokyklų atstovų. Tiesa, šii-tai turi kiek kitokią *Sunos* sampratą. O dėl antrinių Islamo teisės šaltinių kyla didesnės diskusijos ir, pavyzdžiui, kai kurios teisės mokyklos visiškai nepripažįsta kompetentingų teisininkų konsensuso kaip atskiro teisės šaltinio. Straipsnyje laikomasi pozicijos, kad analogijos nereikėtų laikyti atskiru teisės šaltiniu, kadangi tai yra metodas. Tik išanalizavus pirminius ir antrinius Islamo teisės šalti-

nius, jų tarpusavio santykį ir vietą teisės šaltinių hierarchijoje, prieisime prie papročio kaip teisės šaltinio analizės.

Straipsnyje daugiausia dėmesio skiriama papročio kaip Islamo teisės šaltinio sampratai ir jos analizei. Kitaip sakant, straipsnyje keliamas tikslas išnagrinėti papročio kaip teisės šaltinio Islamo teisės tradicijoje statusą. Dėl Islamo teisei būdingos religinės prigimties pažymėtina dvejojama religijos ir teisės reikšmė papročio atžvilgiu. Religija paprotį laiko neigiamu norminiu regulatoriumi dėl jo ypatumo iškreipti pradinę bei grynąją religijos esmę. Kaip teisinis įrankis paprotys vertinamas teigiamai, kadangi jis leidžia teisės sistemai prisitaikyti prie įvairių socialinių kontekstų. Inkorporuodami paprotines normas į teisės sistemą, teisininkai užtikrino jos pritaikomumą ir paplitimą, tačiau tik ne savo teisinio normatyvumo kaina². Taigi, nors priešislamiška socialinė erdvė, kurioje santykiai rėmėsi be išimties paprotinėmis normomis, ir laikoma „Islamо lopšiu“ arba Korane užfiksuotos teisės pamatu³, tačiau visi papročiai, prieštaravę Korane ir pranašo *Sunoje* užfiksuotiems teisės principams, buvo panaikinti. Santykis tarp *šaryjos* principų ir papročio yra esminis siekiant apibrėžti papročio kaip Islamo teisės šaltinio statusą Islamo teisės tradicijoje. Be kita ko, Korane ir *Sunoje*, kuriuose užfiksuoti *šaryjos* pamatiniai principai, atrandame papročio kaip teisės šaltinio statuso pagrindimo konkrečius pavyzdžius.

Papročio sampratos ir vietos Islamo teisės šaltinių sistemoje klausimą iki šiol fragmentiškai yra analizavęs ne vienas

Musulmonų ir Vakarų teisės teorijos atstovas. Straipsnyje iš dalies remiamasi tokių Islamo teisę analizavusių autorių kaip J. Schachat, I. Goldziher, H. Bleuchot, M. H. Kamali, C. Mallat ir kt. darbais. Pabrėžtina, kad daugiausiai remiamasi 2012 m. A. Shabana paskelbta studija *Paprotys Islamo teisėje ir Teisės teorijoje: Urf ir Adah koncepcijų vystymasis Islamo teisės tradicijoje*, kuri laikoma papročio kaip Islamo teisės šaltinio nuodugnios analizės pavyzdžiu. Autorius pažymi

šaryjos ir papročių kolizijos atvejų gausą ir šio klausimo sprendimo būdus, taip pat socialinių transformacijų kaitą ir skirtingas Islamo teisės interpretavimo metodologijas, kurias taikė Islamo teisės mokyklų atstovai. Konstatuojama, kad tiek Islamo norminio kelio pradžioje, tiek ir vėlesniais amžiais paprotys vaidino svarbų vaidmenį Islamo teisės tradicijoje ir ilgainiui buvo pradėtas laikyti ne tik pagalbiniu, bet veikiau vienu pagrindinių Islamo teisės šaltinių⁴.

TERMINO ISLAMO TEISĖ DAUGIAREIKŠMIŠKUMAS

Kaip teigė J. Derrida, kalbant apie Islamą ar bet kurią kitą religiją, pirmiausia iškyla klausimai dėl vardo ar pavadinimo ir dėl to, „kas yra daroma kieno nors vardu“. Anot jo, Islamas – tai ne islamizmas, tačiau pastarasis veikia pirmojo vardu ir tai yra sunkus vardo klausimas⁵. Panaši problema iškyla vartojant terminą „Islamо teisė“, kuris yra ne tik skirtingai apibrėžiamas, bet ir nevienareikšmiškai suprantamas. Islamо teisė (arabiškai *shari'ah*) laikoma tokių terminų kaip *šaryja*, *fikh*, *kanun* ir pan. sinonimu. Maža to, Islamо teisės terminas tapatinamas su vienu ar kitu teisės šaltiniu, iš kurio kyla pati Islamо teisė. Be to, kalbama ir apie terminų „Islamо valstybė“ ir „Musulmonų valstybė“ skirtynes, kadangi esą antrojo tipo valstybių teisinė sistema nėra tiesiogiai paremta dieviškąja teise, kitaip nei pirmojo tipo, kurios tiesiogiai taiko „dieviškosios prigimties“ tekstus⁶. Dar kiti autoriai teigia, kad Musulmonų teisės terminas yra grynai Vakarų teisės tradicijos atstovų sugalvotas terminas⁷. Siekiant išvengti prieštaravimų ir netikslumų, pirmiausia būtina iš-

siaiškinti terminų, susijusių su Islamо teise, reikšmes.

C. Mallat teigia, kad teisė Islamо tradicijoje gali būti išreiškiama vienu iš trijų žodžių – *fikh*, *kanun* ir *šaryja*⁸. Pasak jo, *fikh* yra jurisprudencija, terminu *kanun* vadinama statutinė teisė ir terminas *šaryja* apima visą Islamо teisę, tai yra *šaryja* apibūdina Islamо teisę kaip visumą⁹. Priduriama, jog *šaryja* turi tendenciją tapti viską apimančia koncepcija, kuri apėmė visumą teisinių disciplinų Islamо teisės tradicijoje¹⁰. Be to, pažymima, kad terminas „Islamо teisė“ labai dažnai tapatinamas pirmiausia su *šaryjos* terminu ir tokia nuostata sulaukia ne tik kritikos, bet ir palaikymo¹¹. Šiuo atveju itin svarbi *šaryjos* ir *fikh* skirtis. Teigiama, kad *šaryja* apima *fikh*, kadangi *fikh* yra teisininkų jurisprudencijos hibridas¹². Kitaip tariant, *fikh* yra teismuose taikytina teisė ir teismo proceso sprendimai yra teisininkų intelektualinio darbo rezultatas.

Kiek kitaip temą analizuoja Islamо paprotinę teisę tiriantis A. Shabana. Anot jo, *šaryjos* terminas vartojamas turint omenyje teisės instrukcijas, kurios įtvir-

tintos „dieviškuosiuose tekstuose“, o Islamo teisės terminas labiau atitinka žmogiškąją šių instrukcijų išraišką, perteiktą musulmonų juristų¹³. Mūsų straipsnyje daroma išvada, jog Islamo teisė labiau atitinka *fikh* negu *šaryjos* terminą, kadangi remiantis *fikh*, siekiama priartėti prie *šaryjos*, bet *fikh* niekada nėra *šaryjos* literatūrinė išraiška. Taigi, nors terminai *šaryja* ir *fikh* kartais vartojami kaip sinonimai, tačiau laikyti juos sinonimais yra netikslu. *Šaryja* identifikuojama kaip dieviškojo apreiškimo žinia, kurią galime atrasti dviejuose *šaryjos* šaltiniuose – Korane ir pranašo *Sunoje*. O terminas *fikh* reiškia teisininkų atskleistas praktines teises taisykles, kurios žmogaus kūrybinio darbo metu atrastos dieviškojo apreiškimo šaltiniuose. Musulmonų teisininkai bendrąja prasme *fikh* laiko *šaryjos* supratimą, bet ne pačią *šaryją*¹⁴. Tokį teiginį pagrindžia ir per pirmuosius trejus Islamo egzistavimo metus susikūrusios teisės mokyklos, kurios buvo žinomos kaip *fikh* mokyklos. Tokiu būdu musulmonų sunitų pasaulyje susikūrė keturios pagrindinės – Hanafitų, Malikitų, Šafijitų ir Hanbalitų – teisės mokyklos (šių pasaulyje vyrauja trys teisės mokyklos). Vienos teisės (*fikh*) mokyklos pirmenybę teikė klasikiniam Islamui ir visą dėmesį skyrė klasikiniam tekstui, kitos buvo linkusios taikyti interpretacijos metodą (*idžtihad*) siekdamos Islamo teisę susieti su kintančiu socialiniu būviu. Darytina išvada, kad pranašo *Sunos* ir Korano eilutės sudaro dieviškosios teisės esmę, o tai vadinama *šaryjos* terminu. Žmogiškosios prigimties teisė, kuriama skirtingų teisinės minties mokyklų teisininkų, kyla iš dieviškosios teisės ir yra vadinama *fikh*.

Religijų terminijos žodyne termino „Islamų teisė“ reikšmės siūloma ieškoti tiek *šaryjos*, tiek ir *fikh* terminų reikšmėse¹⁵. Vadovaujantis nuoroda atrandama, kad *šaryja* yra dieviškoji teisė, kildinama iš dviejų pirminių Islamo teisės šaltinių¹⁶. Ji yra teisingas ir tiesus religijos kelias¹⁷, kuriuo turi keliauti tikintieji ir kuris nėra atskiras nuo religijos pasirinkimas, iš esmės tai neatsiejama religijos dalis¹⁸. O termino *fikh* apibrėžime teigiama, jog tai yra jurisprudencija, religinės teisės mokslas Islame. Be to, konstatuojama, kad šis terminas arabiškai reiškia žinojimą, išmintį, supratimą, ir būtent *šaryjos* supratimą¹⁹. Tam pritaria ir E. Račius, pasak kurio, *šaryja* yra ne daugiau negu principas, o kadangi *šaryja* kaip Dievo valia nėra savaimė pažini ir visiems prieinama ir suprantama, ja rūpintis ėmėsi musulmonų teisininkai (*fakyh*), o jų veikla pavadinta *fikh* – jurisprudencija arba teisės mokslas²⁰.

Remiantis tuo, kas išdėstyta, galima teigti, kad Islamo teisės dvejopas identitetas atsispindi *šaryjos* ir *fikh* išraiškose. Viena vertus, Islamo teisės teorinė abstrakčių normų bei principų bazė įtvirtinta *šaryjos* nuostatose, kurias galime atrasti studijuodami Koraną ir pranašo *Suną* kaip pirminius „dieviškosios teisės“ šaltinius. Antra vertus, *fikh* yra žmogiškosios prigimties teisė, kuri teisininkų pagalba *šaryjos* nuostatas pritaiko kasdienybės socialiniams ginčams spręsti. Pažymėtina ir tai, kad *šaryjos* kaip vienintelio arba kaip pagrindinio teisės šaltinio statusas dažnai būna eksplicitiškai arba implicitiškai įtvirtintas pozityviosios teisės aktų tekstuose. Tiesa, teisės kūrėjų diskrecijoje išlieka galimybė apriboti arba išplėsti *šaryjos* ribas pozityviosios teisės atžvilgiu²¹.

ISLAMO TEISĖS ŠALTINIAI IR JŲ HIERARCHIJA

Pažymėtina, kad Islamo teisė remiasi keturiais šaltiniais: (a) Korano tekstas, kuris buvo apreiškintas pranašui Mahometui; (b) žodinės pranašo Mahometa tradicijos (*hadīfai*) ir pranašo pasisakymai (*Suna*); (c) analogijos metodu paremtas dviejų pirmųjų šaltinių permąstymas aktualių laikotarpių probleminių klausimų kontekstuose; (d) teisės mokslininkų konsensusas dėl pirmųjų trijų šaltinių nuostatų reikšmių²². Tačiau teigti, kad tokia teisės šaltinių hierarchinė sistema, kaip ir pati Islamo teisė, užfiksuota visiems laikams ir nekintanti, būtų netikslu, kadangi Islamo teisės interpretacijų yra tiek, kiek yra susikūrusių *fiqh* mokyklų sunitų ir šiitų visuomenėse, o praktinio *šaryjos* taikymo variacijų tiek, kiek egzistuoja regioninių ir kultūrinių skirtumų²³. Šiuo atveju būtina apžvelgti bent keletą teisės šaltinių sampratų, kurios būtų labiausiai vyraujančios tarp musulmonų. Pritartina, kad nepakanka tokių Islamo teisės šaltinių kaip Koranas ir pranašo *Suna* norint perprasti šiandienos Islamo teisę. To niekada nepakako klasikinio Islamo laikotarpio teisininkams²⁴. Šalia pirminių teisės šaltinių (Korano ir *Sunos*) siūloma iš esmės pažinti Islamo gyvąją teisę analizuojant ir kitus teisės šaltinius, pavyzdžiui, kompetentingų teisininkų konsensusą (*idžma*), samprotavimą analogijos būdu (*kyjas*), juridinę preferenciją (*istihsan*), viešojo intereso vertinimą (*istislah*), juridinę nuomonę (*ra'y*), įvairių regionų papročius (*urf, adah*) ir pan., taip pat jų įtaką Islamo teisės tradicijos evoliucijai. Visa tai leidžia *šaryjos* nuostatas pritaikyti socialinės tikrovės kontekste. Pavyzdžiui, kolektyvinė bendruomenės

valia ir teisininkų konsensusas (*idžma*) kaip teisės šaltinis užtikrina tęstinumą ir nuolatinį Islamo teisės pasirengimą adaptuoti prie pokyčių priimant naujus įstatymus, kurie atitinka bendruomenės aktualias reikmes. Šiuo atveju pritartina pozicijai, kad *idžma* yra it varomoji jėga idėjų evoliucijai ir mokslinių bei kultūrinių bendruomenės laimėjimų integracijai į *šaryjos* fabriką²⁵. Vadinas, per įvairius teisės šaltinius teisė nepraranda tam tikro lankstumo laipsnio, kuris leidžia išsaugoti jos paplitimą ir taikymą. Šią išvadą iliustruoja ir papročio vaidmuo Islamo teisėje, kuris pasikeitė nuo daugiau pagalbinio vaidmens konstruojant *šaryja* paremtus sprendimus į vieną iš pagrindinių Islamo teisės šaltinių. Taigi, nepaisant griežtos Islamo teisės šaltinių struktūros, kurią sudaro pirminiai ir antriniai teisės šaltiniai, aktuali Islamo teisės konstrukcija remiasi ir tam tikrais papildomais teisės šaltiniais²⁶.

Kita vertus, nepamatuotas teisės lankstumas gali pakenkti savitai teisinės sistemos identitetui, po ko teisė gali tapti nenuspėjama. Ši tezė pasitvirtintų tuomet, kada, išanalizavus kiekvieno papildomo teisės šaltinio *raison d'etre*, prieisime prie išvados, kad jie turi ardomosios galios teisės sistemos vientisumui. Pažymėtina ir tai, kad antrinių ir papildomų teisės šaltinių naudojimo klausimas aktualus buvo ir yra visų *fiqh* mokyklų teisininkų tarpe. Teisės šaltinių skaičius, eiliškumas ir vieta hierarchijoje priklauso taip pat nuo to, kuriai iš teisės koncepcijų mokykla teikia pirmenybę – *idžtihad* (nepriklausomas mąstymas ir metodas gyvenamo laikotarpio akimis

interpretuoti pirminius teisės šaltinius) ar *taklyd* (nekvestionuojama „akla“ imitacija to, kas pažodžiui užrašyta Korane ir pranašo *Sunoje*, nepaisant laikotarpio ir socialinių pasikeitimų). Darytina išva-

da, kad priklausomai nuo vyraujančios regione teisės mokyklos – Hanafitų²⁷, Malikitų²⁸, Šafijitų²⁹, Hanbalitų³⁰, – teisės šaltinių skaičius, reikšmė ir taikymo galimybės skiriasi³¹.

Literatūra ir nuorodos

- ¹ „Tai, kas yra žinoma kaip paprotys, taip pat įpareigoja kaip ir sutarties sąlyga.“ Žymus teisinis aforizmas Osmanų Majalla (kodifikuotas civilinis kodeksas) teksto 43 str. Be to, identiška formuluotė randama klasikinėse *fiqh* knygoje ir daugelio autorių darbuose kartojama.
- ² Ayman Shabana, *Custom in Islamic Law and Legal Theory. The Development of the Concepts of Urf and Adah in the Islamic legal tradition*. New York: Palgrave Macmillan, 2010, p. 3–4.
- ³ Herve Bleuchot, *Droit musulman*. Tome 1: *Histoire*. Marseille: Presses universitaires d'aux-marseille, 2000, p. 39–57.
- ⁴ *Custom in Islamic Law and Legal Theory. The Development of the Concept of Urf and Adah in the Islamic legal tradition*, p. 5–8.
- ⁵ Jacques Derrida, Gianni Vattimo ir kiti. *Religija*. Vilnius: Baltos lankos, 2000, p. 14–15.
- ⁶ Pascal Buresi, *Géo-histoire de L'Islam*. Paris: Belin, 2005, p. 242.
- ⁷ Jean-Paul Charnay, *Esprit du droit musulman*. Paris: Editions dalloz, 2008, p. 6.
- ⁸ Chibli Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 32.
- ⁹ Ten pat.
- ¹⁰ Ten pat, p. 33.
- ¹¹ Rex Adhar, Nicholas Aroney, *Shari'a in the West*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3.
- ¹² *Introduction to Middle Eastern Law*, p. 40.
- ¹³ *Custom in Islamic Law and Legal Theory. The Development of the Concepts of Urf and Adah in the Islamic legal tradition*, p. 6–7.
- ¹⁴ Mohammad Hashim Kamali, *Shari'ah Law. An Introduction*. Oxford: Oneworld, 2008, p. 16.
- ¹⁵ John Bowker, *The Oxford dictionary of World religions*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 480.
- ¹⁶ Pažymėtina, kad *šaryjos* terminas Korane aptinkamas tik vienoje eilutėje: „Paskui Mes nukrei-

- pėme tave tiesiu keliu. Tai eik juo ir nesek aistromis tų, kurie nežino.“ Koranas 45:18.
- ¹⁷ Korano eilutėse aprašytas ir kitas kelias, kelias priešingas šaryjai: „O jeigu jie tau neatsakys, tai žinok, kad jie seka tik įkandin savo aistrų. O kas labiau išstumtas iš kelio, nei tas, kuris nusekė įkandin savo aistros nevadovaujamas Allaho? Iš tiesų Allahas neveda tiesiu keliu neteisingųjų.“ Koranas 28:50.
- ¹⁸ *Shari'ah Law. An Introduction*, p. 14.
- ¹⁹ *The Oxford dictionary of World religions*, p. 346.
- ²⁰ Egdūnas Račius, *Islamo žinynas*. Vilnius: Vilniaus universitetas, 2007, p. 125.
- ²¹ Rainer Grote, Tilmann Roder, *Constitutionalism in Islamic Countries. Between upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 10–11.
- ²² *Shari'a in the West*, p. 95.
- ²³ Ten pat, p. 5.
- ²⁴ *Introduction to Middle Eastern Law*, p. x.
- ²⁵ *Shari'ah Law. An Introduction*, p. 53.
- ²⁶ *Custom in Islamic Law and Legal Theory. The Development of the Concepts of Urf and Adah in the Islamic legal tradition*, p. 2.
- ²⁷ Hanafitų teisės mokykla didžiausia sunitų pasaulyje savo sekėjų skaičiumi. Mokykla apima Turkiją, Siriją, Jordaniją, Libaną, Pakistaną, Afganistaną, musulmonus Indijoje ir kt.
- ²⁸ Malikitų teisės mokykla vyrauja Maroke, Alžyre, Tunise, didžiojoje dalyje Egipto, Sudane, Bahreine ir Kuveite.
- ²⁹ Šafijitų mokykla dominuoja tarp musulmonų Rytų Afrikoje, dalyje Egipto, Indonezijoje, Malaizijoje, Brunėjuje, taip pat daug sekėjų turi Palestinoje, Jordanijoje ir Sirijoje.
- ³⁰ Hanbalitų teisės mokykla dominuoja Saudo Arabijoje, taip pat šalininkų turi Omane, Katare ir Bahreine.
- ³¹ *Shari'ah Law. An Introduction*, p. 68–96.

B. d.