

Ne všemi byla koncepce *ig̃mā'c* jednoznačně přijata – zejména šíité *ig̃mā'c* v podstatě odmítají.<sup>221</sup> Jediný legitimní konsensus je podle nich takový, který vychází z názoru Bohem vedeného (šíitského) *imāma*, jenž skrze 'Alího získal pověření a schopnosti k neomylnému vedení komunity. (Otázkou zůstává potřeba podobného konsensu, pokud musí být v souladu s názorem jediné osoby, která je sama o sobě nadána potřebnou autoritou.)<sup>222</sup> Sunnitskou ortodoxií byly šíitské koncepce ignorovány, resp. neuznávány – *šī'c* ani *chāriġa* nebyly zahrnuty do *ahl al-ig̃mā'c*, tzn. konstituentů konsensu, podobně jako *fuqahā'* vyzývající k nežádoucím novotám (*bid'c*) a *fussāq* (sg. *fāsiq*), tedy hříšníci a odpadlíci.<sup>223</sup> Ostatně ani v rámci *sunny* nepanovala vždy jednota názorů na šíři okruhu tvůrců konsensu a další otázky s *ig̃mā'c* spojenými, jak již bylo výše naznačeno.

Dle islámské tradice sahají zárodky *ig̃mā'c* až ke generaci Druhů Proroka, kteří se po Muḥammadově smrti společně radili o různých otázkách běžného i právního života, neboť se již nemohli otázat Proroka na správné řešení. Po nich stejně postupovala i generace Následovníků, Následovníků Následovníků atd. Teoreticky proces vzniku *ig̃mā'c* začíná individuálním *iġtibādem* kvalifikovaného právníka, jehož výsledek je postupně přijat dalšími učenci, a kulminuje ve všeobecné akceptaci právního názoru *muġtabidy* dané generace. Rozdílné názory jsou tolerovány až do okamžiku, kdy je konsensu dosaženo.<sup>224</sup> *Iġmā'c* pak zajišťuje správný výklad Koránu, správné porozumění a předávání *sunny* a náležité používání *iġtibādu*. Vždy totiž existují pochybnosti nad výkladem práva obsaženého v primárních pramenech, zvláště pokud je interpretace výsledkem užití *iġtibādu* nebo analogie (*qijās*). *Iġmā'c* tyto pochybnosti ukončuje a normy posvěcené neomylným konsensem provždy kvalifikuje jako platné a závazné. Normy pokryté souhlasným stanoviskem učenců se stávají autonomním pramenem práva a jejich spojení s primárními prameny se oslabuje nebo úplně ztrácí. Při odvozování dalších pravidel se pak již odkazuje přímo na *ig̃mā'c*, ne na Korán nebo *sunnu*.<sup>225</sup>

Pro dosažení právně závazného konsensu je třeba splnit několik podmínek. Předně musí v době, kdy se objeví sporná otázka, existovat vícero *muġtabidū*, kteří se problémem zabývají a jejichž názory jsou zpočátku odlišné (nestačí

<sup>221</sup> Hruškovič, I.: *Islámský právní systém...*, s. 29.

<sup>222</sup> Lambton, A. K. S.: *State and Government in Medieval Islam; An Introduction to the Study of Islamic Political Theory: The Jurists*. Oxford University Press, Oxford: 1991, s. 227–228.

<sup>223</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 174.

<sup>224</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 171.

<sup>225</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 171–172.

jediný odborník). Dále je nutné, aby nakonec dospěli k jednomyslné shodě v řešení – existence minoritního názoru vznik *ig̃mā'c* vylučuje, neboť značí, že někdo z jedné nebo druhé strany se mylí. (Laické názory se ovšem v úvahu neberou.) Konečně shoda *muġtabidū* musí být explicitně vyjádřena – slovem, písmem (např. *fatwou*) nebo činem, tj. rozhodnutím v konkrétní věci.<sup>226</sup>

„Explicitní“ konsensus (*al-iġmā'c aṣ-ṣarīḥ*) je považován vždy za závazný. O závaznosti „tichého“ konsensu (*al-iġmā'c as-sukūti*), kdy se jeden *muġtabid* vyjádří ke konkrétní otázce a ostatní mlčí, panují diskuze. Dle většiny „tichý“ konsensus závazný není a naznačuje pouze pravděpodobnost, přičemž nevylučuje další *iġtibād* v dané otázce. Abū Ḥanifa ale zastává opačné stanovisko, neboť ostatní o tomto názoru věděli, a přesto nic nenamítali, navíc výslovný souhlas všech učenců není většinou reálný ani obvyklý.<sup>227</sup>

Někteří *'ulamā'* k platnosti *ig̃mā'c* vyžadují navíc úmrtí konstituentů konsensu, kteří jinak mohou svůj názor ještě změnit. Proti tomu je namítána nesnadnost zjišťování podobných skutečností (kdo z dané generace již zemřel, zda stále zastával totéž stanovisko...). Dle většiny tak právně závazný konsensus vzniká již v okamžiku dosažení shody. Od této chvíle je norma závazná a nezměnitelná, nelze ji doplňovat ani rušit. (Pravidla pro rušení – *nasch*, zmiňovaná v souvislosti s Koránem a *sunnou*, zde neplatí, tím méně po smrti všech tvůrců *ig̃mā'c*.)<sup>228</sup>

Při požadavku na jednomyslný souhlas všech učenců vyvstává otázka, jak si shodu názorů ověřit, a též koho označit za *muġtabida* a kdo už jím není. Dle některých pohledů (*zāhirija*, též Ibn Ḥanbal) se konsensus omezuje jen na Druhy Prorokovy (nutno říci, že konsensus Druhů Prorokových byl obecně nejautoritativnější formou *ig̃mā'c*<sup>229</sup>), Mālik jej vztahuje pouze na lid Medíny a *šī'c* zas jen na členy Prorokovy rodiny (příp. jeho platnost podmiňuje shodným názorem *imāma*).<sup>230</sup> Zásadní odpůrci *ig̃mā'c* namítají, že podobný institut není potřebný ani možný. Buď jsou ustanovení Koránu a *sunny* jasná, a pak

<sup>226</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 172–173.

<sup>227</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 185.

<sup>228</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 172–175.

<sup>229</sup> Problematičtější již byla kvalifikace individuálních rozhodnutí, resp. *fatew*, jednotlivých Druhů – někteří autoři je stavěli na úroveň *sunny* a považovali je za závazné, byť byly třeba i v rozporu s analogií, jiní je považovali za výsledek *iġtibādu*, který nikoho nezavazuje, viz Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 235n.

<sup>230</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 183.

konsensu není třeba, nebo jsou víceznačná, a je to důvodem pouze k rozdílným stanoviskům, ne k formulování *iğmā'*. Většinou *'ulamā'* je ale konsensus jako pramen práva přijímán, odkazuje se např. na praxi Druhů Prorokových a čtyř pravověrných *chalífů*. V otázce účasti opravdu všech učenců na tvorbě společného stanoviska je opět uváděn příklad prvotní muslimské *ummy*, kdy *chalifa* sezval ty učence, kteří byli právě „po ruce“, a řešení problémové otázky, resp. výsledek vzájemné porady (*šūrā*), byl přesto nazýván *iğmā'*.<sup>231</sup> Předpokládá se navíc, že právní odborníci názory svých kolegů znali, a nebyla proto nezbytně nutná účast skutečně všech. (Kromě toho si lze jen těžko představit vyhledávání a dopravu všech *'ulamā'* z různých koutů říše pokaždé, kdy je třeba nějak rozhodnout.) V praxi tedy nebyly požadavky na podmínky vzniku *iğmā'* tak striktní, jak by se z teoretického nástinu zdálo.

V současné době je koncepce *iğmā'* stále častěji podrobována kritice a objevují se též názory žádající revizi klasického pojetí konsensu. Ve stávající podobě je totiž příliš retrospektivní a neumožňuje reagovat na současné problémy. Zpochybňuje se nezměnitelnost před staletími přijatých stanovisek, navrhován je „transfer“ oprávnění k výkonu *iğtihādu* od jednotlivých učenců na zákonodárná shromáždění, navrhuje se též zapojení laiků znalých užších odborných otázek do procesu vzniku společného stanoviska, tedy legislativního řešení. Namítá se, že moderní legislativa muslimských zemí je tak jako tak v podstatě výsledkem kolektivního *iğtihādu*, byť zákonné normy neobsahují vždy odkazy na prameny *šarī'cy*, neboť podmínky užití *iğtihādu* a vzniku *iğmā'* jsou dle klasických definic příliš striktní.<sup>232</sup> V dnešní době by pak poněkud upravený institut konsensu mohl zastoupit místo legislativy. Z druhé strany lze naopak zákonodárné orgány ustavené cestou zastupitelské demokracie prezentovat jako konstituenty *iğmā'*. Instituce konsensu se tak sice přizpůsobí změněným podmínkám moderní společnosti, přesto ale bude svou podstatou „islámská“.

## Qijās

*Qijās* je čtvrtým nejdůležitějším pramenem islámského práva. Je sice starší než *iğmā'*, jeho význam je ale o něco menší.<sup>233</sup> Soudí se, že tato právní metoda

<sup>231</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 183–185.

<sup>232</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 190n.

<sup>233</sup> Drgonec, J.: *Právne kultúry...*, s. 38.

(podobně jako *istiḥbāb* a *istiṣlāḥ*) má původ v židovském právu (*halacha*), a do islámské jurisprudence ji vnesli židovští konvertité, resp. osoby obeznámené s Talmudem a jeho výkladovými a argumentačními postupy.<sup>234</sup> Slovo *qijās* překládáme jako „měřítko“, „vzor“, „analogie“,<sup>235</sup> nebo též jako „měření“, „ověřování“ (např. délky, kvality) a obecně jako porovnávání ve významu naznačení rovnosti či podobnosti mezi dvěma věcmi, kdy jedna je brána jako kritérium pro hodnocení druhé.<sup>236</sup> Technicky představuje *qijās* rozšíření významu normy *šarī'cy* na nový případ, který má s prvotní normou stejnou podstatu. Uchýlení se k analogii je ale přípustné pouze tehdy, nelze-li řešení nalézt v Koránu, *sunně* ani *iğmā'*.<sup>237</sup>

Teoreticky nejde v případě analogické dedukce o vytváření nového práva – jde o „objevování“ a rozvíjení již existujících norem. Pravidlo definované na základě *qijāsu* je sice výsledkem racionálního uvažování, toto je ale podřízeno Zjevení. Hlavním operačním prostorem lidského úsudku je hledání společného *ratia legis* (*'illa*) u nového a původního případu. Jakmile je *'illa* identifikována, je už třeba původní pravidlo přesně aplikovat, ne jej měnit, modifikovat. Rozumové uvažování tedy nikdy není nezávislé na primárních pramenech, resp. nesmí být v konfliktu se zjevnými, výslovnými, zřejmými a jasnými významy, resp. pravidly (*nusūṣ*, sg. *naṣṣ*) obsaženými v Koránu a *sunně*.<sup>238</sup>

Tak např. Korán zapovídá obchodování během páteční modlitby, od počátku volání (*aḍān*) až do jejího konce. Pravidlo je analogicky rozšířeno na všechny ostatní právní úkony, neboť účel normy, tj. zabránit zanedbávání modlitby, je společný oběma případům.<sup>239</sup> Podobně vrah nesmí dědit po své oběti a analogicky tak nemůže být v podobné situaci ani beneficiem odkazu.<sup>240</sup>

Většina *'ulamā'* proto definuje *qijās* jako aplikaci pravidla (*ḥukm*) vztahujícího se k původnímu případu (*aṣl*) na nový případ (*far'*), o kterém právo mlčí, pokud je *ratio legis* (*'illa*) společné oběma případům.<sup>241</sup> *Ḥanafija* tuto definici

<sup>234</sup> Schacht, J.: *Introduction to Islamic Law*. Clarendon Press, Oxford: 1964, s. 21.

<sup>235</sup> Kropáček, L.: *Arabsko/český, česko/arabský slovník. 4 500 nejpoužívanějších slov denního tisku, úředních listin a naukové prózy*. SPN/Fortuna, Praha: 1998, s. 215.

<sup>236</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 197.

<sup>237</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 197.

<sup>238</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 198–199.

<sup>239</sup> Drgonec, J.: *Právne kultúry...*, s. 38–39.

<sup>240</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 199.

<sup>241</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 199.

dále rozvíjí. Předně musí existovat originální případ (*aṣl*), jenž je v primárním textu upraven pravidlem, které chceme rozšířit na nový případ. Dále existuje případ nový (*far<sup>c</sup>*), který potřebujeme normativně upravit, dále důvod normy, *ratio legis* (*ʿilla*), vlastní původní normě, je shodný, společný i novému případu. Konečně je přítomno pravidlo (*ḥukm*) upravující původní případ, jež má být rozšířeno na novou otázku. Chceme-li např. zákaz pití alkoholu (*šurb al-čamr*) rozšířit i na užívání drog, budou „pilíře“ *qijāsu* (*arkān al-qijās*) v konkrétním případě vypadat následovně: *aṣl* [pití vína] → *far<sup>c</sup>* [užívání drog] → *ʿilla* [intoxikace] → *ḥukm* [zákaz].<sup>242</sup>

Každý ze čtyř zmíněných pilířů musí pro zajištění správné a vhodné aplikace *qijāsu* splňovat určité požadavky:

*Aṣl* je za prvé označení pro pramen (Korán, *sunna*), jenž obsahuje určité pravidlo, v užším smyslu pak jde o případ řešený těmito prameny. Za druhé se pojmem *aṣl* rozumí obsah této normy, resp. podstata případu. Panuje shoda v tom, že Korán a *sunna* je *aṣl* pro *qijās*. Většina uznává jako *aṣl* pro *qijās* i *igmā<sup>c</sup>*. Na druhé straně je teorií odmítán *qijās* jako *aṣl* pro další *qijās*. Doporučována je opětovná orientace na primární prameny, přičemž je zmiňováno nebezpečí postupné deformace původní normy v delším řetězci analogií. Odpůrci užívání *qijāsu* podobný případ sarkasticky označují jako spekulaci postavenou na spekulaci, a tudíž nepřipustnou. V praxi se ale konkrétní *qijās* jako *aṣl* pro další případ používá – např. při rozhodování o věci podobné již rozhodnutému případu se přihlíží k předchozímu rozhodnutí (místo složité analýzy primárních pramenů), byť je nový případ v něčem specifický. „*Ratio decidendi*“<sup>243</sup> předchozího rozsudku tak bude vodítkem i pro další podobné případy; částečně je tím adoptována zásada *stare decisis*<sup>244</sup>. Při náležitě opatrnosti lze tedy jako *aṣl* pro *qijās* použít i jiné, dříve formulované analogie.<sup>245</sup>

Pojmem *ḥukm* rozumíme pravidlo, resp. příkaz/zákaz stanovený Koránem, *sunnou* nebo *igmā<sup>c</sup>*. *Qijās* pak usiluje o rozšíření platnosti pravidla na nové případy. Aby mohla být norma platným základem pro analogii, musí jít o „praktické“ normy *šarī<sup>c</sup>*y (nelze se opírat pouze o obecné zásady). Norma musí být dále funkční, tzn. ne zrušená (*mansūch*), nesmí jít též o normu, jež je předmětem sporů, debat a spekulací. Konečně musí být norma racionální, tj. lidským

<sup>242</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 200.

<sup>243</sup> Klíčová část rozhodnutí, v níž jsou vysvětleny důvody, které k rozhodnutí vedly – na rozdíl od „obiter dictum“, tj. nezávazné a „nad rámec nutnosti“ uvedené doplňující argumentace.

<sup>244</sup> Princip, dle něhož je soudce povinen respektovat precedenty založené dřívějšími rozsudky.

<sup>245</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 200–202.

rozumem pochopitelná, její *ʿilla* musí být jasná. (Lze například pochopit důvod zákazu hazardních her, těžko ale počet prostrací<sup>246</sup> při modlitbě.) Všechna racionální pravidla (*al-aḥkām al-ma<sup>c</sup>qūla*) jsou tak platným základem *qijāsu*. *Ḥukm* se ale nesmí vztahovat na ojedinělé nebo výjimečné otázky – *qijās* má rozšiřovat působnost běžných norem, ne výjimek. (Zvláště v modernistické legislativě je ale omezována analogie i u některých norem obecných, jmenovitě v oblasti trestního práva, zvláště pak u trestů *ḥadd*<sup>247</sup>; ve zbylých oblastech ale *šarī'a* ponechává analogii široký prostor.)<sup>248</sup>

Nový případ (*far<sup>c</sup>*) je situace, případ nebo otázka, pro niž se hledá norma cestou analogie. Daná situace nesmí být pokryta Koránem, *sunnou* ani *igmā<sup>c</sup>*. *Ratio legis* nového případu musí být totožné, resp. společné i původnímu případu. (*Qijās* s diskrepancí je proto neplatný; někdy je ale předmětem sporů, zda případy jsou či nejsou shodné.) Konečně aplikace *qijāsu* na nový případ nesmí měnit význam původního textu, překrucovat ho, rozšiřovat, zužovat apod.<sup>249</sup>

Nejdůležitějším pilířem *qijāsu* je *ʿilla*.<sup>250</sup> Je to atribut *aṣl*, který je konstantní a zřejmý a má stálý a úzký vztah k normě obsažené v textu. Je to příčina normy, důvod její existence, resp. seslání, jde o skutečnosti či úvahy, které měl Zákonnodárce na mysli při jejím stanovení. *ʿIlla* musí být konstantním atributem normy, který není závislý na osobě, místě, čase nebo dalších okolnostech. Dále je *ʿilla* evidentní, jistá, zjevná (*zāhir*), smysly rozpoznatelná, příp. ověřitelná. (Tedy např. dosažení určitého věku, nikoliv duševní zralosti, je *ʿilla* přiznání plné právní subjektivity). *ʿIlla* má mít též přímý a rozumný vztah k normě obsažené v textu. (Vino není zakázáno proto, že je červené, ale proto, že intoxikuje a ohlupuje.) Musí být rovněž „přenosná“ na další případy. *ʿIlla* též nesmí jít proti normě, k níž se váže, resp. nesmí být chybně či manipulativně interpretována. (Např. jsou-li alternativně stanoveny tři sankce za porušení zákazu, nelze králi zúžit právo na výběr a závazně mu uložit variantu subjektivně nejtěžší, „aby to neměl tak jednoduché“, když je král.)<sup>251</sup> *ʿIlla* může být identifikována buď v primárním zdroji práva, nebo je určena konsensem, ve zbylých případech je nalézána cestou *igtihādu*.<sup>252</sup>

<sup>246</sup> Hluboká úklona při modlitbě.

<sup>247</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 222.

<sup>248</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 202–205.

<sup>249</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 205–206.

<sup>250</sup> K charakteristice a rozporuplnosti pojmu *ʿilla* viz kapitolu *Korán*, s. 58.

<sup>251</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 206–211.

<sup>252</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 213.

Dle síly *illa* lze dělit *qijās* na *qijās al-awla'* („analogie vyššího“), kde *ratio legis* je v novém případě ještě zjevnější než v původním (připomíná *argumentum a fortiori*), dále *qijās al-musāwī* („analogie rovného“), kde je *illa* stejně silná a zjevná u obou případů, a konečně *qijās al-adnā'* („analogie menšího“), kdy v novém případě *illa* už tak zřejmá není. Dalším dělením je rozlišení na zjevnou analogii – *qijās ġali*, a skrytou analogii – *qijās chāfi*. V prvním případě je vztah mezi *ašl* a *far'* zřejmý a jasný, v druhém případě je třeba odstraňovat rozporu cestou „pravděpodobnosti“ (*ẓann*).

Názory na nezbytné předpoklady procesu vzniku i aplikace *qijāsu* se přirozeně liší, a to jak mezi *madhaby*, tak mezi jednotlivými sektami. Výhrady k analogickému odvozování norem se objevují zejména u *zāhirīje* a v některých případech u *mu'tazily*.<sup>253</sup> U šiitských sekt se rovněž názory různí. Odpůrci a skeptici např. argumentují, že všechny normy lze rozdělit na příkazy a zákazy a zbytek je povolený a pro analogii tedy nezbyvá prostor. Dále namítají, že *illa* je buď jasná z textu, a pak je zaobírání se jí nadbytečné, nebo není jednoznačně identifikovatelná, a pak jde o nepřipustnou spekulaci. Užití analogie též v podstatě naznačuje, že je Korán neúplný, což je myšlenka dosti heretická. Na základě některých koránských ustanovení dokonce vyvozují, že analogie je přísně zakázána.<sup>254</sup> (Viz např. 49:1 – „Nesnažte se předejít Boha a Posla Jeho!“<sup>255</sup> a další.)

Oprávněnost užívání *qijāsu* je pak opírána zejména o *hadīth* popisující vyslání Mu'āḏa b. Ğabala do Jemenu jako soudce<sup>256</sup>, jenž byl vyzván k výkonu *iğtihādu*, a tím implicitně i k používání *qijāsu* v případech neupravených *sunnou* ani Koránem. Dále *sunna* poskytuje množství důkazů o tom, že sám Prorok se často uchýloval k analogické dedukci v případech, pro které neměl Zjevení a na přípustnosti *qijāsu* se údajně shodli i Druhové Prorokovi.<sup>257</sup> Každopádně si lze tvorbu a interpretaci práva bez analogie jen těžko představit a i její největší odpůrci se k ní chtěli nechtěli uchýlovali – např. tím, že se jim brzy jako „zjevné“ a „zřejmé“ zdály i ty partie Koránu nebo *sunny*, které jiným vůbec zřejmé nepřipadaly, nebo jedno explicitní ustanovení pokrývalo v jejich podání pozoruhodně velké množství fakticky rozdílných případů.

<sup>253</sup> *Mu'tazila* – racionalistický filosofický směr, mj. zastávající stvořenost, ne zjevenost Koránu.

<sup>254</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 219–220.

<sup>255</sup> *Korán...*, s. 582.

<sup>256</sup> Viz kapitolu *Sunna*, s. 64.

<sup>257</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 217–218.

## Istihsān

*Istihsān* připomíná institut *equity* v *common law*; jde o odklon od ustálené, resp. striktní analogie ve prospěch alternativního pravidla, jež lépe slouží ideálu spravedlnosti a přiměřenosti. *Istihsān* znamená doslova „schválit“ nebo „považovat něco za vhodnější“<sup>258</sup>, sloveso *istahsana* zahrnuje význam užití vlastního názoru či rozhodnutí se dle svého osobního úsudku, úžeji pak rozhodnutí se pro určitý výklad práva na základě vlastní úvahy.<sup>259</sup> Někdy je proto pojem *istihsān* směřován s užíváním vlastního, svobodného názoru (*ra'j*) nebo s kvalifikovaným zapojením osobního úsudku a rozumu (*iğtihād*).<sup>260</sup>

Některými právníky byl *istihsān* odmítán, neboť šlo dle jejich názoru o svévolný odklon od norem *šarī'cy*, potažmo o popření autority zjevených pramenů. Argumenty pro i proti byly nalézány v Koránu i v *sunně*, přičemž obě strany byly zpravidla úspěšné, neboť primární prameny žádná explicitní ustanovení neobsahují, a tak bylo bráno zavděk pasážemi, které připouštěly rozličné interpretace. Kritika směřovala mj. proti zapojení osobního názoru při formulaci normy, neboť to potenciálně znamenalo prvek nejistoty a svévole. Silným odpůrcem *istihsānu* byl např. aš-Šāfi'ī, jenž celý svůj život usiloval o zpřehlednění a systematizaci práva a stanovení standardních metod odvozování norem. Únik k diskrečnímu posuzování sporných otázek by naopak vedl k dalším divergencím. Bylo také tvrzeno, že *istihsān* je vlastně druh *qijāsu*, a proto není třeba jej vymezovat jako samostatný institut.

Proti tomu je namítáno, že *istihsān* pouze „dolaďuje“ a „opravuje“ *qijās*, a nelze tedy oba pojmy směřovat.<sup>261</sup> K *istihsānu* se *muğtahid* uchyluje poté, co norma, k níž dospěl na základě analogie, je příliš tvrdá, nevhodná vzhledem ke specifickým okolnostem nebo změněným společenským podmínkám. Důvod, na jehož základě je použit odklon od standardní právní normy, musí být dostatečně závažný (tzn. bude „silnější“, přesvědčivější než ten, který byl důvodem k formulaci primární normy), musí mít opodstatnění v *šarī'e* (např. v obecných principech – spravedlnost, rovnost, proporcionalita trestu, ochrana života, majetku, zájmů *ummy* apod.) a musí sloužit vyššímu účelu. Nejde též o nalezení jakéhokoliv řešení situace, ale o nalezení řešení lepšího než to, které již existuje.<sup>262</sup>

<sup>258</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 246.

<sup>259</sup> Paret, R.: *Istihsān and Istiṣlāh*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. IV., s. 256.

<sup>260</sup> Schacht, J.: *Introduction to Islamic Law*. Clarendon Press, Oxford: 1964, s. 37.

<sup>261</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 264.

<sup>262</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 263.

Silnou vazbu na *qijās* naznačuje charakteristika *istihsānu* jako odklonu od zjevné analogie (*qijās ḡali*) ke skryté analogii (*qijās chāfi*). V takovém případě jsou za použití analogie formulována dvě řešení – jedno na základě zjevné, zřejmé analogie a druhé na základě analogie skryté. Pokud jsou výsledná řešení ve vzájemném rozporu, je prvé odmítnuto, zatímco druhá možnost (založená na skryté analogii) je přijata. Je to proto, že druhé řešení je považované za efektivnější pro postižení specifík dané otázky; jeho formulace vyžaduje vyšší intelektuální úsilí – *muḡtahid* jde nad rámec doslovného významu primární normy, tzn. zkoumá pozadí a souvislosti obsahu normy, zvažuje její význam, účel atp.

Druhá varianta *istihsānu* spočívá v učinění výjimky oproti obecnému pravidlu, pokud právník usoudí, že tím bude více poslouženo spravedlnosti. Ke zmíněnému rozhodnutí může odborník v daném případě dospět buď na základě *iḡtihādu*, nebo bude výjimka aprobována zjevným významem Koránu nebo *sunny* (*naṣṣ*), schválena na základě *iḡmā'* nebo zaužívané praxe či legitimována posouzením obecného zájmu (*maṣlaḥa*) nebo nutností (*ḍarūra*).<sup>263</sup>

Výše zmíněné varianty představují „standardní“ formy *istihsānu*, určité nejasnosti a proměnnost pojmu v průběhu historie však otevírají prostor i dalším variantám a definicím.<sup>264</sup> Rozumíme-li probíraným pojmem (stručně řečeno) odklon od striktní analogie za účelem odstranění tvrdosti či rigidity právní normy, nutno říci, že v praxi nebyl *istihsān* zas tak často využívaným institutem.<sup>265</sup> Na druhé straně pro spravedlivé, férové a přiměřené řešení výjimečných a hraničních případů byl významným nástrojem „změkčování“ práva s ohledem na pestrost života i právní problematiku.

## Maṣlaḥa/istiṣlāḥ

*Maṣlaḥa* (pl. *maṣāliḥ*) je termín označující v právní vědě veřejný zájem nebo obecné blaho, příp. hodnoty, na jejichž ochraně je komunita zainteresována. Samotné slovo *maṣlaḥa* je odvozeno od slovesa *ṣalaḥa* (nebo *ṣaluḥa*), které lze přeložit jako „být k užtku“ nebo „být vhodný“. Antonyma *maṣlaḥy* jsou *maḍarra* a *mafsada* (škoda, poškození, neprospěch), přičemž cokoliv, čím je odvrácena

<sup>263</sup> Pro podrobné příklady viz: Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 254–257.

<sup>264</sup> Viz Paret, R.: *Istihsān and Istiṣlāḥ*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. IV., s. 255n.

<sup>265</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 264.

*mafsada* a čím je zvýšen blahobyť a obecné dobro, lze označit za *maṣlaḥu*. *Istiṣlāḥ* je pak metodou právní argumentace, jejímž prostřednictvím je *maṣlaḥa* vzata jako podklad pro rozhodnutí v právní otázce.<sup>266</sup> (Často je ale pojem *maṣlaḥa* a *istiṣlāḥ* užíván *promiscue*.)

*Istiṣlāḥ* je svým způsobem podobný institutu *istihsānu*. Zatímco *istihsān* je v podstatě rozšířením *qijāsu* či diskrečním uvážením, resp. volbou v rámci širší analogie za účelem zmírnění tvrdosti práva, pro *maṣlaḥu* je charakteristické, že norma je cíleně formulována s ohledem na konkrétní veřejný zájem. Ten je užším pojmem ohledně svého vymezení (lze se většinou shodnout a určit, co je obecné blaho). Ve své podstatě je veřejný zájem definován v materiálním smyslu, čímž poněkud uniká právnímu formalismu, na druhé straně je omezen na svůj předmět a nezahrnuje řešení všech případných omezení a tvrdostí práva, jako obecněji a méně konkrétně definovaný *istihsān*. Vzhledem ke svému specifickému a jednoznačněji identifikovatelnému obsahu nebyla *maṣlaḥa* nikdy předmětem takové kritiky a diskuzí jako poněkud rozvolněný institut *istihsānu*.<sup>267</sup>

Hodnotami, jež zahrnujeme pod pojem *maṣlaḥa*, jsou především náboženství, život, rozum, rodina/rod a majetek.<sup>268</sup> Všechna opatření, jež prosazují nebo brání zmíněné priority, lze kvalifikovat jako ochranu veřejného zájmu a vzhledem k přinejmenším implicitnímu zakotvení těchto hodnot v Koránu i *ṣunně* jsou kroky a interpretace je prosazující plně v souladu se *šari'ou*. *Istiṣlāḥ*, resp. posouzení obecného blaha na druhé straně nemají místo v okruhu práva *ḥibādāt* (oblast je podrobně rozpracována, navíc Bůh nejlépe ví, co je v zájmu *ummy*) a rovněž v případech, které jsou již explicitně upraveny v základních pramenech práva.<sup>269</sup>

Svoji legitimitu a platnost *istiṣlāḥ* odvozuje ze zásady, že základním účelem „legislativy“ (*tašrī'*) v islámu je prosazování prospěchu jednotlivce i komunity a ochrana před případnou škodou. Způsobů, jak toho dosáhnout, je nepočítaně – některé prostředky mohou být různé efektivní a mohou působit i s protikladnými výsledky v závislosti na okolnostech či společenské situaci.<sup>270</sup> *Istiṣlāḥ* je tak prostředkem umožňujícím pružně reagovat na měnící

<sup>266</sup> Khadduri, M.: *Maṣlaḥa*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. VI., s. 738.

<sup>267</sup> Paret, R.: *Istihsān and Istiṣlāḥ*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. IV., s. 256.

<sup>268</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 267.

<sup>269</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 267–268.

<sup>270</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 268.

se podmínky při prosazování jednou provždy daných hodnot a priorit. Je tak otevřena cesta i řešením, která jsou v očividném rozporu s explicitním příkazem Koránu – např. je stanoven zákaz sekát zloději ruce během hladomoru či v jiné obdobné situaci, neboť by vznikl rozpor s dalšími cíli a příkazy Koránu (ochrana života, princip spravedlnosti, milosrdenství...).<sup>271</sup>

V rámci *mašlahy* můžeme diferencovat mezi několika subkategoriemi „veřejných zájmů“ (tzn. rozlišujeme několik druhů *mašlahy* – *mašālih*). Za základní (*darūrījāt*) považujeme takové, na nichž závisí lidský život a jejichž opomíjení by vedlo k chaosu – patří sem náboženství, život, rozum, rodina a majetek. Ty musí být v každém případě chráněny. Druhou skupinou jsou „doplňkové“ *mašālih* (*hāğījāt*), které jsou komplementární k pěti zmíněným *darūrījāt*, kdy jejich zanedbávání by vedlo k přílišné tvrdosti a těžkosti života, byť ne asi ke zhroucení společnosti. Třetí skupina *mašālih*, označovaná jako „příkrasy“ (*taḥsīnījāt*), zahrnuje zájmy, jejichž realizace vede k dosahování a zlepšování toho, co je ve společnosti žádoucí, legitimně očekávané či zlepšující kvalitu života.<sup>272</sup>

S ohledem na podklad v pramenech práva rozlišujeme *mašālih* na *al-mašālih al-mu<sup>c</sup>tabara*, tj. ty, které jsou výslovně zmíněny v Koránu a u nichž je i stanovena norma pro jejich realizaci (např. bezpečnost, resp. prevence zločinnosti, zajištěná právem na odplatu – *qišās*). Další kategorií jsou *mašālih* uznané až poté, co bylo Boží zjevení ukončeno (odchodem Proroka), a zahrnuté pod označením *mašlaha mursala* – jde o zájmy, které nejsou výslovně upraveny zjevením, nejsou jím ale nijak omezeny či kvalifikovány. Třetí kategorií je *mašlaha mulgā'*, tzn. „diskreditované“, nevěrohodné *mašālih*, které lze sice zařadit pod „obecné dobro“, ale které jsou v rozporu s explicitním či implicitním příkazem *šari'cy* (nelze např. přiznat ženě stejný dědický podíl jako muži, pokud jí Korán jako nejvyšší autorita výslovně stanovuje jen polovinu podílu).<sup>273</sup> Zájem zařaditelný pod obecné blaho, resp. veřejný zájem, tak může být explicitně či implicitně akreditován *šari'cou*, může být naopak ustanovením *šari'cy* zapovězen či vyloučen, nebo jej *šari'ca* nijak nespecifikuje (tzn. spadá pod kategorii *mašlaha mursala*) a může být neomezeně rozvíjen a rozpracováván.<sup>274</sup> (Přesahy do oblastí explicitně upravených základními prameny práva jsou ale samozřejmě nepřipustné.)

<sup>271</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 270.

<sup>272</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 271–273.

<sup>273</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 272–273.

<sup>274</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 273.

Aby bylo možné spoléhat se na *mašlahu mursala* jako na podklad pro stanovení právních norem, je třeba splnit několikero podmínek. Předně musí jít o „ryzí“, „opravdovou“ *mašlahu* (*mašlaha haqīqīja*), pozitiva musí převažovat nad negativy, nelze podléhat zdánlivě přijatelným, lákavým či klamným představám o obecném blahu (*mašlaha wahmīja*). Ryzí *mašlaha* je taková, která zahrnuje ochranu pěti základních hodnot (náboženství, život...). *Mašlaha* též musí být obecná (*kullīja*), tzn. jejím prosazováním jsou chráněni všichni, ne jen určitá skupina osob. Konečně nesmí být v rozporu s principem nebo hodnotou, která je definována v *nuṣūṣ* (explicitních významech/ustanoveních Koránu nebo *sunny*) nebo v rámci *iğmā'<sup>c</sup>*. Dle Málíka musí být navíc racionální, resp. akceptovatelná lidmi zdravého rozumu, a musí odstraňovat utrpení, strážení, těžkost ze života lidí.<sup>275</sup>

Námítky proti koncepci veřejného zájmu jsou podobné argumentům směřujícím proti *istiḥsānu*, příp. i proti *qijāsu*. V Koránu a *sunně* je prý upraveno vše potřebné a má-li být něco dále rozvíjeno, musí pro to být konkrétní podklad v *nuṣūṣ*, příp. je tvrzeno, že Korán a *sunna* stanovují příkazy a zákazy, přičemž zbytek je povolený a není dán prostor pro vlastní spekulace, rovněž je poukazováno na nebezpečí zneužití a svévole, potažmo chaotizace systému práva. Většina *'ulamā'* ale *mašlahu* jako podklad pro stanovení právních norem uznává a soudí, že „ryzí“ *mašālih*, které nejsou (přirozeně) v konfliktu se záměry Stvořitele, musí být respektovány, naplňovány a prosazovány.<sup>276</sup> Pestrost života si navíc žádá respektování nových a měnících se podmínek, v nichž *umma* žije, aby cíle *šari'cy* mohly být kontinuálně sledovány a dosahovány.

## Istiḥāb

*Istiḥāb* je pomocnou metodou právnícké dedukce přicházející ke slovu tam, kde chybí přesvědčivější „důkazní prostředky“ *šari'cy* (normy Koránu, *sunny*, *qijās*...). Pojem lze přeložit jako „doprovod“, „provázení“, v právníckém smyslu jím pak rozumíme „presumpci kontinuity“, kdy „minulost doprovází přítomnost“. Tzn. fakta a normy, jejichž existence či neexistence byla doložena v minulosti, se pokládají za (ne)existentní i v přítomnosti, nebyl-li prokázán opak. Jde o svého druhu právní domněnku, jež předpokládá přirozený stav

<sup>275</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 273–275.

<sup>276</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 269, 275–280.

věcí, jaké obvykle nebo pravděpodobně jsou. (Tak např. žijí-li spolu muž a žena, je jejich manželství považováno za platné, dokud není přinesen důkaz tento předpoklad vyvracející.)<sup>277</sup>

Role *istišhābu* je subsidiární, teprve pokud nelze na základě zjevených norem, resp. uznaných metod právní argumentace a nalézání norem, dospět k přesvědčivému závěru, přichází ke slovu domněnka, že pokračuje „*status quo ante*“. Předpokládán je nezměněný, normální, obvyklý, resp. žádoucí stav věcí.

Existuje několikero variant *istišhābu*. První možností je „předpoklad původní absence“ (*istišhāb al-<sup>ʿ</sup>adam al-ašlī*) – pravidlo či fakt, jenž neexistoval v minulosti, je pokládán za neexistující i nadále, není-li podán protidůkaz (např. negramotný je brán za negramotného do doby, než je prokázán opak). „Předpoklad původní přítomnosti“ (*istišhāb al-wuǧūd al-ašlī*) bere za danou a evidentní existenci toho, co naznačuje rozum nebo právo. (O A se např. ví, že dluží B, a je považován za dlužníka až do doby, kdy prokáže opak.) *Istišhāb al-ḥukm* předpokládá stálou, pokračující platnost norem a principů práva (ku příkladu v otázce *ḥalāl* a *ḥarām*), není-li podán důkaz opaku. Neexistuje-li norma, jež by tu kterou situaci upravovala, přichází ke slovu obecný princip *ibāḥa* (přípustnost, povolenost), jenž aprobuje stav či jednání, které není *šariʿou* výslovně upraveno (nepřičí-li se to zdravému rozumu). *Istišhāb al-waṣf*, tj. „kontinuita vlastností“ předpokládá přirozený a řádný stav věcí, např. voda je považována za čistou (čistota je její základní, původní vlastností), než je dokázán opak, rituální čistota, zvláště po omytí, se presumuje až do chvíle, kdy je prokázáno znečištění (čistota je přirozeným stavem), ručitel odpovídá za dluh, není-li prokazatelně povinnosti zproštěn atd.<sup>278</sup>

K použití *istišhābu* se vztahuje několik obecných pravidel, resp. právních maxim: 1) Jistota nemůže být zpochybněna jen podezřením. (Podivné chování ještě neznamená šílenství, najím-li se během *ramaḍānu* při rozbřesku a není jasné, zda slunce již vyšlo, je můj půst i nadále platný atp.); 2) obecné (*ʿāmm*) zůstává obecným, není-li omezeno. (Obecná norma je platná a musí být aplikována na všechny případy, není-li dále specifikována či zrušena.); 3) předpokládá se „svoboda od odpovědnosti“. (Tzn. osoba je považována za prostou závazků a povinností, není-li prokázán opak. Nikdo též nemůže být nucen cokoliv konat, nepředepisuje-li to právo.); 4) Přípustnost je původním stavem. (Vše je primárně přípustné, z čehož vyplývá, že věci *šariʿou* neupravené

<sup>277</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 297.

<sup>278</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 299–301.

jsou dovolené – viz *ibāḥa*. – Výjimkou jsou vztahy mezi muži a ženami – tam platí pravidlo opačné – tzn. vše je zakázané, není-li to *šariʿou* povoleno. Je-li ale vztah posvěcen manželstvím, platí opět předpoklad přípustnosti všeho výslovně nezakázaného.)<sup>279</sup>

Jak již bylo řečeno, *istišhāb* je pouze doplňkovou metodou právní argumentace, její význam se projevuje zejména v oblasti dokazování, kdy některé skutečnosti nelze objektivně zjistit, a přesto je třeba rozhodnout. *Istišhāb* ale přichází ke slovu až poté, co ostatní „důkazní prostředky“ selžou. *Mālikīja* a *ḥanafīja* se k *istišhābu* uchýlovaly jen zřídka, ostatními školami byl ale běžně používán, *zāhirīja* jej hojně využívala zejména tam, kde se ostatní školy uchýlovaly ke *qijāsu*.<sup>280</sup> Jak vidno, *istišhāb* není metodou, bez níž by se právník neobešel, na druhé straně vnáší do právního systému potřebný institut domněnek v otázkách právních i faktických a rovněž stanovuje veskrze moderní právní zásady „vše, co není zakázáno, je dovoleno“ a „nikdo nesmí být nucen konat, co právo neukládá“.

## Urf a předchozí zjevená práva

*Urf* je termín označující zvykové právo, zvyk, resp. opakující se, stálou kolektivní praxi přijatelnou lidmi dobrého charakteru.<sup>281</sup> *Urf* je slovem odvozeným od arabského kořene *ʿarafa* (tj. „znát“), adjektivem je *maʿrūf*, tj. to, co je známé, obvyklé. Pokud je *urf* rozumný, racionální, není založen na předsudcích, jiných nepravostech, přináší lidem prospěch a neodporuje *šariʿe*, je platným pramenem práva, jímž se soud řídí při svém rozhodování. Zvyky existující v době Prorokově, které nebyly zrušeny, jsou považovány za mlčky schválené a jsou zahrnuty pod pojem *sunna taqrīrīja*.<sup>282</sup>

Aby bylo možno považovat *urf* za rozumný a přijatelný důvěryhodnými lidmi, tj. aby byl autoritativním pramenem práva, je třeba splnit následující podmínky: 1) *Urf* musí představovat obecný, široce rozšířený fenomén (nestačí praxe omezené skupiny lidí), musí být též konzistentní, co se týče svého dodržování; pokud existují dvě zvyklosti v téže věci, rozhoduje ta převládající.

<sup>279</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 301–305.

<sup>280</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 306.

<sup>281</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 283.

<sup>282</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 284–285.

2) Zvyk musí být též platný v době transakce nebo právního úkonu, který se jím má řídit, a naopak výklad právních úkonů je v souladu se zvyky, které v dané době existují. 3) Zvyk je subsidiární k ujednáním stran, teprve chybí-li dohoda, řídí se právní vztah zvykem. 4) *Urf* nesmí být v rozporu s *nušūs*. Pokud je rozpor jen dílčí, neodporující část zůstává v platnosti.<sup>283</sup>

Od *igmā'* se *urf* liší tím, že závisí na souhlasu většiny, nikoliv všech (tzn. odpor či nesouhlas menšiny/některých muslimů není na závadu). Dále je *urf* nezávislý na názoru *muğtabidů*, tzn. na formování *urfu* se podílejí spíše laici. Normy *urfu* jsou též změníitelné, zatímco konsensus je po svém ustavení již nezměníitelný. *Urf* též vyžaduje určitou dobu a kontinuitu ve své existenci, aby se stal směrodatným, resp. závazným, zatímco konsensus může teoreticky vzniknout ze dne na den.<sup>284</sup>

*Urf* dělíme na „verbální“ (*qawli*), jenž zahrnuje všeobecnou shodu na významech a způsobech použití slov, jdou-li nad rámec významu doslovného (zejména pokud se doslovný význam stává pouze výjimkou, též pokud určitý termín nabývá v právních souvislostech jiné konotace), a „skutkový“, resp. „faktický“ (*fi'li*), kterým rozumíme kontinuálně se opakující, lidmi akceptovanou praxi. Dále můžeme rozlišovat „obecný“ zvyk (*al-urf al-āmm*), převažující všude, bez ohledu na čas a místo, a „speciální“ zvyk (*al-urf al-chāṣṣ*), rozšířený v určité lokalitě, profesi, druhu obchodu apod., jenž nemá takovou váhu jako zvyk obecný. Dalším možným dělením je rozlišení na platný, schválený zvyk (*al-urf aṣ-ṣaḥiḥ*) a zakázaný, neschválený zvyk (*al-urf al-fāsiḍ*) v závislosti na souladu zvyku se *šari'ou*, resp. obecně s morálkou či dalšími náležitostmi uznané zvyklosti.<sup>285</sup>

Je zřejmé, že zahrnutí zvyku do pramenů práva je spíše ústupkem praxi a realitě života. Snaha najít opodstatnění pro *urf* ve zjevených textech nebývá odměněna přesvědčivým výsledkem. Argumentováno bývá např. veršem Koránu, dle něhož Bůh neuložil žádné těžkosti v náboženství (22:77)<sup>286</sup> – pokud by nebyla respektována či brána v úvahu zvyková praxe, znamenalo by to nepřiměřené obtíže v životě. V dalších případech však výklad primárních pramenů pro ospravedlnění zvykové praxe vyžaduje ještě větší vynalézavosti, či spíše fantazie. Přes své nejisté zakotvení, nestabilitu a někdy obtížnou

<sup>283</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 286–288.

<sup>284</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 289.

<sup>285</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 289–291.

<sup>286</sup> *Korán...*, s. 574.

prokazatelnost je i *urf* významným pramenem práva, a to i v dnešní době – bývají na něj odkazy v právních řádech mnoha zemí, někde se objevuje po boku *šari'cy* i v ústavních dokumentech.

Vedle zvykového práva se islámská teorie musela vypořádat i s právy vřícícími se k předchozím Zjevením, zejména s právem židovským a křesťanským, resp. církevním. Ve věroučné rovině je islám vyvrcholením a konečnou, závaznou verzí Zjevení, která ta předchozí shrnuje, příp. opravuje (poté, co je Židé a křesťané „překroutili“). Vzhledem ke svému božskému původu musí být ale platná i práva ostatních „národů Knihy“. Židovské (resp. talmudické, rabínské) a církevní/křesťanské právo je uznáno za platné pro Židy a křesťany uvnitř jejich vlastních komunit, diskutována je ale závaznost předchozích zjevených práv pro muslimy.

Obecně se soudí, že pro uznání právních norem „starších bratrů ve víře“ je třeba výslovného odkazu Koránu. Korán tak někdy odkazuje na určitou a praxi a stanovuje ji jako povinnou i pro muslimy (např. způsob zabíjení zvířat), nebo naopak předchozí praxi zapovídá (modlitební směr) nebo sice obsahuje odkaz na starší pravidlo či ustanovení (např. na zásadu „oko za oko“), ale dále se k věci nevyjadřuje. V posledním případě převládá názor, že norma, na niž Korán bez dalšího odkazuje, je také závazná. Dle věrouky Korán potvrzuje Tóru i Evangelium a *šari'a* ruší jen ty normy, které jsou s ní v rozporu, a ostatní ponechává v platnosti.<sup>287</sup> Teoreticky tak aprobuje i veškeré právo, jež formulaci *šari'cy* předcházelo. Vzhledem k obrovskému záběru a rozsahu islámského práva je však závaznost předchozích zjevených práv pro muslimy otázkou spíše akademickou – *šari'a* si jednoduše řečeno vystačí sama. Pokud ale v islámském právu sledujeme přítomnost mnohých institucí a norem práva židovského, byzantského atd., jde spíše o výsledek neuvědomovaného či (např. formou *sunny*) maskovaného procesu tvorby a obohacování islámského práva, které se fakticky cizím vlivům nebránilo, a to i když byl jejich původ u národů „pohanských“.<sup>288</sup>

## Iğtihād

*Iğtihād* představuje v islámském právu osobní názor, resp. kvalifikované použití vlastního úsudku, a po Koránu a *sunně* jde o nejdůležitější zdroj *šari'cy* –

<sup>287</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 232.

<sup>288</sup> Viz např. Schacht, J.: *Introduction...*, s. 19–25.



na jeho zapojení závisí nejen výklad primárních pramenů práva, ale jsou s ním úzce spjaty i ostatní prameny, resp. metody nalézání právních norem (*iğmā'*, *qijās*, *istišlāh*, *istišhāb*...). Prostřednictvím *iğtihādu* jsou primární i sekundární prameny navzájem propojeny v jeden celek, *iğtihād* zde působí jako prostředek dosažení harmonie mezi Zjevením a rozumem.<sup>289</sup>

V počátečním období právního vývoje byl pojem *iğtihād* synonymní s termínem *ra'j* (názor, rozum), jindy zas pouze s označením pro odvozování norem cestou analogie – *qijās*. Později ve snaze omezit svévoli a chaotičnost v procesu nalézání práva se stal *iğtihād* pojmem zahrnujícím kvalifikované užití vlastního úsudku, a to v předem daných limitech stanovených teorií.<sup>290</sup> Z tohoto pojetí budeme vycházet i v této kapitole.

Samotné slovo *iğtihād* je odvozeno od slovesa *ğāhada* (podobně jako *ğihād*) a lze je přeložit jako „úsilí“, „snažení“ v jakékoliv oblasti nebo činnosti, která je obtížná (např. i nesení těžkého nákladu). Juristicky znamená pojem *iğtihād* intelektuální úsilí na straně právníka (resp. *muğtabida*), konkrétněji pak maximální možné úsilí patřičně vzdělaného jedince o odvození norem *šarī'cy* na základě jejích zdrojů, za použití všech v úvahu přicházejících metod argumentace, dostupných pramenů a vlastních znalostí, při současném zapojení původního osobního názoru. Osoba, jež zná odbornou literaturu či jen konzultuje znalce práva, nemůže být *muğtabidem* (tj. osobou vykonávající *iğtihād*), pokud neuplatňuje i svůj vlastní úsudek.<sup>291</sup>

Argumenty pro použití *iğtihādu* lze nalézt jak v Koránu, tak v *sunně*, hovoří pro něj i zdravý rozum. *Sunna* je konkrétnější, mluvili jsme již o *ħadiṭu* aprobujícím užití vlastního názoru (vyslání Mu'āda b. Ğabala do Jemenu<sup>292</sup>), dle jiné tradice „soudce, jenž vykonává *iğtihād* a rozhodne správně, bude dvakrát odměněn, pokud však rozhodne chybně, stále ještě získá jednu odměnu“. Použití osobního úsudku je doloženo i u Druhů Prorokových a i na základě racionálního posouzení většina uzná, že vzhledem k omezenému rozsahu primárních pramenů a případným nejasnostem v nich je uplatnění vlastního úsudku nutností.<sup>293</sup>

<sup>289</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 366.

<sup>290</sup> Schacht, J.: *Iğtihād*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. III., s. 1026.

<sup>291</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 367.

<sup>292</sup> Viz kapitolu *Sunna*, s. 64.

<sup>293</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 372–374.

*Iğtihād* se týká jen otázek právních, resp. vztahuje se pouze k praktickým normám *šarī'cy*. Nelze jej tedy uplatňovat v otázkách čistě intelektuálních (*'aqlī*), zvykových (*'urfī*) a v otázkách dostupných smyslům (*ħissī*) a nedotčených žádnou normou *šarī'cy* (*ħukm šarī'*). Stejně tak je ale *iğtihād* nepřipustný ve věcech věroučných (stvořenost vesmíru, existence Boží, posílání proroků atd.), neboť zde existuje pouze jedna správná odpověď a kdokoliv se liší, mýlí se. Podobně je vyloučen *iğtihād* v otázce pilířů islámu (vyznání víry, modlitba, půst, almužna, pouť do Mekky), v otázce zákazu krádeže, cizoložství apod., zkrátka ve věcech explicitně a jednoznačně upravených Koránem nebo *sunnou* (příp. v rámci neomylného konsensu – *iğmā'*). Předmětem *iğtihādu* mohou tedy být jen víceznačné, spekulacím otevřené formulace svatých textů. (Ustanovení, jež mohou být případně podkladem pro výkon *iğtihādu*, lze dělit podle autenticity a (ne)jednoznačnosti textu – osobní úsudek se v zásadě rozvíjí jen tam, kde autenticita, smysl textu, nebo oboje jsou předmětem pochybností.)<sup>294</sup>

*Iğtihād* je považován za *farḍ kifāja*, tzn. kolektivní povinnost *ummy*, resp. *muğtabidū*. Stačí ovšem, aby povinnost zastal byt i jediný právník, a zbytek je závazku zproštěn. Individuální povinností (*farḍ 'ajn*) se stává *iğtihād* pro *muğtabida* jen v případě, kdy není zbytí (např. kdyby jinak utrpěla spravedlnost), a též v otázkách, které se *muğtabida* osobně dotýkají – je-li schopen nezávislého osobního úsudku, je povinen hledat příslušnou normu sám. V ostatních případech je *iğtihād* jen doporučený (*mandūb*) a zůstává kolektivní povinností. Zakázaný (*ħarām*) je naopak v případě, kdy by protirečil zřejmým a jednoznačným normám Koránu, *sunny* a *iğmā'*. Naopak laici (*'āmmī*) jsou povinni následovat pohled kvalifikovaných učenců, není přípustné, aby samostatně interpretovali právo.<sup>295</sup>

*Muğtabid* je ve svém jednání vázán výsledkem vlastního *iğtihādu*. Pokud svůj názor později změní, může změnit i související rozhodnutí učiněné na základě předchozího úsudku jen v případě, že se týká jeho osoby. V zájmu právní jistoty tak např. nesmí zpětně zrušit cizí svatbu, obchodní transakci apod. Nelze též rušit jedno rozhodnutí rozhodnutím dalším jen z důvodu odlišné interpretace práva, resp. odlišného výsledku *iğtihādu* jiného odborníka či soudce.<sup>296</sup>

<sup>294</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 367–369.

<sup>295</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 369–370.

<sup>296</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 370–372.

Pro legitimní a platný výkon *iğtihādu* je třeba splnit několik podmínek (*šurūt*). *Muğtabid* musí být muslim, zdravého rozumu, čestný a důvěryhodný, patřičných intelektuálních schopností, aby byl schopen dosáhnout nezávislého úsudku, a vzdělaný v náboženských a právních vědách. Měl by vládnout arabštinou na takové úrovni, aby správně rozuměl Koránu a *sunně*. (Není nutná perfektní znalost, ale průměrná také nestačí.) Musí znát Korán a *sunnu*, orientovat se v rozdělení *sūr* na mekkánské a medínské, znát okolnosti seslání zjevení (*asbāb an-nuzūl*), mít přehled o zrušených (*mansūch*) verších,<sup>297</sup> znát perfektně *ājāt al-aḥkām* (cca 500 ustanovení Koránu, majících právní obsah či konotace), stejně tak *sunnu*, nebo alespoň *aḥādīṭ al-aḥkām*, tj. tradice s právně relevantním obsahem. Stejně jako v Koránu i v *sunně* si musí být vědom abrogací (rušení veršů jinými), kategorií obecných, specifických, kvalifikovaných..., klasifikace *ḥadīṭū* dle věrohodnosti atd. Stejně tak musí být *muğtabid* znalý jednotlivých odvětví práva (*furūc*), vést v patrnosti, které otázky byly pokryté konsensem (*iğmāc*), znát pravidla a podmínky použití analogie (*qijās*), uvědomovat si a rozlišovat cíle a hodnoty *šarīc*y, tzn. *mašāliḥ* (pět hlavních principů – život, náboženství...; *ḍarūrījāt*, *ḥāğījāt*...<sup>298</sup>), znát právní zásady/maximy *fiqhu* (např. zásada odstraňování těžkostí – *rafc al-ḥarağ*) atd. Obecně je třeba hlavně pochopení cílů a účelů *šarīc*y a teprve poté znalosti pramenů práva a metod dedukce, jež jsou prostředkem k dosažení prvního.<sup>299</sup>

Otázkou diskuze je, zda je nutno splňovat všechny zmíněné podmínky, resp. zda je nutno být znalcem všeho práva, nebo je možné být *muğtabidem* v jednom odvětví a *muqallidem* (tedy méně znalým, následujícím ostatní *muğtabidy*) v odvětví druhém, je-li *šarī'a* navzájem propojená a provázaná. Zvláště v dnešní složité době a i s ohledem na masu práva je považována za přijatelnou i druhá možnost.<sup>300</sup> Rozdělujeme tak „plně“ *muğtabidy* (*muğtabidūn fi'l šarc*), *muğtabidy* v rámci *maḍḥabu*, *muğtabidy* v určitém oboru atd., až se dostaneme k *muqallidūm*, „imitátorům“, tj. právníkům nezpůsobilým samostatného úsudku.<sup>301</sup>

<sup>297</sup> Viz kapitolu Korán, s. 58.

<sup>298</sup> Viz kapitolu *Istišlāḥ/mašlaḥa*, s. 84.

<sup>299</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 374–377.

<sup>300</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 378–379.

<sup>301</sup> Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 387–389.

S ohledem na složitost práva i neúměrnou úctu k zakládajícím generacím islámského práva byla zvláště v pozdějších stadiích vývoje normou spíše imitace a následování (*taqlid*) pro jednou již ustavených doktrín „otců zakladatelů“, než vlastní kreativní přístup.<sup>302</sup> Imitace byla samozřejmě vyžadována po nevzdělaných laicích, později se zpřisňováním podmínek výkonu *iğtihādu* i po stále větším okruhu právníků. Vyjma reformistů či některých výjimečných osobností si od 13. století výše již málokdo nárokoval právo na *iğtihād* a debaty odmítající *taqlid* se rozšířily opět až v posledních dvou stoletích, zvláště s ohledem na rychle se měnící podmínky života v moderní společnosti.

Jak již bylo naznačeno, projevuje se *iğtihād* v mnoha formách a podobách (jako *qijās*, *istiḥsān*, *istišlāḥ*, i k *iğmāc* se dospívá kolektivním výkonem *iğtihādu*...). Při hledání normy je třeba ohlížet se nejdříve na Korán a *sunnu* (nejdříve na zjevné významy, poté na skryté, u *sunny* nejdříve na verbální, poté i „skutkovou“ a „konkludentní“ *sunnu*), poté na *iğmāc* a *qijās*. Nenalezne-li *muğtabid* ani poté vhodné řešení, uchýlí se k *istiḥsānu*, *istišlāḥu*, *istiḥābu* atd. *Iğtihād* se tak může projevit ve formě *qijāsu*, též jako úsudek o pravděpodobném řešení (*ẓann*), neexistuje-li obdobný případ, jímž by bylo možno se analogicky řídit, dále může jít o *iğtihād*, jenž vysvětluje a interpretuje existující prameny (*iğtihād bajāni*) nebo konečně *iğtihād istišlāḥi*, jenž je založen na posouzení obecného zájmu (*mašlaḥa*) či preference odlišného názoru v rámci širší analogie (*istiḥsān*).<sup>303</sup>

Na závěr podotkneme, že existují ještě další metody jurisprudence, byť už menšího nebo jen dílčího významu (např. „blokování účinku“ – *sadd ad-ḍarā'ic* – pokud by výsledkem standardního postupu při nalézání normy mělo být řešení vedoucí ke škodlivým následkům, je „zablokováno“, nemůže být účinné<sup>304</sup>). Některé další metody jsou často jen jinak označené postupy výše již zmíněné nebo se s nimi překrývají (např. *ichtijār* – volba mezi pohledy různých právních škol<sup>305</sup>) a všechny můžeme v podstatě podřadit pod široký pojem *iğtihād*.

<sup>302</sup> Calder, N.: *Taqlid*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. X., s. 137.

<sup>303</sup> Podrobněji viz Kamali, M. H.: *Principles...*, s. 379–380.

<sup>304</sup> Viz Izzy Dien, M. Y.: *Sadd al-Ḍarā'ic*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. VIII., s. 718.

<sup>305</sup> Blíže viz Gardet, L.: *Iktijār*. In: *Encyclopaedia of Islam*. Vol. III., s. 1062–1063.