

ZKRESLENÉ PŘEDSTAVY A NEPŘESNOSTI O PRÁVU V MUSLIMSKÝCH ZEMÍCH

Lenka Bezoušková

O islámském právu a o právu v muslimských zemích se stále v českém odborném prostředí píše méně, než by si zasloužily. Některé související otázky tak nejsou vůbec představeny a výsledné vyobrazení pak postrádá plasticitu a barvitost. Absence publikací psaných v českém jazyce, jež by se obšírněji věnovaly šari'ě v širším kontextu, může vést někdy i ke vzniku nejrůznějších zkreslených představ, nepřesností, či dokonce mýtů. Pojednáním o islámském právu bývá často věnováno jen několik stran či odstavců, na nichž je třeba postihnout jen to nejdůležitější, což nutně vede k úspornosti, stručnosti a případně i k nepřesnosti či pouhému vynechání dalších podstatných informací. Mou ambicí je přinést ve svém příspěvku v rámci možností o něco více jasnějších informací a upozornit na méně známé, ale podstatné základní informace, stejně tak jako na obecnější, metodologické aspekty o právu v muslimských zemích. I můj příspěvek bude stručný, poukáže jen na některé aspekty šari'í a jen nastíní základy. Nebude tedy postiženo vše, co by bylo třeba. Na druhou stranu by mělo zaznít to, o čem se málo ví, ale vědět by se mělo.

Nejsou jen čtyři prameny práva

Jednou z prvních oblastí hodnou stručného doplnění by jistě mohla být problematika pramenů. Hovoří-li se o pramenech

šari'ý, pak se tradičně uvádí jako primární (psané) prameny Korán a sunna (představující tradice či hadíthy) a jako sekundární *qijás* a *idžmá'*, i když v případě posledních dvou o žádné prameny *stricto sensu* nejde. Výčet pramenů se tak může zdát jako konečný, taxativní, i když tomu tak není: Pro sunnitskou větev islámu a její jurisprudenci je dále podstatné obyčejové právo ('urf), případně zvyky lidu z Medíny či výroky a/nebo konsensus druhů Prorokových. Vedle toho učenci pracují při dovozování pravidel s různými metodami, označovanými taktéž za „prameny“, jako např. s *istihsánem* a *istisláhem*, které mají společného jmenovatele – zohledňování „veřejného blaha“ a toho, co je „dobré“ či „užitečné“ pro muslimskou společnost. Kromě těchto dvou metod však sunnitští právníci ještě často pracují se *sadd ad-dará'í*, což bychom mohli pravděpodobně nejlépe přirovnat k argumentu kluzkého svahu, či s *istishábem*, pracujícím s presumpcí kontinuity platnosti pravidla za předpokladu, že se nezměnily poměry.¹ Výše uvedené platí pro sunnitskou jurisprudenci, ší'itská používá vedle Koránu i odlišný korpus tradic, do něhož jsou řazeny i zprávy, výroky o (neomylných) imámech pocházejících z rodiny proroka Muhammada (*ahl al-bajt*). Dalším pramenem je pro ší'ity konsensus (je-li do něj zapojen i prorok Muhammad nebo imámové) a rozum (*aql*).

Pluralita právních názorů v rámci islámské jurisprudence

Vrátíme-li se k sunnitským právním školám,² jež lze přirovnat ke směrům sunnitské jurisprudence, pak akceptace a vymezení jednotlivých pramenů (samozřejmě s výjimkou těch primárních) se

¹ Blíže viz např. EBERT, Hans-Georg. *Islamisches Recht*. Hamouda: Leipzig, 2016, s. 73. AUDA, Jasser. *Maqasid al-Shariah as Philosophy of Islamic Law*. The International Institute of Islamic Thought. London: 2008, s. 133.

² V rámci sunnitského islámu pracujeme se čtyřmi přeživšími právními školami – školou hanafijskou, málikovskou, šáfi'ovskou a hanbalovskou.

může lehce odlišovat a míra jejich zohlednění v rámci hierarchie pramenů práva taktéž. Uchopení jednotlivých pramenů, přístupy k interpretaci a práce s primárními prameny byly předmětem debat učenců nejen v prvních staletích islámu a výsledná doktrína je předkládána v jedné z oblastí *fiqhu*, konkrétně v *úsúl al-fiqh* („kořenech“ islámské jurisprudence). Výše uvedené poukazuje jak na pluralitu právních názorů, kterou se islámské právo vyznačuje, tak i na nejednotnost v pojetí pramenů práva, která se zdá být jednou z hlavních příčin plurality právních názorů.

Co většinou v rámci kratších exkurzů do islámské právní kultury zapadá, je právě ona pluralita právních názorů – ať už mezi právními školami, nebo dokonce uvnitř každé z nich. Kromě toho v muslimském světě neexistuje centrální autorita, která by byla nadána pravomocí rozhodnout, co je správný výklad primárních zdrojů, takže se vždy nesetkáme s uniformitou. Pluralita může být minimální na poli náboženských povinností vůči Bohu (v oblasti *‘ibádát*), ale v řadě oblastí mezilidských vztahů je přítomná a lze říci, že je i typická (např. v případě dědického práva). Existence plurality právních názorů nemusí být sama o sobě nějak zajímavou informací pro čtenáře a samotné zmiňování plurality se může zdát být i samoučelné, pokud se zároveň nezasadí do kontextu a neukáže se její praktický dopad. Historicky bylo plurality využíváno v různých obdobích a částech muslimského světa různým způsobem. Studie historických pramenů třeba ukazují, že např. v 15. století v Egyptě existovala obdoba něčeho, co bychom nazvali *forum shopping*: Žalobce si mohl vybrat soud aplikující konkrétní právní školu, aby dosáhl kýženého rozhodnutí. Jinými slovy, v případě existence rozdílných názorů právních škol a v případě existence možnosti volby mezi vícero soudy aplikujícími názory různých právních škol mohl navrhovatel provést volbu soudu tak, aby uspěl se svým návrhem.³ Zároveň nebylo neobvyklé, že vládce vymezil bud

³ AHMED FEKRY, Ibrahim. *Pragmatism in Islamic law. A Social and Intellectual History*. Syracuse University Press, 2017, s. 158, 296, 160.

věcnou působnost šarí'atských soudů obecně (dekretem), nebo ve jmenovací listině konkrétního soudce a uložil mu aplikaci pravidel konkrétní právní školy.⁴ Jiná historická studie ukazuje poměrně flexibilní práci s pluralitou právních názorů, tentokrát ale ze strany soudce: V případě rozvodů manželství (pro dlouhodobou nepřítomnost manžela) na území dnešní Sýrie a Palestiny v osmanském období měl hanafijský soudce poměrně svázané ruce. Hanafijský *fiqh* mu totiž neumožňoval manželství rozvést, jelikož nebyly splněny důvody pro rozvod manželství podle této školy. Jedna z maxim islámského práva však velí, že by se měly sejmout útrapy z věřících a zamezit tak vzniku újmy. Hanafijský soudce tudíž mohl případ postoupit svému šáfi'ovskému nebo hanbalovskému kolegovi, který manželství v souladu se svou doktrínou *fiqhu* rozvedl.⁵ Takových případů je možné v historii nalézt více a s tím, jak se pozornost badatelů začíná upínat stále více ke studiu soudních rozhodnutí a aplikaci práva obecně, lze očekávat ještě barvitější obraz o praktické aplikaci islámského práva v minulosti. I když nelze na základě několika případů generalizovat, minimálně to rozbíjí představu o uniformitě a strnulosti islámského práva.

V souvislosti s prameny je dále vhodné zmínit i to, že primární prameny (Korán a sunna) představují hlavní či božské „zdroje“ správného jednání pro muslimy, ať už v podobě pravidel právních, či neprávních. Vymezení šarí'y a islámské jurisprudence, *fiqhu*, se může odvíjet od postoje konkrétního muslima, či dokonce učence. Řada muslimů nerozlišuje mezi šarí'ou a *fiqhem* a může tak tvrdit, že dané pravidlo spadá do šarí'y, i když je ve své podstatě výsledkem interpretace konkrétního verše Koránu, hadíthu ze sunny či obecně aplikací principů definovaných v metodologii islámské jurisprudence. (Ne)rozlišování mezi šarí'ou

⁴ AHMED FEKRY, Ibrahim. *Pragmatism in Islamic law. A Social and Intellectual History*. Syracuse University Press, 2017, s. 138.

⁵ TUCKER, Judith. *Woman, Family, and Gender in Islamic Law*. Cambridge University Press, 2008, s. 108.

jako „zjeveným právem“ a *fiqhem* jakožto „výsledkem lidského úsilí“ pak může mít zásadní dopad, pokud se zabýváme možnostmi změny pravidla. To platí zejména v případě sunnitského prostředí, kde se (na rozdíl od ší'itského) začal přibližně od 11. století uplatňovat princip *taqlíd*,⁶ podle něhož nejen laik, ale i řadový učenec bez dalšího pouze „slepě následuje“ již formulovaná právní stanoviska právníků předchozích generací a není oprávněn sám užívat *idžtihádu* (což zjednodušeně řečeno znamená usilovat samostatně o hledání právního řešení v případě absence jasného a zřejmého pravidla v primárních zdrojích). Zdánlivě se tak na první pohled stírá rozdíl mezi šari'ou jakožto zjevným právem a *fiqhem* jakožto jeho porozuměním, a tudíž lidským tvůrcem. Bez jejich jasné distinkce však lze jen obtížně uchopit vztah mezi náboženským právem a právem určité muslimské země.

Islámské právo není totéž co státní právo

Jak již to velmi správně uvedl akademik Knapp ve své knize *Velké právní systémy*, je třeba rozlišovat mezi islámským právem a právem muslimských zemí. Jsou to totiž dva systémy pravidel, jež jsou svou povahou odlišné.

Islámské právo, resp. *fiqh*, je vystavěno na pluralitě právních názorů, jak již bylo uvedeno výše. Vládce mohl (jak to dělali např. osmanští sultáni od středověku) výrazně zasahovat do aplikace islámského práva bez ohledu na jeho pluralitu. Např. sultán Sülejmán (vládl v letech 1520–1566) nařídil šari'atským soudům aplikovat hanafijskou právní školu a snažil se o unifikaci soudní praxe, což v některých okrajových částech říše naráželo na odpor, takže třeba na části území dnešní Libye se nadále rozhodovalo podle málikovské právní školy a ani v Egyptě se hanafitizace

⁶ Blíže viz můj příspěvek v časopise *Právník: Několik poznámek k sunnitským právním školám a taqlídu*. *Právník*. 2010, roč. 149, č. 11, s. 1158–1171.

neprosadila. Těžko říci, zda prosazování jedné z právních škol na úkor ostatních lze považovat za jeden z prvních kroků k unifikaci. Každopádně v rámci osmanských reforem *tanzímát* (1839–1876) byly přijaty kodexy s normami pocházejícími z *fiqhu*, a dokonce i přežaty kodexy z evropských právních řádů. Obecně byl přístup ke kodifikaci práva (*taqnín*) zprvu velmi zdrženlivý a rozmohl se až v druhé polovině 19. století a pak především ve století dvacátém. Madžalla (1876), osmanský soukromoprávní kodex vycházející z hanafijského *fiqhu*, tak představuje jistý dějinný přelom, nejen pokud jde o formu, ale i z hlediska obsahu. Stírají se v něm dokonce i rozdíly v právních závěrech hanafijských učenců a je nařízena jeho plošná aplikace, jež pokračovala i po rozpadu Osmanské říše v nástupnických státech.⁷

Situace mimo Osmanskou říši, zejména v zemích pod nadvládou evropských koloniálních mocností, je ještě zajímavější. I zde docházelo z popudu kolonizátorů k „sopisům islámského práva“ a k jejich překladům do evropských jazyků, aby kolonizátoři mohli efektivněji spravovat území. Tak např. arabsky psaný spis *Hidája* od al-Maghínáního (z r. 1197), který je jedním ze stěžejních děl hanafijské právní školy, byl nejdříve r. 1776 přeložen z britského popudu do perštiny, z níž jej pak přeložil Charles Hamilton r. 1791 do angličtiny, aby pak sloužil britské vládě jako referenční zdroj pro učení hanafijské právní školy. Z toho je zřejmé, že při takovém „překladu z překladu“ došlo k transformaci použité terminologie a text doznal změn, aby pak byl aplikován Brity bez ohledu na pluralitu práva. Dalším příkladem je málikovské kompendium *Al-Muhtasar* od Khalíliho (z r. 1365), které bylo nejdříve přeloženo do francouzštiny a z francouzštiny do angličtiny Fitz Herbertem Ruxtonem a publikováno r. 1916 atd.⁸ Výše uvedené ukazuje, že řada muslimských zemí buď započala s kodifikací některých

⁷ Blíže viz můj příspěvek Významné soukromoprávní kodifikace v islámských zemích. In: *Dny práva – 2010 – Days of Law*. Brno: MU, 2010, s. 855–862.

⁸ BUSKENS, Léon. *Sharia and Colonial State*. In: PETERS, Rudolph, BEARMAN, Peri. *The Ashgate Companion to Islamic Law*. Farnham: Ashgate Publishing, 2014, s. 209–221.

oblastí islámského práva sama (jako Osmanská říše), anebo byla nedobrovolně svědkem kodifikací ze strany kolonizátorů. Vedle toho mohly být v muslimských zemích přijaty i zákoníky inspirované evropskými právními řády, docházelo i k přímému přebírání evropských vzorů a zároveň bylo na některých místech (typicky na venkově) nadále aplikováno kmenové obyčejové právo (jak tomu bylo např. v Iráku) a omezeně i koloniální (britské) právo.

Podíváme-li se na dopady plurality právních názorů dnes, pak zmiňme některé případy z oblasti práva personálního statusu, tedy oblasti pokrývající především rodinné a dědické právo. Vliv plurality právních názorů můžeme spatřovat minimálně ve dvou rovinách, konkrétně v rovině legislativní a v rovině praxe. Co se týče první roviny, plurality právních názorů se využívalo při přípravě nových právních předpisů z oblasti rodinného práva s jasným cílem zlepšit postavení ženy, především při uzavření manželství či jeho rozvodu (případně zániku manželství na základě jiné právní skutečnosti). Dělo se tomu již u prvních dekretů upravujících dílčí otázky rozvodu manželství vydaných v Egyptě začátkem 20. století i v případě vcelku komplexní úpravy osmanského rodinného práva z roku 1917. Využívalo se jak minoritních pozic málikovské právní školy, tak i hanbalovské školy, které byly díky použití techniky *tachajjur* (selekce preferovaného právního názoru) vybrány jako nejvíce vhodné a vyhovující poměrům či společenským potřebám. Jiná technika, *talfiq*, zase umožňovala kombinovat dva názory (hypotézy normy) různých právních škol.⁹ Jde-li o praxi, jak již bylo výše uvedeno, rozdílné názory učenců jsou typické pro oblast dědického práva a rozdíly mezi vypořádáním pozůstalosti mezi sunnitskými právními školami a ší'itskými mohou být veliké.¹⁰ Tyto rozdíly vyniknou zejména tehdy, když zůstavitel nezanechá syna, ale „jen“ dcery. Způsob výpočtu

⁹ Blíže viz např. IBRAHIM, Ahmed. Takhayyur, Talfiq. *The Oxford Encyclopedia of Islamic Law (online)*. 2013.

¹⁰ COULSON, N. J. *Succession in the Muslim Family*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971.

dědických podílů podle sunnitského *fiqhu* je oproti ší'itskému pro dcery značně nevýhodný. To má třeba v Iráku vést k tomu, že sunnitští otcové dcer raději „přestoupí“ k ší'itskému islámu, aby byly jejich dcery lépe zaopatřeny.¹¹ Jiný příklad použití plurality právních názorů lze snad spatřovat i při úvaze zákonodárce, jakým způsobem mají být vyplněny mezery v právním předpise, kdy je v úvodních člancích předpisu typicky stanoveno, k názorům které právní školy má být přihlíženo, příp. pořadí právních škol.

Islámské právo a právo státní

Položíme-li si otázku, jaký je vztah náboženského práva a práva státního, pak je vcelku obtížné nalézt jednoduchou a uspokojivou odpověď. Představa, že by se muslimské státy řídily téměř výlučně šari'ou, resp. *fiqhem*, je, jak se zdá, nerealizovatelná. Ve středověkých kompendiích práva nenalezneme odpovědi na všechny otázky, a tak je prostor pro právní úpravu při plném využití *idžtihádu* značný. Úkolem vládce/státu bylo vytvořit vhodné podmínky pro aplikaci islámského práva a určit způsob, jakým má být šari'a vykonávána. To je důsledkem doktríny *sijása šar'ija* (šari'atské politiky), která se vztahuje na všechny vládní politiky bez ohledu na to, zda šari'a (podle názoru učenců) k nějaké státní politice obsahuje jasná a definitivní pravidla, či nikoli. Pro islámské právníky zahrnuje *sijása šar'ija* rozhodnutí a politická opatření ve formě ediktů, zákonů (*qánún*, pl. *qawánín*) apod. Jediným omezením v zásadě je, že taková státní politika nesmí být v rozporu se samotnou šari'ou. Proto jsme se v Osmanské říši setkali nejdříve s nejrůznějšími edikty a nařízeními a následně i s ucelnějšími kodifikacemi práva, ať už se jednalo o kodexy s vybranými pravidly konkrétní či více právních škol nebo převzaté, „sekulární“ kodexy. Kodexy tedy představují nově

¹¹YASSARI, Nadjma. Intestate Succession in Islamic Countries. In: *Comparative Succession Law*. Vyd. II. Intestate Succession, 2015, s. 421–440.

nastolenou uniformitu v právním prostředí a „státní právo“ v tom slova smyslu, že je to státem vybrané a vydané právo, jež bude vynucováno bez ohledu na původ („sekulárního“) pravidla či případný opoziční názor určité právní školy.

Diferenciace mezi náboženským právem a právním předpisem vydaným na základě islámského práva se může zdát nadbytečná či neobvyklá. Rozlišování mezi nimi je ale vhodné z mnoha důvodů. Jak již bylo uvedeno výše, při přípravě právních předpisů může být využito *tachajjuru* a zohledněn minoritní právní názor, který se tak prosadí na úkor ostatních. To pak znamená, že není možné se odchýlit od státem preferovaného názoru, i kdyby se to sebevíc jevilo jako vhodné, odpovídající spravedlnosti atd. Dále může zákonodárce i částečně modifikovat pravidla pocházející z *fiqhu*. Uvedme si příklady především z oblasti rodinného práva, které je i nadále upraveno především pravidly pocházejícími z *fiqhu*, a dobře tak poslouží pro ilustraci změn: Např. při určení otcovství obecně platí, že pokud se dítě narodí po rozvodu či smrti manžela v přiměřené době, považuje se za otce dítěte (bývalý či zesnulý) manžel. V určení, jak dlouhá je přiměřená doba po zániku manželství, se právní školy lišily a byly ochotny připustit, že i dítě narozené po zjevně podstatně delší době, než může z medicínského hlediska těhotenství ženy trvat (i pět let), náleží bývalému či zesnulému manželovi. Stávající kodifikace práva ve větší míře zohledňují poznatky medicíny, odchylují se od názorů raných učenců a zpravidla předpokládají maximální dobu těhotenství v délce nejvýše jeden rok, většinou však devět nebo deset měsíců.¹²

Dalším případem zohlednění minoritního názoru může být trojitě zapuzení jakožto forma jednostranného rozvodu manželství na základě vyřčení formule, která typicky zní: „Zapuzuji Tě!“ (či která

¹² Blíže viz kapitola o domněnkách otcovství. In: BEZOUŠKOVÁ, Lenka. *Když se Touha po rodině nenaplní: úskalí asistované reprodukce v muslimském světě*. Praha: ÚSP AV ČR (v tisku).

obsahuje jiná slova s kořenem t-l-q). Proces zapuzení má svá specifika a není oproti všeobecně rozšířenému názoru otázkou pár sekund, resp. by takovým neměl být. I při rozvodu zapuzením by měl mít muž čas přehodnotit své jednání a vzít zapuzení zpět, byť uplatnění práva na zpětvzetí projevu vůle je časově omezeno. Stručně řečeno, jeden ze způsobů zapuzení neumožňující zpětvzetí je právě trojitě zapuzení, tj. případ, kdy muž vyřkne zapuzení třikrát bezprostředně za sebou. Zapuzení je definitivní a podle některých právních škol není rozhodné, zda byl příčetný či jednal v žertu, pod nátlakem atd. Zákonodárce řady arabských muslimských zemí reagoval na rozšíření trojitěho zapuzení tím, že ho označil za rozvod odvolatelný, tudíž bylo možné i jeho zpětvzetí a manželství nebylo definitivně rozvedeno.¹³

Příklad s určením otcovství a zapuzením demonstroval možnosti výběru pravidel z náboženského práva s cílem uzákonit jako pravidlo závazné pro muslimy v dané muslimské zemi jen jedno z nich. Na následujících případech budu demonstrovat, jak zákonodárce vytváří pravidla nad rámec těch obsažených ve *fiqhu*: Manželství bylo (a je) uzavíráno na základě soukromoprávní smlouvy (ať již byla historicky volena ústní, nebo písemná forma) a zároveň bylo uzavření manželství všeobecně dáno ve známost. Nebylo tedy třeba součinnosti žádného úředníka, ať již při sňatečném obřadu, nebo následně při zanesení do matriky. V Osmanské říši se manželské smlouvy zanašely do soudních registrů a zdá se, že tato praxe byla všeobecně více či méně rozšířená, především ve větších městech. Sultán Sulejman I. (1520–1566) měl vydat říšský dekret, jímž stanovil, že manželskou smlouvu je třeba předložit soudci. Jakkoli tedy manželství vzniklo soukromoprávní smlouvou a samotné islámské právo

¹³ Blíže viz např. AL-AZRI, Khalid. One or Three? Exploring the Scholarly Conflict over the Question of Triple Taláq (Divorce) in Islamic Law with Particular Emphasis on Oman. *Arab Law Quaterly*. 2011, sv. 25, s. 277–296; MINIR, Muhammad. Triple Taláq in One Session: An Analysis of Ipinions of Classical, Medieval, and Modern Muslim Jurists under Islamic Law. *Arab Law Quaterly*. 2013, sv. 27, s. 29–49.

povinnost konzultace, nebo dokonce registrace nestanovovalo, sultán se rozhodl do této osobní sféry svých poddaných zasáhnout. Důvodem mělo být především zajištění důkazu pro případ sporu.¹⁴ Začátkem 19. století osmanské registry již obsahují manželské smlouvy častěji,¹⁵ jelikož jejich registrace se postupně stala mandatorní. Povinnou registraci stanovují v drtivé většině případů i stávající právní předpisy arabských muslimských zemí a jdou tím nad rámec *fiqhu*. Není-li smlouva registrována a jsou-li zároveň splněny podmínky pro uzavření manželství, může být manželství platně uzavřeno podle islámského práva a pár v očích Boha sezdán, ale právní důsledky takového uzavření ve sféře státního práva jsou v tomto případě pouze omezené.¹⁶ Obdobně je tomu i se zapuzením, kdy řada zemí stanovuje právním předpisem povinnost jeho registrace u soudu nebo případně je zapuzení považováno za zahájení řízení o rozvodu manželství. Stejně tak nad rámec pravidel *fiqhu* je stanoven minimální věk pro uzavření manželství jak pro dívku, tak i pro chlapce a takových pravidel bychom mohli jmenovat mnohem více.

Obecně lze říci, že stanovení dalších formálních nebo procesních požadavků je častým způsobem, jak docílit změny pravidel, a příkladů bychom mohli jmenovat mnoho – od předepsání písemné formy poslední vůle, pokud se má předejít popření ze strany dědiců, písemné formy darovací smlouvy, je-li předmětem daru nemovitost (jak to ukládá např. egyptský občanský zákoník), až po omezení polygamie tím, že k uzavření dalšího manželství je třeba předchozího souhlasu soudu, jak to stanoví řada muslimských zemí. Rozlišování mezi islámským právem

¹⁴IMBER, Colin. *Ebu' s-su' ud. The Islamic Legal Tradition*. Stanford: Stanford University Press, 2009, s. 165.

¹⁵Ortaylı dokonce uvádí, že pokud tomu tak nebylo, mohli být partneři předvoláni před soud pro „soužití mimo manželství“. ORTAYLI, İlber. *Ottoman Studies*. Istanbul: Istanbul University Press, 2004, s. 162, 175.

¹⁶Bliže viz např. SONNEVELD, Nadia. Rethinking the Difference between Formal and Informal Marriages in Egypt. In: VOORHOEVE, Maaiké (ed.). *Family Law in Islam. Divorce, Marriage and Women in Muslim World*. London: I. B.Tauris, 2012, s. 77–107.

a pravidly stanovenými státem prostřednictvím právních předpisů se mi tak jeví jako více než vhodné (obzvláště v případě, kdy se nejedná o „pouhý“ výběr jednoho z právních názorů na určitý problém již jen proto, že soudy jsou dnes ve většině případů povinny aplikovat právo určené státem (tj. právní předpisy jím vydané) a uchylovat se k aplikaci islámského práva smí jen omezeně. Tím se dostáváme k podstatné otázce, jaké právo bylo a je aplikováno kterými soudy.

Aplikace práva soudy – ale jakými?

To, co nepoučeného laika (či právníka) jako první napadne o soudech v muslimských zemích, je, že zde působí jen šarí'atské soudy. Otázkou však je, jak definovat a chápat působnost šarí'atského soudu, ať již v minulosti, nebo v současnosti. Pod šarí'atským soudem se zpravidla rozumí soud „náboženský“, tj. soud aplikující šarí'u/*fiqh*, kdy soudce v počátcích a až do „zlatého věku“ islámské jurisprudence mohl používat i *idžtihádu*, byl-li k tomu kompetentní. Ve skutečnosti v Osmanské říši od zhruba 15.–16. stol. soudce aplikoval (až na výjimky) hanfijský *fiqh* a nad rámec toho také nejrůznější právní předpisy vydané sultánem (zákony, edikty, nařízení) a *fatwy*. Pokud bychom měli v minulosti obecně charakterizovat šarí'atský soud, pak se s různými odchylkami a výjimkami jednalo o soud rozhodující právní spory mezi muslimy, příp. spor, kdy jednou ze stran je muslim. Takový spor rozhodoval soudce (*qádí*) jakožto (teoreticky, v praxi však nikoli výlučně) samosoudce, přičemž mělo jít o osobu vzdělanou v šarí'e a *fiqhu*. Soudce byl do své funkce jmenován chalífou/guvernérem, nikoli však nutně na dobu neurčitou, a proti rozhodnutí soudu nebylo v zásadě přípustné odvolání či dovolání (omezeně byla možná autoremedura), jelikož neexistovala formálně víceúrovňová soudní soustava. To samo o sobě ale neznamená, že nebylo možné rozhodnutí zvrátit, obzvláště pokud bylo vydáno zjevně nekompetentním soudcem nebo v rozporu s jasně

stanovenými pravidly Koránu nebo sunny. Možností, jak docílit zrušení rozhodnutí nebo jeho nevykonání, bylo několik, např. podat stížnost k vládci nebo později k soudu mazálím (viz níže) nebo se obrátit na soudce, který převzal úřad po soudci, který případ již rozhodl. Také se zdá, že v praxi docházelo i k odvoláním, byť studií na toto téma je doposud příliš málo na to, abychom mohli generalizovat. Např. D. Powers na základě mikrostudie ukazuje, že v Maroku ve 14. století existovalo odvolání.¹⁷

Dnes nese označení „šarí'atský soud“ typově několik soudů, jež se od sebe ale často podstatně liší. Pro úplnost uvedme, že po druhé světové válce řada zemí „šarí'atské soudy“ zrušila (např. Egypt tak učinil v r. 1955, kdy zrušil všechny náboženské soudy, Tunisko v r. 1956) anebo je začlenila do stávající soustavy státních soudů a označení „šarí'atský soud“ se pro ně přestalo používat. Není ale vyloučeno, že soud ponese název „šarí'atský“, zároveň však bude soudem „státním“ (tj. začleněným do státní soustavy soudů) a aplikujícím státem vydané právní předpisy. Tak je tomu např. v Sýrii nebo Jordánsku. Klíčovou otázkou pak je, kde soudci těchto soudů získávají vzdělání, kým jsou vybíráni a kdo nad nimi vykonává dohled. Tak např. v Jordánsku šarí'atské soudy rozhodují rodinněprávní a dědickoprávní otázky muslimů podle právní úpravy vydané státem, která je však založena na *fiqhu*, dohled nad nimi je pak svěřen vlivné státní instituci Nejvyššího soudního úřadu (*Dá'irat qádí al-qudát*), který vykonává svůj vliv poměrně autonomně. V některých zemích, typicky v Saúdské Arábii, i nadále rozhodují (nikoli však výlučně) šarí'atské soudy na základě *fiqhu*.

Nutno ale říci, že se šarí'atskými soudy se setkáme i mimo muslimské země (a i mimo „západní“ svět): Šarí'atské soudy totiž mohou být příslušnými pro rozhodování v oblasti rodinného a dědického práva i v zemích, kde muslimové jsou tradičně

¹⁷ POWERS, David S. On Judicial Review in Islamic law. *Law & Society Review*. Sv. 26, č. 2, 1992, s. 330–336.

minoritou, jako např. v severní části Řecka, v Libanonu (pro sunnitskou a ší'itskou komunitu zvlášť) a v Izraeli, specifická situace je pak v Gaze a na Západním břehu Jordánu. I v těchto zemích jsou pak aplikovány více či méně kodifikované, státem vydané či uznané právní předpisy, příp. jsou k dispozici „příručky“ usnadňující rozhodování soudcům (např. v Libanonu pro ší'itské soudce).

V řadě muslimských zemí vznikly ještě před kolonizací soudy neaplikující důsledně a výlučně jen šari'u, resp. *fiqh*, označované někdy za „sekulární soudy“, „státní soudy“, „národní soudy“. Počátky můžeme hledat už v době vlády Umajjovců a Abbásovců u soudů *mazálim*. Tyto soudy vznikaly jako soudy stížnostní, kdy bylo možné se obrátit na vládcu pro nespravedlnost, jež měla být stěžovateli způsobena, a mohli bychom je pravděpodobně přirovnat k soudům stížnostním (kancléřským), jak se vyvinuly v Anglii v rámci systému *equity*, paralelního systému ke *common law*. Rozhodováno bylo o stížnostech proti představitelům státní moci pro jejich pochybení či obecně o jakýchkoli podáních. Spory byly rozhodovány samotným chalífou nebo jeho politickým zástupcem, případně i soudcem, jehož vládcu k tomuto účelu jmenoval. Soudy *mazálim* nerušily soudní rozhodnutí šari'atských soudů, nevystupovaly tedy v roli odvolacích soudů, alespoň ne formálně. Věcná příslušnost soudů *mazálim* se lišila v závislosti na rozhodnutí vládcu. Vedle těchto soudů se v muslimské historii objevovaly i další soudy, ať už specializované (typicky vojenské, arbitrážní, daňové, obchodní), ale i obecné, kdy příkladem takovýchto obecných soudů jsou soudy *adlíja* (zvané někdy *nizámíja*), vznikající z „rad“ či „tribunálů“ v 19. a 20. století v některých blízkovýchodních zemích, kdy tyto „rady“ či „tribunály“ existovaly vedle řádných soudů (*mahákim*, sg. *mahkama*). Soudy *adlíja* rozhodovaly podle právních předpisů, nerozhodoval u nich jen samosoudce a proti jejich rozhodnutí bylo možné odvolání (v řadě případů tedy existovala minimálně dvouinstanční soudní soustava). Vedle výše

vedených soudů nám pomyslnou paletu ještě doplňují místy operující kmenové soudy (např. v Iráku, Palestině, Afghánistánu či v jiných oblastech muslimského světa), kde především ve chvíli, kdy centrální moc státu je oslabená, hrají větší roli než „státní“ soudy, případně se na ně lidé obrací se svými spory, protože rozhodování sporů „státními“ soudy je podstatně zdlouhavější.

Islámské právo a právo ústavní

Vraťme se nyní po kratší odbočce od otázek soudnictví k islámskému právu a právu „státnímu“. Vzájemný vztah islámského práva či islámské jurisprudence a státního práva je spletitý. Usuzovat na vliv islámu a islámského práva nelze pouze z názvu státu¹⁸ či jen z preambule ústavy a jejich obecných proklamací o islámu jakožto státním náboženství (i když i to může představovat jisté vodítko), stejně jako z ústavních požadavků náboženské příslušnosti hlavy státu či jiných čelních představitelů. Právníci se typicky soustředí na otázky zakotvení vztahu šari’y k moci zákonodárné, resp. na otázky, zda a jak se předvídá omezení pro zákonodárce při vydávání právních předpisů. Podíváme-li se do ústav muslimských zemí, klauzule o vlivu islámského práva lze označit buď za negativní vymezení, nebo za vymezení pozitivní. Prvním příkladem je pákistánská ústava, jež ve svém článku 227 stanoví, že *„všechny stávající zákony mají být uvedeny do souladu s příkazy islámu, jak jsou dány Koránem a sunnou (dále odkazováno jako na příkazy islámu), a nesmí být vydán žádný zákon, který je v rozporu s těmito příkazy“*. Druhým je ústava egyptská, konkrétně její čl. 2, který od roku 1980 stanoví, že *„islám je státním náboženstvím a arabština úředním jazykem. Principy islámského práva jsou hlavním zdrojem zákonodárství [mabádiá’ aš-šari’a al-islámíja al-masdar ar-ra’isij lit-tašrí’a]“*.

¹⁸ Muslimové představují většinu obyvatel v celkem 46 zemích a jen 10 z nich se označuje za islámské státy (ve svých ústavách).

Zatímco pákistánský „model“ se rozšířil do nearabských zemí, egyptský se ujal v řadě arabských zemí.¹⁹

Co se týče egyptské ústavy, podstatný pro vymezení vztahu obou systémů bude onen čl. 2. Původně byly principy islámského práva „jedním ze“ zdrojů a od roku 1980 pak „hlavním“ zdrojem. Ke vztahu státního a náboženského práva „A. O. Šerif vcelku výstižně říká, že „na jedné straně se ústava sama prezentuje jako základní zákon státu a skutečná vůle suverénního lidu; pročež se stává zákonem umožňujícím [vydání – doplněno aut.] jiných zákonů. Na druhou stranu, odkaz na islámskou šari‘u implikuje (a někdy explicitně uvádí), že existuje vyšší právo nebo právo mající přednost.“²⁰ Ve stejném duchu se vyjádřil i K. Bälz, který ale takové řešení na první pohled označil za paradox a který se dále zamýšlí nad vztahem obou systémů – ústavy (státního práva) a šari‘y. Bälz předkládá tři možné modely jejich koexistence: a) čl. 2 lze interpretovat tak, že na islámské právo je třeba nahlížet jako na „nadzákonnou normu“ (*supra-legislative norm*), kterou přirovnává ke Kelsenově *Grundnorm*, b) pluralistické pojetí koexistence obou systémů, kdy šari‘a je do státem vydávaného práva inkorporována a její pravidla nejsou aplikovatelná, dokud nejsou formálně promulgována jako zákony, a c) poslední variantou je pluralistické pojetí vztahu mezi právními systémy s tím, že oba systémy jsou „radikálně autonomní“. Sám pak poukazuje na snahu egyptského ústavního soudu, jemuž přísluší kontrola

¹⁹ PAROLIN, Gianluca P. Religion and the Sources of Law: Shari‘ah in Constitutions. In: DURHAM, W. Cole, FERRARI, Silvio, CIANITTO, Cristiana, THAYER, Donlu. *Law, Religion, Constitution*. London: Routledge, 2013, s. 89–104.

²⁰ V podrobnostech viz SHERIF, Adel Omar. The Relationship between the Constitution and the Shari‘ah in Egypt. In: GROTE, Rainer, RÖDER, Tilman J. (eds.). *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 125. BÄLZ, Kilian. The Egyptian Supreme Constitutional Court and the „Battle over the Veil“ in State-run Schools. In: DUPRET, Baudoin, BEREGGER, Maurits, AL-ZWAINI, Laila (eds.). *Legal Pluralism in the Arab World*. Hague: Kluwer, 1999, s. 231–232; JOHANSEN, Baber. Relationship Between the Constitution, the Shari‘a and the Fiqh: The Jurisprudence of Egypt’s Supreme Constitutional Court. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*. Sv. 64, 2004, s. 885 an.

ústavnosti, ubránit autonomii sekulárního systému a „získat kontrolu nad autoritativním výkladem islámského práva“. B. Johansen na judikatuře téhož ústavního soudu argumentuje ve prospěch chápání čl. 2 jako článku „v ústavě“, a nikoli „nad ní“. Lze se samozřejmě přít o to, jak nejlépe teoreticky uchopit vztah náboženského a státního práva, stejně tak dobře se lze soustředit na to, jak egyptský ústavní soud sám jeho vztah chápe a jak k němu v rámci kontroly ústavnosti přistupuje.

Podívejme se jen velmi stručně na jeho přístup, abychom ukázali, jak vcelku široce koncipované pole pro působnost „principů islámského práva“ egyptský ústavní soud celkem umně zúžil: Ve své doktríně formuloval první kritérium při kontrole ústavnosti, že článek 2 představuje s ostatními články ústavy organický celek a má být i tímto způsobem vykládán. Za druhé zakázal retroaktivní použití článku na právní úpravy před květnem 1980, tedy okamžikem, než byla novelizována ústava a zákonodárce byl vázán principy šari'ý jakožto „jedním ze zdrojů“, a nikoli „hlavním zdrojem“. Za třetí je třeba rozlišovat mezi „jasnými“ a „neurčitými“ (tj. pro interpretaci otevřenými) pravidly šari'ý,²¹ což umožňuje podstatně širší manévrovací prostor pro soud. Nejzajímavější však je, že takové rozlišování je vlastní ústavnímu soudu navzdory tomu, že je ve své podstatě „sekulárním“ soudem. Právě toto rozlišování mezi oběma druhy pravidel je podstatné pro pochopení argumentace ústavního soudu v řadě jeho rozhodnutí – ať už o přípustnosti zákazu nošení *niqábu*²² na základních nebo středních školách, nebo dovolenosti úroků. Egyptský ústavní soud také nekonstatoval rozpor s principy šari'ý ani u právní úpravy výživného pro rozvedenou ženu, jež

²¹ Pro přehled blíže viz např. SHERIF, Abdel Omar. The Relationship between the Constitution and the Shari'ah in Egypt. In: GROTE, Rainer, RÖDER, Tilman J. (eds.) *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*. Oxford: Oxford University Press, 2012, s. 128–133.

²² Blíže viz např. můj příspěvek *Zákazy niqábu v Egyptě aneb když světský soud interpretuje islámské právo*. *Právník*. č. 6, roč. 156, 2017, s. 523–537.

bylo zákonem stanoveno po delší dobu, než je její „čekací“ doba podle islámského práva (doba, po kterou se žena nesmí po rozvodu nebo smrti manžela znovu provdat), nebo nespátroval protiústavnost ani u jedné z forem rozvodu (tzv. *chul'*), kdy – podle zákona – soud mohl manžele rozvést i bez souhlasu manžela, ačkoli všechny čtyři sunnitské právní školy vyžadovaly jeho souhlas. Právě proto, že ústavní soud začal rozlišovat mezi jasnými a pevně danými pravidly z primárních zdrojů (Koránu a sunny), jež jsou pro soud závazné, a neaplikoval nutně jenom interpretace předchozích generací právníků, umožnilo mu to vyhodnotit přijaté progresivnější právní úpravy jako souladné s čl. 2 ústavy, potažmo s principy šari'í.

Závěrem

Mou snahou bylo nastínit několik aspektů islámského práva a práva muslimských zemí, o nichž se v české odborné literatuře méně hovoří, i když se domnívám, že by se o nich hovořit mělo. Snad se mi podařilo vystihnout to podstatné a zároveň se nedopustit nepřesností. Je dost možné, že se později ve světle nových studií ukáže, že některé mé závěry bude třeba revidovat. Ostatně sama jsem musela některé své představy o islámském právu z počátků svého bádání korigovat. K žádné korekci by však nikdy nedošlo, kdybych nedostala od dr. Masopusta šanci se islámskému právu věnovat „naplno“ na katedře teorie práva. Poskytl mi jakožto vedoucí katedry prostor jak pro zcela svobodné bádání, tak i pro debaty vážné či méně vážné – to když jsme v oblacích cigaretového dýmu oba vzpomínali na Egypt, byť každý z jiného důvodu: Zatímco on si pochvaloval vyšší teploty atakující snad i čtyřicítky, já se těšila, kdy se tam opět vrátím, ale nejlépe během jarních měsíců, kdy jsou teploty o poznání nižší. Musím říci, že toto společné vzpomínání mi docela chybí.