

KARČIĆ

STUDIJE O ŠERIJATSKOM PRAVU I INSTITUCIJAMA



Drugo dopunjeno izdanje

KARČIĆ

FIKRET KARČIĆ | **STUDIJE O ŠERIJATSKOM PRAVU I INSTITUCIJAMA**

Fikret Karčić

STUDIJE O ŠERIJATSKOM PRAVU I INSTITUCIJAMA

Drugo dopunjeno izdanje, 2011.

Prvi put štampano kao *Studije o šerijatskom pravu* (Zenica: Bemust, 1997), str. 201.

Izdavači:

IC *EL-KALEM* - izdavački centar Rijaseta Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini

www.elkalem.ba

CNS - Centar za napredne studije

www.cns.ba

Za izdavača:

Selim Jarkoč

Tehnički urednik:

Ismail Ahmetagić

Urednik:

Ahmet Alibašić

Dizajn:

Tarik Jesenković

Lektor:

Hurija Imamović

Štampa:

BEMUST, Sarajevo

Korektor

Munir Mujić

Za štampariju

Mustafa Bećirović

Copyright © 2011. Fikret Karčić i Rijaset Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini, drugo dopunjeno izdanje. Sva prava pridržana. Ni jedan dio ovog izdanja ne smije se pohranjivati u elektronske baze podataka, umnožavati ili javno reproducirati u bilo kojoj formi bez prethodnog pismenog dopuštenja izdavača, osim u slučajevima stručnih prikaza.

CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

348.97

28-74

KARČIĆ, Fikret

Studije o šerijatskom pravu i institucijama /

Fikret Karčić. - 2. dopunjeno izd. - Sarajevo :

El-Kalem ; Centar za napredne studije, 2011. - 400

str. ; 21 cm

Bibliografske i druge bilješke uz tekst.

ISBN 978-9958-23-280-0

COBISS.BH-ID 18691846

Fikret Karčić

**STUDIJE
O ŠERIJATSKOM PRAVU
I INSTITUCIJAMA**

Drugo dopunjeno izdanje



Sarajevo, 1432. po H./2011. godine

SADRŽAJ

Uvod..... 7

1. ŠERIJATSKO PRAVO

1. 1. Izvorni radovi

Zaštićene vrijednosti u šerijatskom pravu	11
O opštim šerijatskim pravilima	17
Usul-i fikh – metodologija islamskog prava	25
Pravna priroda, mjesto i značaj fetve u šerijatskom pravu	36
O nasljednom pravu predislamskih Arapa	54
Islamsko međunarodno pravo između zaborava i ignorisanja.....	65
Heretička učenja i praksa u svjetlu propisa šerijatskog krivičnog prava.....	72
O pitanju periodizacije historije fikha	86
Stanje šerijatskopravne nauke i prakse u 19. i prvoj polovini 20. vijeka.....	102
Pitanje primjene šerijatskog prava kroz historiju bosanskohercegovačkih muslimana	115
Jedna važna fetva o pitanju iseljavanja bosanskih muslimana u vrijeme austrougarske uprave	132
O uticaju šerijata na predratno jugoslovensko pravo	145
Šerijatsko pravo u ustavima savremenih muslimanskih zemalja ...	166
Od prava do etike: proces modernizacije i reinterpretacija šerijata u BiH	201
Muslimanski pravници i “kvarenje vremena”: instrumenti usklađivanja prava i stvarnosti u fikhu	212

1. 2. *Prijevodi*

Subhi Mahmessani:

Pravni poslovi u šerijatu 219

C. A. Nallino:

Razmišljanje o vezama fikha i rimskog prava..... 242

Muhammed Hamidullah:

Uticaj rimskog prava na fikh..... 255

Ebul Ula Mardin:

Razvoj šerijatskog prava u Osmanskoj carevini 270

Muhammed Abdul Dževad Muhammed:

Razvoj zakonodavstva u islamskom svijetu s
posebnim osvrtom na posljednji period osmanskog hilafeta..... 284

2. ŠERIJATSKE INSTITUCIJE

2.1. *Izvorni radovi*

Medinsko iskustvo..... 303

Služba reisul-uleme kod Bošnjaka 309

Opšti pogled na historijat muftijske službe kod nas 320

Odnos bosanske uleme prema
reformama u Osmanskoj carevini u xix vijeku..... 332

Pitanje javnopravnog priznanja islama u
jugoslovenskim krajevima nakon prestanka osmanske vlasti 345

Glavne tendencije u pravnom uređenju
vakufa u nekim muslimanskim zemljama 1850-1950..... 356

Odnos vjere i historije u modernim
reformističkim pokretima u islamu 373

Ustavnopravno regulisanje odnosa
države i vjere u bliskoistočnim zemljama 380

UVOD

Islamsko pravo (šerijat) predstavlja normativni aspekt islama a islamska pravna nauka (fikh) jednu od najznačajnijih disciplina u kulturnoj historiji muslimana. Život svake muslimanske skupine neodvojivo je povezan sa pridržavanjem šerijata i njegovanjem fikha. Iznevjeravanje šerijata dovodi u pitanje islamski identitet pojedinca i grupe a zanemarivanje fikha otežava ili onemogućava valjano prevođenje naloga Božijega zakona u historijsku stvarnost muslimana.

Historija dodira Bošnjaka sa islamskim pravom duga je koliko i historija ovog muslimanskog naroda. Historijski izvori koji bilježe prve prelaskе na islam među stanovnicima Bosne istovremeno spominju i muftije i kadije, funkcionere zadužene za tumačenje i primjenu šerijatskog prava. Stotinu godina kasnije već nalazimo naše ljude na tim pozicijama i prve radove o islamskom pravu pisane arapskim jezikom, jezikom islamskih disciplina i *lingua franca* muslimanskog svijeta.

Na prijelazu između devetnaestog i dvadesetog vijeka pojavljuju se i prvi radovi o šerijatskom pravu na bosanskom jeziku napisani za potrebe jurisdikcije šerijatskih sudova, koji su nastavili da funkcioniraju i nakon prestanka osmanske vlasti, ili radi opšte publike. U to doba počinje i formuliranje specifične šerijatskopravne terminologije na bosanskom jeziku. Sve do 1946. god., kada su ukinuti šerijatski sudovi, šerijatsko pravo u stvarima ličnog statusa smatrano je specifičnim građanskim pravom Bošnjaka i kao takvo bilo je predmet ne samo islamskih nego i opštih pravnih studija. Državni program ateizacije nakon 1945. doveo je do toga da šerijat izgubi karakter pozitivnog prava za Bošnjake, da se postepeno vrijednosti zaštićene šerijatom zamijene drugim, te da se i samo izučavanje šerijata svede na dio fikha samo unutar islamskih obrazovnih institucija.

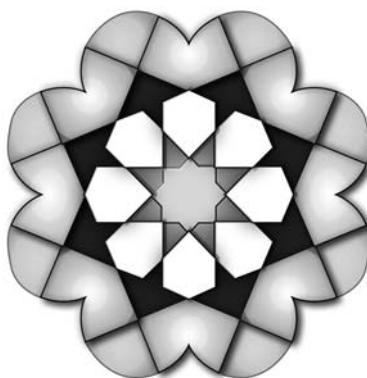
Situacija se promijenila 1970-tih, kada se u nastavni program medresa i novootvorenog Islamskog teološkog fakulteta (danas Fakultet islamskih nauka u Sarajevu) uvelo izučavanje većine grana fikha. Taj proces otvorio je pitanje odgovarajućih udžbenika za đake i studente i istraživanja koja bi omogućila ispunjenje tog zadatka. Zadatak je bio tim teži, posebno za mlade naučne radnike, što je došlo do prekida kontinuiteta izučavanja fikha na domaćim visokoškolskim ustanovama i što je doticaj sa literaturom i posebno periodikom na arapskom i evropskim jezicima bio veoma ograničen. I pored toga od 1970-tih naša islamska periodika bilježi povećan broj priloga iz različitih oblasti fikha.

Jedan dio tih priloga čitalac će naći u ovoj knjizi. To su članci koje je autor napisao ili preveo u periodu dužem od tri decenije (1978 - 2009). Svi ti članci (ukupno 26) tematski su grupisani u dvije cjeline - jednu koja se odnosi na šerijatsko pravo i drugu koja se odnosi na šerijatske ustanove. Unutar prve cjeline radovi su podijeljeni na izvorne i prevedene. Unutar druge cjeline objavljeni su samo izvorni radovi. U radovima su jedino izvršene neophodne jezičke intervencije, tako da ova knjiga ima danas, kada je veliki dio onovremene islamske periodike uništen ili nedostupan, i važan dokumentacioni karakter. Ona također svjedoči o bavljenju šerijatskim pravom u promjenljivim društvenopolitičkim okolnostima na ovom prostoru i refleksijama autora o ulozi islamskog normativnog sistema kroz historiju a posebno u životu jedne muslimanske zajednice na Balkanu.

Sarajevo, maj 2010. /džumade-l-uhra 1431.

ŠERIJATSKO PRAVO

Izvorni radovi



ZAŠTIĆENE VRIJEDNOSTI U ŠERIJATSKOM PRAVU

U glavnim izvorima islamskog učenja moralni principi izraženi su u dva oblika, ili kao samostalne norme ispravnog ponašanja, ili su inkorporirani u propise pravnog karaktera.¹ U ovom saopštenju bavit ćemo se ovim drugim vidom izražavanja moralnih vrijednosti.

U pravnoj teoriji opšteprihvaćen stav je da je pravo sredstvo za ostvarivanje određenih vrijednosti.² Posebna grana pravne filozofije - pravna aksiologija - bavi se definiranjem vrijednosti koje pravo treba da ostvari, njihovom prirodom, međusobnim odnosima, hijerarhijom itd. Odgovor na pitanje koje su vrijednosti zaštićene šerijatom treba, prema tome, tražiti u disciplini usul-i fikh, čiji naziv se može najbolje prevesti kao metodologija islamskog (šerijatskog) prava.³ Metodologija prava razumijeva se ovdje kao disciplina koja proučava metode formuliranja pravnih normi i metode primjene prava. Metodologija šerijatskog prava bavila se tokom historije pitanjima filozofije prava iz dva razloga. Prvo, zbog toga što svaka metodologija prava razmatra filozofske metode saznanja prava. Drugo, zbog toga što su se, nakon tradicionalističke reakcije u IV/X vijeku i kasnijeg isključivanja filozofije iz programa poznatih medresa, filozofska pitanja počela razmatrati u okviru šerijatske discipline usul-i fikh.⁴

¹ Fazlur Rahman, "Islam: Challenges and Opportunities", u: *Islam: Past Influence and Present Challenge*, Edinburgh University Press.

² Radomir Lukić, *Metodologija prava*, Beograd 1979, str. 52-53.

³ Up. Muhammed Hamidullah, "Historie d' Usul Al-fikh chez les Musulmans", *Annales de la Faculte de droit d' Istanbul*, str. 72-91.

⁴ F. Karčić, "Naučni interes za metodologiju islamskog prava", *Glasnik VIS*, br. 3/ 1985, str. 286-287.

Prije nego što prijedemo na pitanje definiranja zaštićenih vrijednosti u šerijatskom pravu, bit će potrebno da damo neke osnovne napomene o samom karakteru šerijata.

I

Termin *šerijat* obično se prevodi kao islamsko pravo ili islamski vjerezakon, ali je potrebno napomenuti da nije riječ o pravnom sistemu u tehničkom smislu riječi već prije o “cjelokupnosti ljudskih obaveza.” Šerijat predstavlja praktično iskazivanje vjere i u sebi objedinjuje propise religijskog, moralnog i društveno-pravnog karaktera. U ovom posljednjem aspektu, šerijat predstavlja osnovu za izgradnju jednog čisto pravnog sistema. Do sada, u oblasti teorije takav poduhvat nije učinjen. Šerijat i dalje obuhvata *jus i fas*, propise svjetovnog i religijskog prava. Kao područje prostiranja njegovih propisa navodi se reguliranje odnosa čovjeka i njegovog Stvoritelja kao i reguliranje međuljudskih odnosa. Islamska vjersko-pravna nauka (*fikh*) definira se kao “poznavanje ukupnih ljudskih prava i obaveza” (*ma'rifa en-nefs ma leha ve ma alejha*) veoma slično rimskoj jurisprudenciji u smislu “poznavanja ljudskih i Božanskih stvari” (*rerum divinarum atque humanorum notitia*).

Polazeći od takvog koncepta, vrijednosti koje podupire i štiti šerijat nisu samo pravna materija, već su istovremeno i temeljne vjerske dužnosti muslimana.⁵ Sami šerijatski propisi imaju više preventivni nego kazneni karakter. Pravnost i protivpravnost nazivaju se u islamu “dozvole i zabrane” (*halal ve haram*). Klasifikacija ljudskih djela (*ef'âl el mukellefin*) izvedena je više po vjersko-moralnom nego striktno pravnom kriterijumu.

Sva djela punoljetnih i razboritih osoba svrstavaju se, kako je poznato, u jednu od slijedećih kategorija: zapovijed (*vadžib*), odnosno *fard*, zabrana (*haram*), preporuka (*nedb*), odvrćanje (*karahet*) i dopustivost (*ibahat*). Zbog uske prepletenosti vjerskih, moralnih i društveno-pravnih propisa u šerijatu nije došlo do razdvajanja mo-

⁵ Omar Jah, “The Characteristics of the Islamic Shariah”, *The Journal MWL*, august 1980, str. 36.

ralnosti i zakonitosti akata, a vjersko-moralne kategorije, kao što je pokajanje (*tevba*) imaju važnu ulogu čak i u krivičnom pravu.

II

Osnovna postavka islamske nauke jeste da šerijatski propisi odražavaju Božansku volju i Pravdu, da su obaveze pravedne, jer potječu od Boga i da se zabrane odnose na djela koja su nepravedna. Razlikovanje pravde (*adl*) od nepravde (*dževr*) vrši se na temelju principa do kojih su došli islamski učenjaci otkrivajući "ciljeve islamskog vjerzakona" (*mekâsid eš-šer'ia el-islâmijje*).⁶

U standardnim djelima usul-i fikha navodi se da je glavni cilj šerijata "postizanje dobrobiti i otklanjanje nereda" (*džalb el-mesalih we dar el-mafâsid*). Neki pravници govore da se radi o jedinstvenom cilju, koji ima dva aspekta, tako da su svi propisi šerijata upravljani "opštem dobru" (*el-hajr el-âmm*). Taj stav posebno zastupaju šafijski pravnik el-Izz ibn Abd es-Selam, hanbelijski pravnik Ibn El-Kajjim el-Dževzi, malikija Ebu Ishak Eš-Šatibi i drugi, a danas ga brane zastupnici tzv. utilitarne jurisprudencije u muslimanskom svijetu.

Ljudska dobrobit (*masleha*), kako se navodi u djelima usul-i fikha, povezana je sa zadovoljavanjem različitih vrsta potreba. Šerijatski pravници dijele te potrebe u tri kategorije: neophodne stvari, potrebne stvari i poželjne stvari.⁷

1. Neophodne stvari (*darûrijât*)

U ovu kategoriju spadaju stvari, odnosno vrijednosti koje su neophodne za održavanje ljudskog društva i poretka u njemu. To su vjera (*din*), život (*nefs*), razum (*akl*), čast (*ard*) i imovina (*mâl*). Neki pravници dodaju i potomstvo (*nesl*). Riječ je o univerzalnim vrijednostima koje moraju biti očuvane "na svakom mjestu i u svakom vremenu." Takve vrijednosti poznaju i štite svi pravni sistemi civiliziranih naroda bez obzira na to

⁶ Majid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, The Johns Hopkins University Press, str. 136-141.

⁷ Abd el-Kerim Zejdan, *el-Medhal li dirase eš-šer'ia el-islamijje, el-Iskenderijje*, str. 46-49.

da li se označavaju kao Božansko pravo, prirodno pravo ili vječno pravo (*ius divinum, ius naturale, lex aeterna*)⁸

Za zaštitu svake od ovih vrijednosti šerijat je odredio posebne ustanove i propise. Vjera se štiti služenjem Bogu (*ibâdet*) i nalogom da se brani ako je onemogućeno njeno iskazivanje. Život se štiti krivično-pravnom odredbom o talionu, zabranom samoubistva i obavezom otklanjanja opasnosti koja prijete pojedincu ili društvu. Razum se štiti zabranom uzimanja opojnih pića i droga. Potomstvo se štiti odredbama o zakonitom braku kao osnovi porodičnog života, zabranom izvanbračnih spolnih odnosa i protivprirodnog bluda. Čast se štiti propisima o kažnjavanju klevetnika, a ti propisi su posebno strogi kada je u pitanju neosnovana optužba za blud. Imovina se štiti propisima o obavezi njenog sticanja na zakonit način, propisima o zabrani krađe, zabrani kamate (*riba*), stavljanju pod starateljstvo lica koja ne mogu da se brinu za zaštitu svojih interesa itd.

2. Potrebne stvari (*hâdžijât*)

U ovu kategoriju spadaju stvari koje omogućavaju ljudski život bez poteškoća. Zapostavljanje tih potreba ne bi uništilo poredak u ljudskom društvu, ali bi život učinilo težim i tjeskobnim. Zbog toga su dozvoljeni određeni akti koji predstavljaju odstupanje od važećih pravila. Bolesniku je dozvoljeno da ne posti ako to ugrožava njegovo zdravlje, dozvoljen je razvod braka iako je to "Bogu najmrži halal", dozvoljena je prenumeraciona kupoprodaja (*selem*), iako načelno nepostojeća stvar ne može biti predmet pravnog prometa, propisana je kompenzacija (*dije*) u slučaju ubistva iz nehata kao obaveza agnatskim srođnicima ubice iako ih toga mogu osloboditi srođnici ubijenog itd.

3. Poželjne stvari (*tahsînijjât*)

U ovu kategoriju spadaju stvari koje pridonose ustanovljenju lijepih običaja među ljudima i izgradnji visokog morala. Njihovim

⁸ Subhi Mahmassani, *Felsefe et-tešri' fi el-islam* (prijevod na engleski: *The Philosophy of Jurisprudence in Islam*), Leiden, 1961, str. 49.

odsustvom gubi se kvalitetčnosti i pogoršavaju se međuljudski odnosi. Šerijat je zbog toga propisao čistoću tijela i odijela, oblačenje najljepšeg odijela kada se ide u džamiju, lijepo ophođenje, poštivanje starijih i blagost prema mlađima, zabranio ulazak u pravni posao između dva lica koji je u toku itd.

Pored ovog uobičajenog definiranja pojma dobrobit u priručnicima metodologije islamskog prava postoje i za nijansu drukčiji pristupi. Marokanski mislilac Allâl el Fâsi navodi da je opšti cilj šerijata civiliziranje zemlje, očuvanje i unapređenje pokreta života, poboljšanje položaja ljudi. Taj se cilj označava terminom *islâh* (popravljanje prilika, stvaranje sreće i blagostanja, uspostavljanje reda).⁹ Drugi poznati malikijski pravnik našega vijeka Muhammed et-Tahir ibn Ašur, nekadašnji rektor Univerziteta Zejtuna u Tunisu, ovako definira glavni cilj šerijata: očuvanje poretka u svijetu i unapređenje njegovog dobrog stanja. To se postiže očuvanjem blagostanja ljudskog roda kome je ovaj svijet dat na odgovornost. Čovjek je odgovoran za svoj razum, praksu i sudbinu drugih stvorenja koja žive na ovom svijetu.¹⁰ Nasuprot stvaranju reda i poboljšanja prilika stoji *fesâd* (nered, pokvarenost, nemoralnost), odnosno u terminologiji usul-i fikha *mefâsid*.

Šerijatski pravници su se bavili pitanjem prioriteta između postizanja dobrobiti i otklanjanja nereda. Formuliran je princip da u većini slučajeva otklanjanje štete ima prednost nad postizanjem koristi (*der' el- mefâsid evlâ min dželb el-mesâlih*). U slučaju kolizije ciljeva, šerijat daje prednost poštivanju zabrana nad poštivanjem naredbi.¹¹

III

Utvrđivanje zaštićenih vrijednosti u šerijatskom pravu ima dvojaku važnost: za proces stvaranja, odnosno formuliranja normi i za kritiku postojećih normi.

U postupku samostalnog tumačenja glavnih izvora šerijata (*idž-tihad*) opšti ciljevi islamskog vjerzakona, odnosno zaštićene vri-

⁹ Allal el-Fasi, *Mekasid eš-šeri'a el-islamijje*, ed-Dar el-bejda, str. 41-43.

¹⁰ Es-Sejjid Muhammed Et-Tahir ibn Ašur, *Mekasid eš-šeri'a el-islamijje*, Tunis, 1366, H., str. 63. i dalje.

¹¹ Abd el-Kerim Zejdan, *op.cit.*, str. 100-101.

jednosti, imaju funkciju rukovodećih principa. Novoiskrsli slučajevi treba da se reguliraju na takav način da te vrijednosti budu uvažene u najvećoj mjeri. Za Allal el-Fasija “ciljevi islamskog vjerzakona” su materijalni izvori šerijatskog zakonodavstva. Propis koji se putem njih formulira ima karakter šerijatskog propisa (*el-hukm eš-šer’î*), odnosno Božijeg naloga.¹²

Postojeće norme koje je islamska vjersko-pravna nauka formulirala treba preispitati u svjetlu uvažavanja glavnih ciljeva i zaštićenih vrijednosti. Ciljevi šerijata i zaštićene vrijednosti imaju funkciju instrumenata i kriterijuma “šerijatskopravne politike” (*es-sijâse eš-šer’ijje*). U tom trenutku treba se prisjetiti čuvenog iskaza Ibn el-Kajjima el-Dževzija:

“Šerijat je utemeljen na mudrosti i dobrobiti ljudi na ovom i budućem svijetu. U svojoj cjelokupnosti on je pravda, milost, dobrobit i mudrost. Svaki propis koji bi pravdu izokrenuo u nepravdu, milost u nemilost, dobrobit u štetu, a mudrost u poigravanje ne spada u šerijat makar u njega bio dospio putem tumačenja. Šerijat je Božija pravda i milost među ljudima.”¹³

Šerijatska aksiologija ima poseban značaj za muslimane koji žive u sekularnim društvima. U tim državama šerijat uglavnom nema karakter pravne norme, odnosno norme sankcionirane imperijumom državne vlasti. U takvoj situaciji, na svijest i ponašanje muslimana jedino mogu efikasno da utječu moralni segmenti sadržani u šerijatskim normama, vrijednosti koje norme štite i opšti ciljevi islamskog vjerzakona. Gubitkom pravne sankcije, šerijat, da parafraziramo J. S. Milla, gubi samo instrumente za osiguranje donje granice ljudske savršenosti, to jest pravne zakone. Gornju granicu ljudske savršenosti odražavaju moralni zakon.

Izvor: *Zbornik radova trećeg simpozija 1410/1990*,
Zagrebačka džamija, 1991, str. 151-156.

¹² Allal el- Fâsî, *op. cit.*, str. 41.

¹³ Abd el-Kerim Zejdan, *op. cit.*, str. 49. Subhi Mahmessani, *op. cit.*, str. 106.

O OPŠTIM ŠERIJATSKIM PRAVILIMA

U razvoju svakog prava uočava se proces postepenog uopštavanja. Započinje se s normama koje reguliraju pojedinačni slučaj da bi se došlo do opštih normi koje reguliraju neodređen broj slučajeva iste vrste. U tom procesu se izgrađuje i pravni pojmovni aparat. Polazi se od korištenja pojmova pozajmljenih iz svakodnevnog govora da bi se došlo do izvedenih pravnih pojmova. Da bi jedno pravo moglo efektivno da regulira stvarnost, ono mora predstavljati sistem hijerarhijski uređenih normi. U izgradnji svakog sistema dolazi se do situacije u kojoj je moguće i potrebno čitav niz normi izraziti jednom normom većeg stepena opštosti. Do ovih normi, koje se nazivaju opštim pravnim pravilima (*regulae iuris*), dolazi se induktivnim putem. One pomažu da se na kratak i jasan način iskaže smisao niza normi koje pravilo u sebi obuhvata. Formuliranje opštih pravnih pravila znak je zrelosti određene pravne nauke i do njega se dolazi u vrijeme kada se vrši logička sistematizacija pravnog materijala do koga se došlo u formativnom periodu jurisprudencije.

U nauci šerijatskog prava opšta pravna pravila se nazivaju *el-kavâid el-kullijje*. Njima su sistematski posvetili pažnju pravници koji su na sebe uzeli zadatak davanja završnog oblika naporima velikih pravnikâ koji su načela i propise Kur'ana i Sunneta prevodili u elemente pravnog sistema. Opšta šerijatska pravila obrađivana su u djelima pod naslovom *el-ešbâh ve en-nezâir*. Ova pravila su našla mjesto u poznatoj kodifikaciji šerijatskog prava objavljenoj pod imenom *Medželle-i ahkâmi adlijje (šer'ijje)* koja je sa podnaslovom "Otomanski građanski zakon" izdata u prijevodu na bosanski jezik u Sarajevu 1906. godine.

Opšta šerijatska pravila imaju istu funkciju kao i identične pravne konstrukcije u drugim pravilima. U uvodu *Medželle* se kaže:

“Ali potanski ispitatelji pravničkih pravila sveli (slili) su pravnička pravila (pitanja) u neka opšta pravila (načelna), koja čine temelj, kojim se ostala pravila dokazuju i koja se opšta pravila drže za priznata u pravničkim knjigama, tako da svako to opšte pravilo obuhvaća i sadrži u sebi više pravničkih pitanja (rješidba za ista pitanja).

Ako se najprije ta opšta pravila zapamte, onda će se lahko priljubiti pameti posebna pitanja kojih rješenje je u njima sadržano, pa će opšta ta pravila biti sredstvo da se ta pravna pitanja u pameti tvrdo (duboko) smjeste.

...Makar da imade iznimaka od ovih opštih pravila, kad se svako posmatra za sebe (na pose) neće to kvariti njihove općenitosti ako se ona posmotre ukupno (u cijelosti) jer jedna od njih ograničuju i poblize opredjeljuju druga” (str. 5).

Slično su o pravnim pravilima pisali i rimski pravnici. U Digestama je navedeno Paulusovo mišljenje:

“Pravilo izlaže stvar ukratko, i, kako kaže Sabinus, predstavlja neku vrstu sažimanja njene suštine; ali ako bi se time štetila suština, pravilo gubi svoje opravdanje” (D. Stojčević - A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, Beograd 1980., str. 352).

“Pravno pravilo je ono što određenu stvar ukratko *izlaže*, ali to ne znači da iz pravila treba izvoditi pravo, nego da pravilo nastaje iz prava koje postoji” (Isto, str. 436).

“Svako pravilo dopušta svoje izuzetke” (Isto, str. 341).

I za šerijatske pravnike iz pravnih pravila se nije moglo izvoditi pravo. Muftije nisu mogli izdavati fetve isključivo na temelju *el-kava-id el-kullijje*. Ova pravila su služila da se bolje razumije duh propisa koji reguliraju jednu oblast.

Ovu funkciju opšta šerijatska pravila imaju i u situaciji kada šerijat nema karakter pozitivnog prava, već predstavlja lični vjerski i moralni kodeks sljedbenika islama. Zbog toga što ne insistiraju na pojedinačnom i pravnotehničkom, opšta pravila upravo u takvim okolnostima zadržavaju svoju punu aktualnost.

U ovom tekstu bit će donijeto nekoliko takvih pravila sa kraćim objašnjenjima. Kao izbor će nam poslužiti prijevod *Medželle*, mada

je njegov jezik zastario, i knjiga iračkog pravnika Abdul Kerima Zejdana *Uvod u izučavanje šerijatskog prava (El-medhal li dirase eš-šeri'a el- islamijje, el-Iskenderijje,(-), str. 90-105).*

1. Kad postoji “nass” nije dopušten “idžtihad” (لا مساع للاجتهد في معرض النص)

Smisao ovog pravila je da o pitanjima o kojima postoji izričiti tekst šerijata nema mjesta samostalnom izvođenju propisa iz zakonskih izvora. Ovo pravilo je sadržano u čl. 14. *Medželle* u slijedećem obliku: “Nema mjesta pravničkom ispitivanju (mišljenju učenih pravnika, tumačenju) ondje gdje je nešto tako jasno rečeno da ne trpi izvrtnja”.

Primjer: Po izričitom tekstu šerijata (*nass*) zabranjena je kamata (*ribâ*). Nije dozvoljen idžtihad koji bi kamatu dozvolio.

Tumač prava, dakle, ne može ići mimo očiglednog značenja zakonskog teksta. Svako tumačenje koje bi, motivirano iznalaženjem “duha zakona”, izrazilo smisao suprotan zakonskom tekstu predstavljalo bi, ustvari, samo duh tumača.

2. Pravni poslovi se prosuđuju prema namjerama subjekata (الأمر بمقاصدها)

Smisao ovog pravila je da po šerijatu jedan posao ima onu posljedicu koja odgovara svrsi koja se tim poslom htjela postići kao što se navodi u čl. 2 *Medželle*. Ovo pravno pravilo se zasniva na glasovitom hadisu: “Djela se prosuđuju prema namjerama...”.

Primjer: Pronalazač izgubljene stvari smatra se njenim depozitarom (čuvarom) ukoliko je prilikom uzimanja u posjed imao namjeru da je čuva i vrati vlasniku. U tom slučaju neće biti odgovoran ukoliko izgubljena stvar propadne dok je u njegovom posjedu, ako do toga ne dođe zbog njegova djelovanja ili nedjelovanja. Međutim, ako pronalazač ima namjeru da pronađenu stvar posvoji, a ona se u njegovom posjedu ošteti ili propadne, on u svakom slučaju za to snosi odgovornost. Ovom šerijatskom pravnom pravilu odgovara latinska

maksima *Affecto tua nomen imponit operi tuo* (Tvoja namjera određuje karakter tvome djelu).

3. Po pravilu, čovjek je prost od svake obaveze (الأصل براءة الذمة)

Smisao ovog pravila, koje je u citiranom obliku sadržano u čl. 8. *Medželle*, jeste da se svako lice smatra oslobođenim od tuđih zahtjeva sve dok se ne dokaže suprotno. Ovo je osnovno pravilo u metodologiji primjene islamskog prava: u načelu se smatra da je čovjek bez obaveza sve dok se ne dokaže postojanje obaveze u konkretnom slučaju. Ovo pravilo dominira ustanovom odgovornosti u šerijatskom građanskom pravu (*muamelat*), dok se u šerijatskom krivičnom pravu (*ukubat*) manifestira kao pretpostavka nevinosti.

Primjer: Ako Zejd upropasti tuđu imovinu, pa između njega i Amra, vlasnika imovine, nastane spor o visini oštećenja, uvažit će se tvrdnja nanosioca štete Zejda. Vlasnik imovine treba dokazati razliku oštećenja iznad onoga što štetnik prizna i što sam zahtijeva.

4. Ono što je zabranjeno primati, zabranjeno je i drugome davati (ماحرم أخذه حرام إعطاؤه)

Prema ovom pravilu, jednako je zabranjeno davanje harama drugome kao i uzimanje harama od drugog. Ovo pravilo je sadržano u čl. 34 *Medželle*. Primjer: I davanje i primanje mita je zabranjeno i Božiji Poslanik je rekao: “Allah je prokleo onoga ko mito uzima i ko ga daje”.

Zabrana harama je potpuna.

5. U ugovorima su mjerodavni motivi i značenja a ne riječi i forme (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)

Ovo pravilo je sadržano u čl. 3 *Medželle* a znači da se u ugovorima pravne posljedice vezuju za stvarne motive stranaka i značenja njihovih riječi, a ne za upotrijebljene forme. To ne znači opće odbacivanje važnosti riječi koje su stranke u jednom pravnom poslu upo-

trijebile. Zato se prvo gleda na vanjsko značenje riječi koje su stranke upotrijebile pa ako se to značenje ne podudara sa značenjem koje su stranke imale na umu ide se ka namjeravanom značenju a ostala se zanemaruju. Namjera stranaka saznaje se iz okolnosti povezanih sa pravnim poslom.

Primjer: Kad Zejd kaže Amru: “Poklanjam ti kuću za hiljadu di-rhema”, a Amr to prihvati, postoji ugovor o kupoprodaji premda su upotrijebljeni izrazi ugovora o poklonu (*vehebtu – kabiltu / poklanjam - primam*).

6. Ne može se pripisati nikakva izjava čovjeku koji šuti, ali je šutnja jednaka izjavi u okolnostima kada je izjava bila neophodna (لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان)

Ovo pravilo je sadržano u čl. 67 *Medželle*, a znači da se svaka šutnja ne smatra odobravanjem, nego da to značenje ima onda kada je izjašnjavanje određenog lica bilo nužno.

Primjer: Kad Zejd uništi imetak u prisustvu vlasnika a vlasnik šuti, njegova šutnja se ne smatra dozvolom za uništenje imetka. Vlasnik nije dužan da se izjašnjava o protivpravnom aktu.

Kad Zejd ostavi imovinu kod Amra rekavši mu: “Ovo ti ostavljam kao amanet”, a Amr šuti, smatra se da se potvrdno izjasnio pošto mu je upućena ponuda za sklapanje ugovora o ostavi. Iz tog razloga ugovor se smatra sklopljenim.

U pogledu pravnih posljedica šutnje, šerijatsko pravo se razlikuje od rimskog prava gdje važi pravilo: “*Qui tacet consentire videtur ubi tractatur de eius commodo*” (Ko šuti smatra se da se slaže, ako se radi o njegovim interesima).

7. Ono što je sigurno ne može se poreći sumnjom (اليقين لا يزول بالشك)

Ovo pravilo je sadržano u čl. 4. *Medželle*, a znači da stanje koje je utvrđeno s izvjesnošću ne može da se ospori osim s drugim jednako valjanim dokazom.

Primjer: Ko zakonski ima u vlasništvu jednu stvar, imat će to pravo sve dotle dok se ne dokaže da je pravo vlasništva prestalo na jedan od zakonom propisanih načina. Na važenju ovog pravila zasniva se pravna sigurnost u odnosima uspostavljenim među ljudima.

8. Zabranjeno je štetu činiti a isto tako i učinjenu štetu štetom odvrćati (لا ضرر ولا ضرار)

U čl. 19 *Medžella* je reproducirala poznati hadis Božijeg Poslanika kao jedno od opštih pravila šerijatskog prava. Smisao ovog pravila je da nikome nije dozvoljeno da nanese štetu drugom ni u pogledu ličnih ni u pogledu imovinskih prava. Isto tako zabranjeno je na štetu štetom uzvrćati. U slučaju protivpravnog oštećenja prema počiniocu se preduzimaju zakonske mjere. Šerijat ne dozvoljava samovlasno namirenje.

Primjer: Ako Zejd uništi Amrovu imovinu, Amru nije dozvoljeno da uništi Zejdovu imovinu već da se obrati sudu radi namirenja.

9. Nužda čini dozvoljenim ono što je zabranjeno (الضرورات تبيح المحظورات)

Ovo pravilo sadržano je u čl. 21 *Medželle*, a predstavlja neophodan korektiv za usaglašavanje prava i stvarnosti. Ono što je zabranjeno postaje dozvoljeno u situaciji koja se po pravu (a ne proizvoljno) karakterizira kao “nužda” i to samo u obimu koji odgovara veličini nevolje. Međutim, ono što je dopušteno iz nekog izvinjujućeg razloga prestat će biti dopušteno kad nestane takvog razloga kaže dalje *Medžella* (čl. 23).

Primjer: Ako Amru prijete smrt od gladi ili žeđi, dozvoljeno mu je da jede i pije ono što je inače zabranjeno u mjeri koja je potrebna za očuvanje života.

Gotovo istovjetno pravilo postoji u rimskom pravu: *Quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum*” (Što nije po zakonu dozvoljeno, nužda čini dozvoljenim).

10. Nije dopušteno nikome da raspolaže tuđom imovinom bez dozvole vlasnika (لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه)

Ovo pravilo je sadržano u čl. 96 *Medželle*, a ima za cilj zaštitu lične svojine pojedinca. Upravljanje tuđom imovinom bez dozvole vlasnika nije dozvoljeno kao što je nevaljana i svaka naredba koju bi neovlašteno lice uputilo trećim licima u pogledu upravljanja tuđom imovinom.

Primjer: Zejdu nije dozvoljeno da koristi susjedov zid bez njegove dozvole.

Ako neko ošteti tuđu imovinu izvršavajući nalog nezvanog poslodavca, odgovara za učinjenu štetu. Ukoliko mu nije bilo poznato da nalogodavac nije vlasnik imovine, također je odgovoran za štetu, ali ima pravo naplate (*rudžu*, regres) od neovlaštenog poslodavca. Ako neko koristi tuđu imovinu pod prinudom, ne odgovara za štetu koju pri tome pričinjuje.

11. Za prijestupe nerazumnih ne odgovara njihov vlasnik (جناية العجاء جبار)

Ovo pitanje je sadržano u čl. 94. *Medželle*. Šteta koju pričinje životinje (bez ljudskog sudjelovanja) izjednačena je sa djelovanjem više sile. Vlasnik odgovara za štetu koju njegove životinje počine samo ako je ta šteta nastupila kao posljedica njegovog činjenja ili propuštanja.

Primjer: Ako Zejd veže konja na određenom mjestu, pa konj povrijedi tuđeg konja, Zejd nije odgovoran.

Ali, ako Zejd pusti svoje stado u tuđe usjeve ili čuvajući ga ne spriječi ulazak u tuđe usjeve i njihovo uništavanje, Zejd je odgovoran za pričinjenu štetu. U prvom slučaju odgovara se na osnovu učinjenog prijestupa a u drugom zbog propuštanja dužne pažnje.

12. Uz dobitak ide i gubitak (الغرم بالغنم)

Ovo pravilo je sadržano u čl. 87. *Medželle*. Njegov je smisao da ono lice kome pripada dobit od stvari treba da snosi i terete koji uz

nju idu. Tako suvlasnici dijele i dobiti i štetu srazmjerno suvlasničkim dijelovima.

Primjer: Taksu prilikom prijenosa vlasništva nekretnina (*tapu*) snosi kupac pošto on izvlači korist od ovog prijenosa.

Identično pravilo postoji u rimskom pravu: "*Quisentit commodum sentire debet et onus*: (Ko uživa korist, treba da snosi i teret).

Izvor: *Islamska misao*, br. 73/1985, str. 5-7.

USUL-I FIKH – METODOLOGIJA ISLAMSKOG PRAVA

Metodologija prava je disciplina koja izučava metode prava i to metode saznanja prava (naučne i filozofske) i metode pravne tehnike (stvaranja i primjene prava). Pojednim pitanjima koja spadaju u domen metodologije prava, pravna nauka se bavila još od svoga početka. To bavljenje je bilo nesistematsko i uzgredno. Pošto je od antičkog doba glavni metod pravne nauke bio dogmatički, to se teorija tumačenja razvila do zavidnog stepena. Međutim, u svijetu izgrađenom na temeljima koji obrazuju kulturu Zapada (grčka filozofija, rimsko pravo, kršćanstvo) metodologija prava kao posebna disciplina razvija se tek u posljednje vrijeme. Opće interesovanje za metodologiju društvenih nauka potaknuto je nakon Drugog svjetskog rata, pa se u tom okviru pojačao i interes za metodologiju prava. Posebna pažnja posvećuje se realnim metodima (sociološki i njemu srodni) a u polje interesiranja pravne nauke ulaze i logičko-semantički problemi).¹⁴ Od kraja 2. i početkom 3. vijeka islama (8-9. vijek po Isâu) među islamskim naukama postoji samostalna disciplina *usul-i fikh* (temelji pravne nauke). U odnosu na predmet izučavanja ova disciplina odgovara savremenoj metodologiji prava. Profesor Muhammed Hamidullah izričito navodi da se ni kod jednog naroda prije islama, uključujući Grke, Rimljane, Kineze, Indijce, Egipćane, Babilonce, Feničane, Perzijance i druge, ne može naći pravna disciplina koja bi se bavila filozofijom prava, izvorima, metodima zakonodavstva, tumačenja i slično, što su muslimani nazvali *usul-i fikh* a moderna pravna nauka metodologijom prava.¹⁵

¹⁴ Radomir D. Lukić, *Metodologija prava*, Beograd 1979, str. 30-33.

¹⁵ Muhammed Hamidullah, u knjizi *Hel lil-kanun er-rumi tešir ala el-fikh el-islami* (Da li je rimsko pravo uticalo na islamsku pravnu nauku), Bejrut 1973, str. 77, bilj. 1.

U ovom tekstu, nastojaćemo obrazložiti konstataciju profesora Hamidullaha pružajući osnovna obavještenja o nastanku metodologije islamskog prava, njenom predmetu i pravcima razvoja, te ukazati na značaj obrazovanja samostalne discipline koja izučava metode prava u cjelini islamskih nauka.

I

Važna okolnost za razumijevanje nastanka discipline *usul-i fikh* je način izgradnje islamskog pravnog sistema. *Fikh* - pravni sistem islama - izgrađen je intelektualnim naporima pravnika usmjerenim tumačenju i prevođenju u stvarnost naloga islamskog Zakona (*Šerijat*). Šerijat ima izvor u Božijoj objavi izraženoj riječima i smislom (Kur'an), ili samo smislom (Sunnet) i čini vječni dio islamskog pravnog sistema. Ljudski pokušaj tumačenja islamskog Zakona i nastojanja da se iz njegovih opštih propisa i načela izvedu pojedinačni i detaljni propisi uopćeno se naziva *idžtihad* ili *fikh* pojedinih pravnika. Pošto je u određenim historijskim uvjetima prećutno obustavljeno samostalno tumačenje islamskog Zakona, to je cjelina ličnih pokušaja razumijevanja šerijata objektivizirana i pretvorena u sistem. Taj sistem, po svojoj prirodi, predstavlja tzv. pravničko pravo i naziva se pravna nauka ili jurisprudencija, odnosno *fikh*. Činjenica da su se ove cjeline propisa primjenjivale kroz historiju i tako predstavljale pozitivno pravo omogućava da ih označimo i kao sistem prava.

Nakon smrti Božijeg Poslanika muslimanski pravници su se našli u delikatnoj situaciji: pred njima je bila Božija Knjiga i Sunnet Božijeg Poslanika a njihov zadatak je bio pravno zahvatanje velikog broja slučajeva, koji su se pojavili naglim širenjem islama i prihvaćanjem Božije vjere od strane stanovništva osvojenih teritorija. Put je bio u tumačenju izvora, dosezanju ciljeva zakonodavstva, protezanju postojećih propisa na novoiskrsle slučajeve. Pri tome su uvijek imali na umu: Zakonodavac u islamu je Allah džele šanuhu, Savršeni Tvorac svega postojećeg, a oni su samo nesavršeni ljudi, koji svojim skromnim znanjem pokušavaju dosegnuti Njegovu

Volju.¹⁶ Svijest o veličini posla i bojazan da se ne bi reklo o Božijem Zakonu nešto proizvoljno ili pogrešno imali su za posljedicu da muslimanski pravници pokažu besprimjernu pažnju pri tumačenju tekstova, klasifikaciji propisa, izvođenju opštih pravnih pojmova, razumijevanju odnosa tekstova koji se tiču iste materije i slično.

Kada je jednom uočena važnost ovih pitanja i kada je bilo jasno da ispravni metodi u najvećoj mjeri jamče ispravne zaključke, bio je već otvoren put i posebnoj disciplini koja će se time i baviti.

Tumačenje (jezičko i logičko) će biti jedna od najvažnijih tema ove discipline i tradicionalno će se izlagati u kasnijim djelima pod naslovom *vudžuh dilale el-edille* (značenja izvora). Napori muslimanskih pravnika na području tumačenja imat će svoj izraz u dosljedno izvedenim diobama izraza upotrijebljenih u šerijatskim izvorima s obzirom na jasnoću značenja, zatim u utvrđivanju logičko-pravnog karaktera propisa izvedenih iz tekstova različitog stepena jasnoće, u teorijskoj razradi pitanja specijalizacije značenja opštih izraza upotrijebljenih u šerijatskim izvorima, pitanju abrogacije i slično.

Druga tema *usul-i fikha* su izvori islamskog prava (*el-edille eš-šer'ijje*). Muslimanski pravници riješili su pitanje hijerarhije izvora, teorijski obrazložili pravnu utemeljenost svakog pojedinog izvora, pravnu prirodu propisa koji potiču iz različitih izvora i tako dalje.

Treća tema *usul-i fikha* je pitanje pravnih propisa (*el-ahkam*). Poznate su podjele pravnih propisa s obzirom na njihovu sadržinu na propise koji se tiču ljudskih obaveza i ljudskih situacija. S obzirom na logičku i moralnu prirodu, muslimanski pravници su propise podijelili na stroge zapovijesti, stroge zabrane, preporuke, odvrćanja i prepuštanja slobodnom izboru. Ova podjela ukazuje na sadržinsku speci-

¹⁶ I u metodologiji prava koja se ne zasnivaju na Božijoj Objavi (tzv. ljudska prava) pri tumačenju se koristi "pretpostavka o savršenosti tvorca prava". Pretpostavlja se da je tvorca norme idealno biće koje savršeno poznaje ljudsko društvo, pravo i njegove mogućnosti, jezik, logiku i pravnu tehniku. Tumač je svjestan da je ova pretpostavka netačna, ali je koristi da bi ga potakla da napregne sve svoje sile i zamisli konkretna rješenja "savršenog" tvorca i sam ih ostvari. (Vidi. R. Lukić, *op. cit.*, str. 125) Muslimanski pravници nisu trebali konstruirati pretpostavke: oni su bili uvjereni da je šerijat zasnovan na Božijoj Objavi i da je njihov zadatak da pokušaju spoznati ciljeve normi koje potječu od Savršenog Tvorca.

fičnost islamskog prava koje obuhvata i znatan dio nepravne materije. Poznato je, naime, da pravo, u uobičajenom značenju riječi, obuhvata samo zapovijesti. Islamsko pravo uključuje i moralne kategorije.

Uz materiju pravnih propisa, islamski pravници obično razmatraju i pitanje Zakonodavca, mogućnosti i načine spoznaje Njegove volje. U istom poglavlju raspravlja se o pravnim subjektima, pravnoj i poslovnoj sposobnosti. Činjenica da je islamska pravna nauka relativno rano došla do opštih pravnih pojmova kao što su subjekti prava i slično govori za sebe o nivou njenog razvoja.

Četvrta tema u tradicionalnim djelima *usul-i fikha* je *idžtihad* i *taklid*. Riječ je o pojmovima specifičnim za islamsko pravo, te o mogućnosti i ovlašćenju za samostalno tumačenje islamskog Zakona i obavezi slijedenja mišljenja poznatih pravnika i pravnih škola. Tu se obično raspravljaju uvjeti za mudžtehida, vrste mudžtehida, pitanje davanja pravnih mišljenja i drugo.

Zanimljivo je spomenuti i jednu podjelu materije *usul-i fikha* prisutnu kod ši'itskih autora, koja je doista bliska savremenoj sistematici metodologije islamskog prava.¹⁷ Riječ je o podjeli na pravila izvođenja propisa (*el-usul el-istinbatijje*) i pravila primjene propisa (*el-usul el-amelijje*), gdje bi prva oblast obuhvatila određene metode saznanja prava i pravnotehničke metode stvaranja prava, a druga pravnotehničke metode primjene prava.

Sve ovo potvrđuje izgradnju i postojanje metodologije prava kao samostalne discipline u cjelini islamskih nauka. S obzirom na predmet izučavanja, metodologija islamskog prava svrstana je u "tradicionalne nauke" (*nakli*), čije istine potiču od Zakonodavca (Ibni Haldun); po svojoj prirodi spada u nauke vezane za Božiju Objavu (*el-ulum eš-šer'ijje*), a društvo u cjelini je obavezno da se njome bavi (*fard el-kifâje*), kako to ističe Gazali.¹⁸ O karakteru ove discipline se kaže:

¹⁷ Murteza Motahhari, *Jurisprudence and its Principles* (Islamska pravna nauka i njeni principi), str. 28.

¹⁸ G. Anawati, *Science (Nauka) u The Cambridge History of Islam*, II, Cambridge University Press, 1970, str. 744-745.

“To je izučavanje pravila koja se koriste pri izvođenju islamskih propisa i koja nas uče valjanom metodu izvođenja zaključaka iz bitnih izvora pravne nauke. Osnovi (*usul*) su, kao i logika, izučavanje naloga, u smislu da je predmet pravne nauke skup stvari koje moraju biti a ne skup stvari koje jesu.”¹⁹

Drugim riječima, sadržinu metodologije islamskog prava kao i uopće metodologije prava, čine indikativni iskazi.

II

U klasičnim djelima *usul-i fikha* nema pregleda historije ove discipline. Savremeni pisci koji govore o počecima metodologije islamskog prava obično se pozivaju na Ibn Halduna koji je u *Mukaddimi* naveo da je imam Šafija bio prvi koji je napisao djelo o *usul-i fikhu*. U svojoj *Risali*, kaže Ibn Haldun, pisao je o naredbama i zabranama, tumačenju, abrogaciji, zaključcima, zaključivanju po analogiji a nakon njega su hanefijski imami proširili znanje o ovim pitanjima.²⁰ Osim Imami Šafije (umro 204. H.) kao pisci prvih djela iz *usul-i fikha* spominju se hanefijski pravници Ebu Jusuf (umro 183. god. po H.) i Hišam ibn Hakem (umro 189. god. po H.) U svakom slučaju samostalna djela iz područja *usul-i fikha* javljaju se krajem 2. i početkom 3. vijeka po Hidžri, odnosno krajem 8. i početkom 9. vijeka po Isau. S druge strane, jasno je da pojava cjelovitih djela u jednoj disciplini podrazumijeva jedan određen stepen razvoja, pa se počeci metodologije islamskog prava moraju pomjeriti unaprijed. Zato je prihvatljivo mišljenje da početak nauke *Usula* datira s početka 2. vijeka po Hidžri, odnosno 8. vijeka po Isau.²¹

Većina islamskih učenjaka priznala je veliku ulogu Imama Šafije u izgradnji nauke *usul-i fikh*. Kao poznavalac dva tadašnja pravca u *fikhu*, medinske i iračke škole, kao baštinik znanja Abdullaha ibn Abbasa na području tumačenja Kur'ana, poznavalac hadisa i jezički

¹⁹ Murteza Motahhari, *op. cit.*, str. 13.

²⁰ *Mevsu'ā el-fikh el-islami* (Enciklopedija islamskog prava), el-Kahire, 1386-1400. H., XII, str. 386.

²¹ *Daire me'arif el-islamije* (Enciklopedija islama), el-Kahire, II, str. 280.

stručnjak, Šafija je uspio da sagleda cjelokupnost kretanja na području pravne misli islama, odabere najbolje i iznese jednu novu dimenziju. Na području pravno-tehničkih metoda unaprijedio je rezultate hanefijskog pravnika Muhammeda Šejbanija (umro 189. God. po H.) Težeći ujednačenju islamskog prava, posvetio je pažnju pitanju izvora i njihovom poretku. Teorija o “četiri izvora” smatra se jednim od najvećih doprinosa Imami Šafije. Iz tog razloga nazvan je i “ocem islamske pravne nauke” a njegova uloga na tom polju upoređena je s ulogom Aristotela na području filozofije.²²

Nakon osamostaljenja, razvoj nauke *usul-i fikh* tekao je u dva pravca.²³ Učenjaci *kelama* (dogmatske apologetike) u okviru svog naučnog interesa počeli su se baviti problemima koji ulaze u polje *usul-i fikh*a (mogućnosti spoznaje Božijeg Zakona, pitanje tumačenja šerijatskih tekstova, pitanje ljudske odgovornosti i slično). Njihov pristup problemima bio je teorijski. Usmjerali su se utvrđivanju metodoloških pravila i opštih načela na osnovu vlastitog ispitivanja izvora bez obzira na to da li se njihovi rezultati slažu sa pozitivnim rješenjima pojedinih pravnih škola. U djelima ovakve inspiracije nalazimo širi pristup pojedinim problemima (uključivanje filozofije i logike u raspravu pravnih pitanja). Ovaj pravac se tradicionalno naziva “pravac mutekellima” ili “šafijski pravac”, pošto se smatra da je Imami Šafija začetnik takvog pristupa. Može se reći da ovo usmjerenje, po svojim karakteristikama, odgovara direktivnoj (normativnoj) metodologiji. Najpoznatiji predstavnici su: Abdul Melik el-Džuvejni, Imamu-1-Haremejn (umro 478. god. po H), pisac djela *el-Burhan*; Ebu Husejn el-Basri (umro 463. god. po H.), pisac djela *el-Mu'temed*; Muhammed el-Gazali (umro 505. god. po H.), pisac djela *el-Mustasfa*.

Drugi pravac u *usul-i fikh*u nazvan je “pravac hanefija”. Karakterizira ga pragmatični pristup materiji. Metodološka pravila se konstruiraju s obzirom na postojeća rješenja u pojedinim granama određenog mezheba. To znači da pravници formuliraju pravila za koja

²² N. J. Coulson, *A History of Islamic Law* (Historija islamskog prava), Edinburgh, University Press, 1978, str. 61.

²³ Vidi, Imam Muhammed Ebu Zehre, *Usul el-fikh*, el-Kahire, (-), str. 13-20.

smatraju da su ih se pridržavali mudžtehidi pri normiranju pojedinih slučajeva. Metodologija je u službi osnaženja praktičnih rješenja jedne pravne škole. Pošto iznalazi i opisuje metode koji su upotrijebljeni pri saznanju i formuliranju pravnih propisa, ovaj pravac se može označiti kao pravac deskriptivne metodologije. Nastao u okviru hanefijskog mezheba, kasnije je prihvaćen i od pripadnika drugih pravnih škola. Istaknuti predstavnici ovog usmjerenja su: Ebu Hasan el-Kerhi (umro 340. god. po H.), pisac djela *Risale*; Ebu Zejd ed-Debusi (umro 340. god. po H.), pisac djela *el-Esrar*; Ali Muhammed, Sejfu-1-Islam el-Pezdevi (umro 482. god. po H.), pisac djela *Kenz el-vusul fi usul el-fikh*, poznatog i u našim krajevima pod nazivom *Usul el-Pezdevi*.

U daljem razvoju, metodologija islamskog prava će podijeliti sudbinu islamske pravne nauke. Prevladavanje teze o "zatvaranju vrata idžtihada" početkom 5/11. vijeka imat će bitne posljedice na stanje *usul-i fikh*. U ovom periodu javit će se pisci koji će obilježiti zrelo doba metodologije islamskog prava: Ibni Hazm el-Endelusi (umro 456. H.), pisac usulskog djela *el-Ihkam fi usul el-ahkam* i njegov savremenik el-Badži, pisac djela o umjetnosti pravničkih polemika pod naslovom *el-Minhadž fi tertib el-hidžadž*.

U narednom periodu djela ovih pravnika doživjela su brojna skraćivanja i komentiranja. Nauka *usul-i fikh* gubila je svoj prvobitni praktični značaj: više nije bilo mudžtehida koji su mogli primjenjivati rezultate ove discipline pri samostalnom korištenju pravnih izvora. *Usul-i fikh* postao je disciplina koja se izučava kao dio tradicionalnog islamskog obrazovanja a djela iz ove oblasti, usljed brojnih skraćivanja i prerada, postajala su sve manje jasna.

Razvoj *usul-i fikh* kod ši'ija je imao nešto drukčiji tok.²⁴ I neki ši'ijski pisci prihvataju tezu da je imami Šafija prvi pisac cjelovitog djela iz *usul-i fikh*, skrećući istovremeno pažnju (kao što je to učinio merhum Sejid Hasan Sadr) da su ši'ijski pisci prije Šafije pisali radove o pojedinim pitanjima metodologije islamskog prava. Iako je istina da su ši'ije i haridžije preuzele *fikh* kakav je bio razvijen u sunijskoj

²⁴ Vidi, Murteza Motahhari, *op. cit.*, str. 23-26.

zajednici uz neophodne izmjene koje su zahtijevali posebni politički i dogmatski razlozi,²⁵ u sadržinskoj razradi nekih metodoloških problema postoje znatne razlike. Takav je slučaj sa pitanjem izvora *fikha*.

I u ši'ijском (džaferijskom) *fikhu* postoje četiri izvora *el-edille el-erbe'a*. Prvi je Kur'an, drugi Sunnet (koji pored riječi, djela i prešutnih odobrenja Poslanika obuhvata i riječi, djela i prešutna odobrenja ši'ijских imama), treći je *idžma'* - suglasnost pravnika (i to suglasnost postignuta u vrijeme Poslanika i (ši'ijских) imama; pravna obaveznost ove suglasnosti zasniva se na uvjerenju da ona služi kao sredstvo za ustanovljenje Sunneta), četvrti izvor je *'akl* - ljudski razum (pri tome se misli na umne napore mudžtehida da, djelujući u ime odsutnog imama i pod njegovim utjecajem, nastoje dosegnuti sadržinu propisa u slučaju pravne praznine; *'akl* se nikako ne može poistovjetiti sa *ki-jasom* (koji je kod ši'ija strogo zabranjen).

Pored različite konceptualizacije pojedinih pojmova druga važna odlika ši'ijskog usula je odsustvo negativnih posljedica taklida. Kod ši'ija, kako je poznato, "vrata idžtihada" nisu zatvorena, pa tokom historije metodologija nije okamenjena niti je izgubila praktični značaj.

Prvi ši'ijски pisac cjelovitog djela o *usul-i fikhu* bio je Murteza Alemul-Huda s kraja 4. i početka 5. vijeka po Hidžri, pisac djela *Ez-Zehire*. Jedan od učenika ovog alima bio je šejh Tusi (umro 460. god. po H.), pisac više studija iz *usul-i fikha* i osnivač poznatog učilišta u Nedžefu (Irak). Slijedeći u nizu učenjaka usula je Vahid Bahbehani (umro 1208. god. po H.), poznat po brojnim učenicima koje je izveo na nivo idžtihada. U posljednjem vijeku najznačajnijim znalцем *usul-i fikha* smatra se Murteza Ensari (umro 1281. god. po H.), čiju školu mišljenja slijedi gotovo sva kasnija ši'ijска ulema. Pisac je glasovitih djela *Fera'id el-usul* i *Mekasib*, koja se i danas koriste kao udžbenici usula.

²⁵ Joseph Schacht, "Law and justice" (Islamsko pravo i pravosuđe) u *The Cambridge History of Islam*, II, str. 543.

III

U novije doba u cijelom islamskom svijetu primjetan je pojačani interes za metodologiju islamskog prava. Razlozi su očigledni: svaki zahtjev za reformu *fikha* otvara pitanje metode primjene, svaki zahtjev za primjenom islamskog prava otvara pitanje načina provođenja u stvarnost normi Božijeg Zakona.

Na području reforme *fikha* utvrđeni su određeni metodi koji predstavljaju novinu u odnosu na tradicionalno naslijeđe *usul-i fikha*. Pored *sijase šer'ijje*, koja označava nadležnost državnog poglavara da primijeni opće principe islamskog prava kada nema konkretne (detaljne) norme i koja praktično ostavlja bez sankcije propise koji ne odgovaraju ustanovljenim interesima islamske zajednice, formulirani su i novi metodi - *tehajjur i telfik*. Prvi označava mogućnost izbora najprikladnijeg mišljenja iz učenja priznatih škola ili pravnika u pojedinačnom, spornom slučaju. Na taj način ukida se vezanost za rješenja određenog mezheba a bogato naslijeđe *fikha* čini baštinom svih muslimana. Drugi metod označava spajanje mišljenja različitih škola ili pravnika u konstrukciji jednog pravnog propisa. Tako se stara rješenja dovode u novi kontekst i u cjelini predstavljaju novinu u odnosu na polazno stanovište. Ovaj postupak smatra se glavnim korakom ka novom idžtihadu. Korištenjem metoda utemeljenih na klasičnim rješenjima *usul-i fikha* reforma je zaodjenuta u oblička tradicionalnog autoriteta ili, kako reče jedan savremeni poznavalac islamskog prava, upotrijebljena je metodologija koja ističe formalno pripadanje prošlim autoritetima a faktički se uvode materijalne promjene u pravo.²⁶ U toku reforme *fikha* nauka usula ima funkciju očuvanja unutrašnje povezanosti islamske pravne nauke i njenog historijskog kontinuiteta. Ovdje se treba podsjetiti indijskih muslimanskih reformatora 19. vijeka - Sejjida Ahmeda Hana i Mumtaza Alija, koji su reformu *fikha* izvodili u obliku obaveznih precedenata. Pod očiglednim utjecajem engleske pravne tradicije, sudskoj odluci u konkretnom slučaju data je obavezujuća snaga za sve iste ili slične

²⁶ John L. Esposito, *Women in Muslim Family Law* (Žena u muslimanskom porodičnom pravu), Syracuse University Press, 1982.

slučajeve. Bilo je to očigledno odstupanje od koncepta islamskog prava u kome sudija primjenjuje a ne stvara pravo.

Na području primjene prava, metodologija ima zadatak da nađe najpogodnija sredstva za ostvarenje prava. Od načina primjene zavisе efekti jednog pravnog sistema - ispunjenje ciljeva zakonodavstva ili njihovo kompromitiranje. Metodologija islamskog prava morat će ovom području posvetiti posebnu pažnju. Ističu se mišljenja da djela iz usula moraju uključiti i razmatranje primjene osnova i načela, jer "šerijat je dio islamske vjere a ne akademsko vježbanje". Bez analize kako su u stvarnim historijskim okolnostima šerijatski propisi primjenjivani, govor o njihovim "osnovama" postaje puki akademizam."²⁷

IV

Značaj izrastanja samostalne discipline koja se bavi metodama prava u okviru sistema islamskih nauka najbolje se uočava ukoliko se prikaže odgovarajući razvoj pravne nauke u drugim kulturama.

Više naučnika skrenulo je pažnju na sličnosti opštih crta jevrejskog i islamskog prava. Bilo je krajnjih mišljenja da je *fikh* recipirani Talmud (Hughes u *Dictionary of Islam*). G. H. Bousquet, koji se bavio ovim problemom ističe da, s metodološkog aspekta, oba sistema imaju sličnosti u pogledu: osnove (Božija objava), načina izgradnje (djelatnost pravnika koji koriste metod pojedinačnih pretpostavljenih slučajeva) i strukture (nema latinske zakonodavne vlasti, nema visokih sudskih ustanova čije su odluke obavezne, nema redovnika). Međutim, iako su u izgradnji oba sistema veliku ulogu odigrali pravници, jevrejsko pravo nema nešto što odgovara *usu-li fikh*u, niti hadisu, koji je odigrao tako veliku ulogu u uobličanju islamskog prava. U pogledu izvora, jevrejsko pravo samo poznaje objavu (*Tevrat*) i mišljenja pravnika.²⁸ I pored značajnog razvoja pravne misli u je-

²⁷ Z. J. Qureshi, u prikazu knjige *Basis of Shari'ah* (Islamic Law) dr. Abdul-Rahman I. Doi, objavljenom u *The Muslim World Book Review*, 2/1983, str. 5.

²⁸ G. H. Bossquet, *Le Mystere de la formation et des origines du Fiqh* (Tajna nastanka i izvora islamske pravne nauke). Cit. prema prijevodu na arapski u djelu *Da li je rimsko pravo uticalo na islamsku pravnu nauku*, str. 77.

vrejstvu (*Mišna, Gemara*), metodologija prava kao samostalna disciplina nije obrazovana. Što se tiče rimskog prava, na čijim temeljima je izgrađeno kanonsko pravo kršćanstva, njegova najvažnija mana je nedostatak jednog općeg pristupa pravu i odsustvo opštih pravnih pojmova i definicija.²⁹ Prvenstveni zadatak rimske pravne nauke bio je da se za konkretni slučaj da konkretno pravno rješenje. Rimski pravници su govorili: “*Da mihi facta, dobo tibi ius*” (Daj mi činjenice, dat ću ti pravo). Na osnovama pojedinačnih slučajeva kasnije je prirodnim tokom, preko klasifikacija i uopćavanja, izrastao sistem. Smatra se da su grčka filozofija i otvaranje pravnih škola uveli rimsko pravo u oblast apstrakcija. Iako su Rimljani dali visok doprinos razvoju dogmatičnog i, u određenoj mjeri, normativnog metoda i pravnu nauku uzdigli na nivo umjetnosti kao “znanje o Božanskim i ljudskim stvarima” (*Rerum divinarum atque humanorum notitia*) do metodologije prava kao samostalne discipline u okviru pravnih nauka nisu dospjeli.

Izvor: *Glasnik VIS-a*, br. 6/1983, str. 809-817.

²⁹ Obrad Stanojević, *Gaius noster - prilog historiji rimske pravne nauke*, Beograd 1976, str. 50-55.

PРАВНА ПРИРОДА, MJESTO I ZNAČAJ FETVE U ŠERIJATSKOM PRAVU

I pored toga što je šerijatsko pravo, u većem ili manjem obimu, činilo dio pozitivnog pravnog sistema u krajevima naše zemlje naseljenim muslimanima od uspostavljanja osmanske uprave pa do iza Drugog svjetskog rata, te što i nakon toga, bez obzira na odsustvo normativnog elementa, njegovi sadržaji predstavljaju uputstvo za ponašanje muslimanskim vjernicima, izostali su naponi da se na našem jeziku pruži jedan cjelovitiji prikaz historijskog razvoja ovog pravnog sistema, njegove strukture i najznačajnijih ustanova. Dok su pojedine grane i instituti privatnopravnog karaktera, zbog njihove kontinuirane primjene, bili predmet naučne ili stručne obrade, takvi naponi su izostali u najvećem dijelu javnog prava.

Jedna od takvih, nedovoljno objašnjenih pa prema tome i različito određivanih ustanova je i *fetva* i njoj odgovarajuća funkcija *muf-tije*. U zavisnosti o historijskim okolnostima u kojima su se nalazili muslimani, *fetva* je imala ili javni karakter u okviru islamske države ili vjerski karakter izvan takvog državnog okvira. Prema tome, objašnjenje ove ustanove i njoj odgovarajuće funkcije važno je za historiju država i prava južnoslavenskih naroda koji su bili pod osmanskom upravom, kao i za izučavanje islamskog učenja i njegove primjene u historijskom i aktualnom kontekstu. Na ovom mjestu ukazat ćemo na korijene i uobličenje šerijatskopravne ustanove *fetve*, pravnu prirodu, mjesto i značaj u sistemu prava. To će biti ograničeno na pokušaj da se na osnovu nama dostupne literature, iznesu osnovni tokovi odgovarajućeg procesa i naznače bitni elementi koji određuju ovu ustanovu.

Dosadašnje bavljenje ustanovom fetve u našoj literaturi

U našoj literaturi ova ustanova je doticana uzgredno u tekstovima koji su se bavili izgradnjom i karakteristikama šerijatskog pravnog sistema.³⁰ Nakon ulaska u vladu predstavnika Jugoslovenske muslimanske organizacije (JMO) godine 1936. i ukidanja službe muftija u Ustavu Islamske vjerske zajednice, došlo je do reagiranja dijela uleme kroz radove o vjerskoj utemeljenosti i karakteru muftijske funkcije, pa u tom kontekstu i objašnjavanja ustanove *fetve*.

Takav je članak Mehmed efendije Handžića “Pitanje muftija”, u kome je, s pozivanjem na poznata fikhska djela, iznio i neke elemente važne za razumijevanje karaktera *fetve*.³¹

Iz istog razloga Abdurahman Adil efendija Čokić objavio je brošuru “*Islamska vjerska organizacija*” u kojoj je, između ostalog, argumentirano i u osnovnim crtama izložio historijat muftijske funkcije, objašnjavajući i sam pojam *fetve* i odgovarajuću terminologiju.³²

Tri godine kasnije Mehmed efendija Handžić objavljuje rad “Nekoliko fetvi naših muftija iz turske dobe.”³³ U ovom radu, označenom kao predradnja za jedan veći rad o ustanovi *fetve* uopće i njenoj historiji kod nas, Mehmed efendija je pružio osnovna obavještenja o ovoj ustanovi, objavio faksimile i prijevode šest *fetvi* različitih muftija (sarajevskih i jednog mostarskog) i analizirao ih s obzirom na uobičajene formalne elemente. Nažalost, planiranu radnju Mehmed efendija nije stigao da napiše, pa je utoliko naša nauka siromašnija.

³⁰ Kasim Dobrača, “Iz islamskog prava i njegove istorije”, *Glasnik Vrhovnog islamskog starješinstva (Glasnik)*, 5-6/1936, str. 203; Hazim Šabanović, “A ko je bio Ebu Hanife”, *Glasnik*, 5/1938, str. 203; Vehbija Hodžić, “Razvoj islamskog prava”, *Glasnik*, 10-12/1961, str. 368.

³¹ Mehmed Handžić, “Pitanje muftija”, *Glasnik*, 2-3/1936, str. 87-92. Isti članak je u cjelosti prenesen u časopisu *Hikmet* (br. 8/1936, 232-238. i djelimično u listu *Muslimanska svijest* (18. III 1936).

³² Abdurahman Adil Čokić, *Islamska vjerska organizacija (povodom vijesti o ukidanju muftijstva kod nas)*, Tuzla 1936, str. 8.

³³ Mehmed Handžić, “Nekoliko fetvi naših muftija iz turske dobe”, *Kalendar “Gajret”* 1939, str. 206-217.

Pored ovoga, *fetva* je usputno objašnjavana u radovima o bosanskohercegovačkim muftijama, pravosudnom sistemu i drugim ustanovama u našim zemljama pod osmanskom upravom.³⁴

Korijeni i proces uobličjenja ustanove fetve

U ovom pokušaju polazimo od stava da valjano objašnjenje *fetve* treba tražiti u dinamičkoj predstavi šerijatskog prava kao rezultatu primjene historijskopavnog metoda. Na taj način bit će moguće pratiti i nastanak jednog konkretnog instituta (*fetve*), uočiti promjene u njegovu sadržaju i veze sa drugim ustanovama, te izbjeći opasnosti statičkog posmatranja (naprimjer, kasnije stečena značenja prenositi u raniji kontekst). Zato ustanovu *fetve* posmatramo u različitim stadijima šerijatskog prava.

I. Period poslaničke misije Muhammeda, alejhisselam

Smatramo razložnim započeti sa jezičkim tumačenjem.³⁵ Termin *fetva* (*futva*) pl. *fetavin*, *fetava* znači: (šerijatsko) pravno mišljenje (rješenje), *fetva*, *decizija*, *kazuistika*. Isto značenje ima i oblik *futja*. S ovim u vezi potrebno je spomenuti i dva glagolska oblika: - *istefta* (X) sa prijedlogom *fi* koji znači: *pitati za* (šerijatsko) *pravno mišljenje o, pitati za mišljenje o, moliti za savjet* (objašnjenje, obavještenje o nečemu), te oblik - *eftâ* (IV) koji sa prijedlogom *fi* znači: *izložiti* (šerijatsko) *pravno mišljenje o, dati objašnjenje (savjet) o*, a sa prijedlogom *bi* znači *iznijeti* (pravno) *mišljenje, izjasniti se za*.

S obzirom na to da u predislamskom arapskom običajnom pravu nije postojao institut *fetve*, to je ovaj termin pravni kvalitet dobio tek u islamskom kontekstu. Do toga je došlo u procesu koji je tekao od proklamiranja osnovnih normi šerijata do izgradnje zaokruženog sistema i njegove teorijske obrade.

³⁴ Šejh Sejfudin Kemura, *Sarajevske muftije od 926 (1519) do 1334 (1916) god.*, Sarajevo 1916, str. 4-7; Hivzija Hasandedić, "Mostarske muftije - prilog kulturnoj povijesti Mostara", *Glasnik* 9-10/1975, str. 3; H. Mehmed Handžić, *Pogled na sudstvo u Bosni i Hercegovini za vrijeme turske vlasti*, Sarajevo 1941, str. 10; Avdo Sućeska, *Ajani - prilog izučavanju lokalne vlasti u našim zemljama za vrijeme Turaka*, Sarajevo 1965, str. 16.

³⁵ Vidi, Teufik Muftić, *Arapsko-srpskohrvatski rječnik, II*, Sarajevo 1973, str. 2555-2556.

Sušтина poslaničke misije Muhammeda, alejhisselam, bila je prenijeti način života koji treba slijediti. Taj pravi put života (*šerijat*) jedinstven je i obuhvata sve aspekte čovjekovog ličnog i društvenog života. Šerijat sadrži norme vjerske, etičke i pravne prirode i predstavlja građu za formiranje jednog (čisto) pravnog sistema. Svako ponašanje suprotno zahtjevu sadržanom u šerijatskoj normi predstavlja povredu od Boga određenog poretka, koja se u odnosu na počinitelja manifestira kao grijeh. Zato se *šerijat* ne iscrpljuje samo u pravu, već vjerskim i etičkim zahtjevima nastoji da preduprijedi povredu idealnog poretka. Zbog ovog nastojanja i dio pravnih normi *šerijata* je kautelarnog karaktera - cilj im je osiguranje od mogućih negativnih posljedica.

Da bi se ovaj cilj ostvario, vjernici pitaju Božijeg Poslanika o tome kako da se ponašaju u pojedinim situacijama ili prema pojedinim osobama. Na neka pitanja odgovor daje sam Allah dželle šanuhu:³⁶

“Oni traže od tebe propise o ženama. Reci: ‘Allah će vam objasniti propise o njima’”. (En-Nisa: 127),

“Oni traže od tebe rješenje. Reci: ‘Allah će vam kazati propis o kelali’”. (En-Nisa: 176).

U oba ova ajeta glagoli *istefta* i *efta* (u oblicima *jesteftuneke* i *juf-tikum*) su upotrijebljeni u pravnom kontekstu. Radi se o traženju objašnjenja o ponašanju u oblastima koje regulira pravo: o odnosu prema ženama (prvi ajet) i određenoj situaciji u nasljednom pravu (drugi ajet).³⁷ U tekstu koji slijedi izlažu se norme za buduće ponašanje svakog vjernika koji se u takvoj situaciji nađe. U drugim slučajevima Muhammed, alejhisselam, je davao potrebna objašnjenja, pa se riječ *fetva*, odnosno odgovarajući glagolski oblici, spominje u mnogobrojnim hadisima.³⁸ Tako se navodi da su vjernici sjedili pitajući

³⁶ Ajeti su citirani prema prijevodu Besima Korkuta (Kur'an, Sarajevo 1977.)

³⁷ U kontekstu koji nema normativnu prirodu oblici ova dva glagola se upotrebljavaju u surama: En-Neml: 32 (traženje savjeta o postupku vladara); Jusuf: 41, 43, 46 (traženje objašnjenja snova), El-Kehf: 22 (traženje obavještenja (objašnjenja) o prošlom događaju), es-Saffat: 11, 145 (upućivanje pitanja oponentima Božije riječi).

³⁸ Detaljan pregled tih hadisa prema najautoritativnijim zbirkama dat je u *el-Mu'džem el-mufehres li elfaz el-hadis en-nebevi* (*Concordance et indices de la tradition musulmane*), Leiden 1965, V, str. 64-68. Na istom mjestu nalaze se bliži podaci o hadisima ilustrativno navedenim u tekstu.

Božijeg Poslanika a on im je davao objašnjenja sve dok nije klanjao podne (Ahmed ibn Hanbel). Ova objašnjenja su zahvatala različite sfere ljudskog života: jednoj ženi Božiji Poslanik je dao objašnjenje da se može udati nakon poroda (en-Nesai), jedan čovjek je pitao o zavjetu svoje majke (En-Nesai), a jedna žena je tražila objašnjenje šta da radi pošto joj je krv menstruacije pokvasila odjeću (En-Nesa'i).

Ovakvim objašnjenjima Ibn Kajjim el-Dževzi (691 -751. god. po H.) je u svom djelu *I'lamu-l-muvekki'in* posvetio posebno poglavlje pod naslovom *Fetava imami-l-muftin*³⁹. Ove fetve vjerno odražavaju koncept *šerijata* kao jedinstvenog načina života. Počinje se sa sferom vjerovanja, preko čistoće i čišćenja, namaza, pitanja smrti, zekjata, posta i hadždža, te učenja Kur'ana do čisto pravnih oblasti kao što su kupoprodaja, oslobađanje roba, ženidba, srodstvo po mlijeku, način prestanka braka, kazne za vanbračne seksualne odnose i pijenje alkohola. Jasno je da se ovdje terminom *fetva* označava dio utvrđenog običaja Božijeg Poslanika (Sunnet), odnosno verbalnih obavijesti o tom običaju (*hadis*) pa ovo značenje treba razlikovati od onog kasnijeg, pravnotehničkog. Ovdje je potrebno imati na umu različite funkcije objedinjene u ličnosti Muhammeda, alejhisselam: prenošenje Božije objave (*risalet*), davanje objašnjenja (*futja*), presuđivanje (*kada*) i upravljanje zajednicom (*imamet*), koje slijedi i različit karakter postupaka u okviru pojedine funkcije.⁴⁰ U funkciji risaleta Muhammed, alejhisselam, samo je prenosilac Božije riječi. Norme sadržane u Objavi su nepromjenljive i vjernici su obavezni da ih slijede. Ovo me je slična funkcija *futja*. Božiji Poslanik se sadržinski obavještava od Allaha, dželle šanuhu, o pojedinačnim propisima koji se *nalaze* u Božijim odredbama. Takav je bio slučaj sa objašnjenjem načina obavljanja namaza. U funkciji sudije Božiji Poslanik donosi presudu koja se naslanja na jačinu podnijetih dokaza i vještinu pojedinaca u sukobu. Zato takva presuda može biti samo pravna a ne i stvarna istina i stoga i moralni korektiv u izjavi Muhammeda, alejhisselam: *Kome*

³⁹ Ovo poglavlje štampano je kao zasebno djelo Ibn Kajjima el-Dževzija, *Fetava resuli-llah*, (priređio Mustafa Ašur), Kairo 1980, str. 153.

⁴⁰ Opširno o tome, Dr Ali Hasan Abdul-Kadir, *Nezre 'amme fi tarih el-fikhi el-islami*, Kairo, 1965, str. 50-51.

*dosudim dio prava njegovog brata, neka ga ne uzima, jer mu dajem dio vatre.*⁴¹ Kao imam i Božiji Poslanik je rukovodio poslovima zajednice. Sadržina ove funkcije može se označiti državnom upravom (naročite vrste) i to predstavlja, isto tako, područje njegovog ličnog rasuđivanja koje, ipak, ne ostaje bez potvrde ili korektiva sa Božije strane.

Postupanje Muhammeda, alejhisselam, u posljednje dvije funkcije kvalitetno se razlikuje od onih u prve dvije. Mjere koje je preduzima kao sudija ili vođa zajednice, mogu se izmijeniti od strane nekog budućeg nosioca istih funkcija u posebnim okolnostima. Iako između funkcija *risalet* i *futja* postoji razlika, za njih je zajedničko da su mjere učinjene u njihovim okvirima potvrđene od Allaha, dželle šanuhu.

Zbog različitog razumijevanja pojedinih postupaka Božijeg Poslanika, odnosno različitog određenja u kojoj funkciji ih je preduzima, dolazilo je do razilaženja kasnijih autoriteta, koje je našlo svoj izraz u različitim pozitivnim sadržajima.

Primjer za to je izjava Muhammeda, alejhisselam: *Ko obradi "mrtvu" zemlju, ona mu pripada.* Imam Ebu Hanife (u. 150. god. po H.) smatra da ova norma ulazi u sadržaj funkcije *imamet* pa da bez odobrenja imama nije dozvoljeno kultiviranje neobrađenih zemljišta. Imami Malik (u. 179. god. po H) i Šafi i (u. 204. god. po H.) smatraju da je ova norma data u provođenju funkcije *futja* koja dominira u aktivnosti Božijeg poslanika, pa nije potrebna dozvola imama. Razlike u pozitivnim sadržajima ogledaju se u tome što Ebu Hanife smatra da, pošto se radi o sticanju vlasništva, kultiviranje ima sličnosti sa dodjeljivanjem zemljišta u feud koje se temelji na odobrenju državnog poglavara pa to važi i u slučaju obrade "mrtve" zemlje, dok druga dvojica autoriteta, kultiviranje dovode u vezu sa dozvolom sakupljanja drva i trave pošto im je zajedničko faktičko pribavljanje vlasništva, pa nije potrebna dozvola državnog poglavara.⁴²

Prema tome, sadržina funkcije *futja* (*ifta*) sastoji se u davanju objašnjenja, uputa za ispravan način života. Ovakva uputstva data su tekstualno i sadržajno u *Kur'anu*, pojašnjena a nekada i uspostavljene

⁴¹ Isto, str. 50.

⁴² Isto, 51.

na postupanjem Božijeg Poslanika. Može se reći da ova objašnjenja, i pored kvalitativne razlike (Kur'an i Sunnet), predstavljaju za šerijatsko pravo ono što je "dato" (*done*) za razliku od stavova drugih muslimanskih autoriteta koji predstavljaju ono što je "konstruirano" (*construit*) pri izgradnji pravnog sistema pogodnog za primjenu.⁴³

Nakon Poslanika, *fetve* će promijeniti svoju pravnu prirodu i poći putem institucionalizacije.

II. Period izgradnje šerijatskopravnog sistema

Brojčano povećavanje i teritorijalno širenje muslimanske zajednice i njene države, započeto u vrijeme Muhammeda, alejhisselam, nastavljeno je i intenzivirano u vremenu koje je slijedilo. Poučavanje novih prelaznika u islam i potreba islamskog ovladavanja svim pojavama duhovnog i svjetovnog života uzrokovali su obraćanje poznavacima vjere. Takve kompetentne osobe logički su nađene među drugovima Božijeg Poslanika (*ashabima*). U doba kada su se oblikovale osnovne ustanove novog islamskog društva namjesto ranije plemenske samodovoljnosti i anarhije, za ovladavanje tekućim životom bio je najpogodniji metod konkretnih slučajeva, koji se u oblasti prava manifestirao kroz formuliranje pojedinačnih normi. Zato su se *ashabi* ograničavali da daju mišljenja jedino o slučajevima koji su se već desili, odnosno kada bi bili o njima zapitani.⁴⁴ Tada bi nastojali pronaći primjenljiv tekst u Božijoj knjizi a ako ne bi našli, onda primjenljivo rješenje Božijeg poslanika. Za osobe koje su znale za takva rješenja i prenosile ih u vidu pozitivne informacije (*hadis*) tražili su posebne uvjete. Ukoliko ti uvjeti ne bi bili ispunjeni ili ne bi bio prenesen primjenljiv *hadis*, objašnjenje su davali na osnovu razumijevanja opštih kur'anskih stavova ili, mada rjeđe, prema vlastitom mišljenju (*re'j*) nastojeći da njime najbolje izraze opšti interes i duh Šerijata. Ovaj metod formuliranja konkretne norme, kojom se poku-

⁴³ Said Ramadan, jedan od poznatih autora savremenih šerijatskopravnih studija, osnovnom pogreškom na relaciji muslimani - islamsko pravo smatra nerazlikovanje onoga što je propisao Allah i Njegov poslanik i onoga što su zaključili pravници. (Said Ramadan, *Islamic Law*, (-), 1970, str. 84.)

⁴⁴ Muhammed el-Hudari, *Tarih et-tešri' el-islami*, Kairo 1920, str. 104.

šava dosegnuti volja Zakonodavca naziva se *idžtihad*, a sama norma saopćavana je zainteresiranoj osobi u obliku argumentiranog mišljenja-*fetve*. Zbog različitog razumijevanja Kur'ana, Sunneta ili različitog mišljenja za iste slučajeve ashabi su davali različite fetve - rezultati idžtihada su samo vjerovatni a ne i potpuno izvjesni.⁴⁵ Ovi elementi određuju i pravnu prirodu fetvi: one ostaju argumentirana mišljenja i uživaju značaj koji odgovara jačini dokaza na kojima su zasnovane, ne posjedujući obaveznost koju ima pravna norma. Međutim, ukoliko se takva fetva prihvati saglasnošću zajednice muslimana (odnosno njenih predstavnika), ona dobiva snagu zakona. Ebul A'la Mevdudi za ovo navodi nekoliko primjera.⁴⁶ Slijedeći ga, mi ćemo spomenuti slučaj sa propisivanjem kazne za uživanje alkohola.

Kur'an je zabranio pijenje vina, ali nije propisao sankciju za prekršaj ove norme. Božiji Poslanik je izricao različite kazne različitim prekršiocima, imajući na umu različitost situacija, tako da posebna, određena kazna (*hadd*) nije propisana. Ebu Bekr i Omer su izricali kaznu od četrdeset udaraca šibom, ali ovim mjerama nisu dali karakter opće pravne norme. Kada se za vrijeme Osmanova hilafeta (24-35. H.) raširilo uživanje alkohola, problem je iznesen pred savjetodavno tijelo muslimanske države (*Medžlis eš-šura*). Na ovom skupu Alija je sugerirao da se kao kazna za uživanje alkohola propiše osamdeset udaraca šibom. Sugestija je jednoglasno prihvaćena (*idžma'*) pa je na taj način dobila snagu zakona i ušla u korpus muslimanskog prava.

U prvom stoljeću Hidžre ne može se, međutim, govoriti o pravu u tehničkom smislu riječi. U općem procesu izrastanja islamske civilizacije, u ovom dobu se kreiraju posebni pravni instituti, formira novo pravo. Presudnu ulogu u tome odigrat će pobožni učenjaci koji su nastavili savjetodavnu funkciju učenih ashaba.

U osnovi ova funkcija je bila privatnog karaktera i pored toga što ju je država vrlo rano počela kontrolirati.⁴⁷ O toj kontroli govo-

⁴⁵ Uporedi, Said Ramadan, *n. dj.*, str. 86.

⁴⁶ Abul A'la Maududi, *Islamic Law and Constitution*, Lahore 1969, str. 84-85.

⁴⁷ Sayed Athar Husain (*The Glorious Caliphate*, Lucknow 1974, str. 224) navodi da je Ebu Bekr imenovao Omera, Osmana, Abdurrahmana ibni Aufa, Ali ibni Kaba, Zejda ibni Sabita i Ebu Hurejru za muftije, a da je drugi halifa Omer prihvatio ovo imenovanje,

ri i jedan slučaj vezan za Ebu Hanifu.⁴⁸ O jednom slučaju o kome je presudio tadašnji kufanski kadija Muhammed ibni Ebi Lejla, Ebu Hanifa je u svojoj fetvi istakao drugo stanovište pa je ovaj kadija od više državne vlasti zatražio da se Ebu Hanifi oduzme pravo davanja fetvi, posebno što ih je okolno stanovništvo počelo masovno prihvatiti. Učenjacima su se obraćali zainteresirani pojedinci, ali i državni funkcioneri tražeći savjet o postupanju u konkretnim slučajevima. Ove fetve, kao i ranije, nisu imale obavezni karakter pa bi se pojedinac nezadovoljan savjetom mogao obratiti drugom učenjaku.

Intelektualni naponi takvih osoba bili su inicirani aktualnom praksom ali nisu bili svedeni na njeno puklo održavanje, već zahvatanje i savladavanje oblicima formirajućeg prava i zato, često, u opoziciji prema toj praksi. Iz ovog razloga na udaru njihove kritike našao se svaki oblik postupanja državnih organa i stanovništva koji se nije mogao dovesti u suglasnost sa učenjem islama, pa su evidentni primjeri odbijanja ovih učenjaka da se prihvate državnih službi. Na taj način oni su, u najvećoj mjeri, ostajali izvan državnopolitičke strukture, ali sa svojim poznavanjem islamskog učenja i iskrenim životom zadobili poštovanje masa koje je i država morala respektirati.⁴⁹ Njihove fetve predstavljaju savjet za rješenje jedne situacije a ne konkretno rješenje za čije je donošenje, u slučaju postojanja spora, nadležan sud ili drugi organ. Kao rezultat ličnog intelektualnog napora fetva znači: tako bi se, prema razumijevanju islamskog učenja od strane njenog davaoca, jedno lice u određenoj situaciji *trebalo* ponašati.

Zbog korištenja istih metodoloških postupaka i odražavanja istih društvenih realnosti, učenjaci koji su djelovali u određenim krajevima islamske države dolazili su do istih ili sličnih pozitivnih sadržaja. Istovremeno, broj do tada zahvaćenih slučajeva dostigao je nivo kada je bila potrebna njihova sistematizacija. Ovaj proces je započeo početkom drugog stoljeća Hidžre u okviru neformalnih grupa učenjaka

te da nikom drugom nije bilo dozvoljeno davanje fetvi. Emil Tyan, (*Enciclopedie de l' Islam*, II, Leyden, 1960-1965, str. 886.) navodi da je od 1. stoljeća po Hidžri država pridržavala pravo da odredi kvalificirane pravnike za muftije.

⁴⁸ Muhammed el-Hudari, *op.cit.*, str. 223.

⁴⁹ Joseph Schacht, "Law and Justice", u: *The Cambridge History of Islam*, II, Cambridge 1970, str. 549.

srodnih duhova, među kojima su se ubrzo počeli pojedini izdvajati po autoritetu. Grupe su brojčano i koheziono jačale a nakon smrti ključnih ličnosti njihovi učenici su iz fetvi o različitim slučajevima izvlačili pravna pravila i oblikovali metode koje su retrospektivno vezivali za imena svojih učitelja. Ovaj postupak je svoj izraz dobio u formiranju različitih škola (mišljenja) u šerijatskom pravu (*mezheb*). *Corpus iuris* ovih škola činile su fetve učenjaka po čijim imenima su škole prozване, dopunjavane i fetvama njihovih najpoznatijih učenjaka. Prema tome, u ovom periodu fetve su označavale krajnji rezultat ličnog razumijevanja pojedinih autoriteta u stvarima šerijata. Idžtihad označava ovaj proces, fetva njegov izraz ili (pravni) oblik.

Početak četvrtog stoljeća Hidžre, u nestabilnoj političkoj i duhovnoj atmosferi, nalazeći se pred rizikom doktrinarne dezintegracije učenjaci poznatih škola su prećutno postigli konsenzus o rješenju ili bar rješivosti svih bitnih problema. Bila je uspostavljena teza o “zatvaranju vrata idžtihada”, a ustanova fetve u periodu slijeđenja pravnih škola (*taklid*) dobit će drukčije značenje.

III. Period slijeđenja pravnih škola

I pored oformljenja pravnih škola i teze o zaokruženosti njihovog učenja, praksa je zahtijevala pravno ovladavanje novim činjenicama koje su iskrsavale u životu. Osim toga, ustanovljenje pravnih disciplina sa posebnom terminologijom nedostupnom širokim masama zahtijevalo je nastavljanje i intenziviranje savjetodavne funkcije obrazovanih osoba. Ova dva zadatka činit će u ovom periodu sadržinu funkcije muftija, koja će se kvalitativno razlikovati od djelatnosti učenjaka u prethodnom periodu.

U ovladavanju novim činjenicama muftije su sada vezane za tradicionalna sredstva formirana u okviru pravne škole kojoj pripadaju. Islamska jurisprudencija je od ličnog razumijevanja obaveznih tekstova i neovisnog rasuđivanja postala disciplina koja se izučava (*fikh* i *Fikh*). Fetva više ne znači savjet o ponašanju u određenoj situaciji temeljen na ličnom razumijevanju davaoca, već obavještenje o stavu koji su autoriteti jedne pravne škole zauzeli o tom problemu.

Do saznanja takvog stava dolazilo se kroz usmenu, vjerodostojnu predaju (*sened*) od mudžtehida ili preko pisanih fikhskih djela koja su uživala ugled zbog svoje valjanosti. Pošto su u ovim djelima vrlo često, za isti slučaj, navođeni različiti stavovi (*kavl*), zauzeti čak i u okviru iste pravne škole, to su šerijatski pravници uobičajili da posebnim oznakama skrenu pažnju na valjan stav na osnovu koga se ima izdati fetva.⁵⁰ To se obično činilo izrazima *ve alejhi-l-fetva*, *ve bihi jufta*, *ve bihi ne'huz*, *ve alejhi-l-imad* i drugim, pa se u teoriji uspostavlja hijerarhija ovih termina po značenju i prioritetu. Formiranje pojma ovakvog tzv. *mufta bih kavl-a* vodilo je osiguranju reguliranja istih slučajeva na isti način, odnosno pravnoj sigurnosti. Time je potvrđen karakter fetve kao obavještenja o pravu.

Radi osiguranja autoritativnih mišljenja i većeg stepena kontrole nad funkcijom davanja fetvi, država ju je, kao javnu službu, dovela u okvir sistema pravosuđa a njene nosioce u kategoriju vjerskih funkcionera (*ulema*). Na taj način oni su bili jače integrirani u državno-političku strukturu, iako i dalje na raspolaganju pojedincima, koji su se isto tako mogli obratiti za savjet i nekom drugom, od države neimenovanom poznavaoocu vjerskog učenja.

Teorijski, funkcija davanja fetvi ušla je u prerogative halife, a on je vršio povjeravajući je kvalificiranim osobama. Neki šerijatski pravnici smatraju da je halifa dužan postaviti muftije u takvom razmaku da zainteresirani muslimani mogu do njih otići i vratiti se u toku jednog dana.⁵¹ Pojam *ifta* dobiva uže značenje od idžtihada. Fetva se daje na osnovu pitanja zainteresiranog lica, a muftija, pored poznavanja šerijata, treba da dobro poznaje slučaj o kome je riječ, osobu koja pita i društvo u kome živi.⁵² S pravnotehničkog aspekta, razlika između funkcija *idžtihada* i *ifta* manifestira se kroz različit karakter normi s kojima operiraju njihovi nosioci. *Mudžtehid* uglavnom formulira, odnosno bavi se opštim normama šerijatskog prava (*el-ah-*

⁵⁰ Mahmud ibni Muhammed ibn Arnus, *Tarih el-kada fi el-islam*, Kairo 1934, str. 160-162.

⁵¹ Abdurahman Adil Čokić, *n. dj.*, str. 5.

⁵² Imam Muhammed Ebu Zehre, *Usul el-fikh*, Kairo 1958, str. 319.

kam el-kullijje), a muftija pojedinačnim (*el-ahkam el-džuz'ijje*).⁵³ Pošto ove posljednje samo preciziraju opće norme, često su zasnovane na običaju pa je stoga razumljiv zahtjev da muftija poznaje društvo u kome djeluje. Fetve treba da se temelje na konkretnim šerijatskim normama a ne na pravnim načelima (*el-kava'id el-kullijje*), koje su konstruirali kasniji šerijatski pravници kao Ibn Nudžejm, (u. 970. god po H.) i drugi.⁵⁴ Ova načela su apstraktne norme konstruirane s ciljem da kraće i jasnije pokažu smisao čitavog niza manje apstraktnih normi iz kojih su izvedene. Za njih je karakteristično da se izvode indukcijom, ali se kasnije dedukcijom iz njih izvlače izvjesne logičke posljedice koje nisu sadržane u svim normama iz kojih su izvedene. To znači da su ova pravila u osnovi pretežnog (*el-kava'id el-aglebijje*) a ne općeg karaktera, pa su šerijatski pravници opravdano kritizirali zasnivanje fetvi na njima.

Po prirodi same funkcije, aktivnost muftija u ovom periodu najvećim se dijelom ispoljavala kroz tumačenje usvojenih stavova. To je potaklo Adalberta Scheka, visokog funkcionera austrougarskog pravosuđa u Bosni i Hercegovini i pravnog pisca, da zaključi kako se šerijatsko pravo nakon "zatvaranja vrata idžtihada" nije razvijalo putem fetvi, jer su se, naprimjer, fetve u Osmanskoj carevini zasnivale na starim utvrđenim normama hanefijske škole pa su imobilizirane kao i njime uređeni društveni odnosi.⁵⁵ Međutim, profesor Joseph Schacht smatra da funkcija muftija i u tom vremenu nije izgubila na kreativnosti, te da doktrinarni razvoj šerijatskog prava mnogo duguje njihovom stvaralaštvu. Njihove fetve, ističe on, otkrivaju stvarni život, najurgentnije probleme jednog vremena.⁵⁶ Može se zaključiti da se ovo stvaralaštvo moglo izraziti kroz dovođenje novoiskrsle pojave u vezu sa različitim pravnim institutima ili izbor različitih stavova, te na druge načine što u svakom slučaju rezultira različitim pozitivnim sadržajima.

⁵³ Mehmed Handžić, *Tumačenje šeriatsko-pravnih pitanja kod nas (odgovor na istoimeni članak g. F. Spahe koji je izašao u Kalendaru Narodna uzdanica za god. 1939.)* Sarajevo 1939, str. 28-29.

⁵⁴ Isto, 6.

⁵⁵ Adalbert pl. Schek Vugrovački, "Uvod u predavanja o bosansko-hercegovačkom pravu", *Mjesečnik Hrvatskog pravničkog društva* (Zagreb), 2/1914, str. 98.

⁵⁶ Joseph Schacht, *op.cit.*, str. 564.

Kad bi se određena fetva počela primjenjivati, mogla bi, kroz suglasnost učenjaka, ući u kasnija pravna djela, a to znači postati dio prava. Povećanje broja slučajeva u jednom kasnijem pravnom djelu, zaključuje profesor Schacht, predstavlja rezultat diskusije u vremenu koje je proteklo između tog i nekog ranijeg djela.⁵⁷

U historijski oformljenim muslimanskim državama funkcija davanja fetvi zadobila je specifične crte. To se može uočiti kroz poseban status njenih nosilaca i formalne karakteristike same fetve. U muslimanskoj Španiji muftije su bile članovi savjetodavnog državnog tijela (*Šura*), u mamelučkoj državi ulazili su u sastav posebnog pravosudnog organa (*Medžlis el-mezalim*) a u Osmanskoj carevini uspostavila se funkcija vrhovnog muftije (*šejhul-islam*) koja je u toku trajanja ove države dovođena u vezu sa pravosuđem, vjerskom prosvjetom, a kasnije sve više sa vjerskim poslovima uopće. I pored različitih stavova koji su zauzeti u doktrini šerijatskog prava, funkcija muftije mogla se spojiti sa kadijskom, iako sa ograničenjima da se ne može davati fetva o stvari o kojoj se kod tog kadije vodi spor. Slučajeva spajanja ovih funkcija bilo je posebno u okviru Osmanske države, pa i u našim krajevima.⁵⁸

U osmansko doba fetve imaju karakterističnu formu. Davane su u pismenom obliku, prema mišljenju hanefijskih imama, stilizirane kao hipoteza na koju se daje kratak i jasan odgovor a imena osoba u pitanju su fiktivna. Bilo je obavezno navesti citat iz priznatih djela na kojima se fetva zasniva i ovjeriti je potpisom muftije.⁵⁹ Zbirke fetvi predstavljaju nezaobilazan izvor za izučavanje ne samo pravnog, već i drugih aspekata društvenog života u ovom periodu.

Problem određenja pravnog karaktera fetve

Nakon pokušaja da se historijskim posmatranjem šerijatskog prava prati razvojni put ustanove fetve, ukratko ćemo se osvrnuti na problem njenog pravnog karaktera. Na početku ćemo ponoviti

⁵⁷ Isto.

⁵⁸ Šejh Sejfudin Kemura, *op.cit.*, str. 4-7.

⁵⁹ Mehmed Handžić, *Nekoliko fetvi naših muftija iz turske dobe*, str. 206-207.

konstataciju da li je u literaturi na našem jeziku izostalo temeljitije bavljenje ovim institutom, posebno s aspekta šerijatskopravne teorije. Tako se, uglavnom, fetva određuje kao šerijatsko, odnosno šerijatskopravno *mišljenje ili rješenje* što se ponekad čini upotrebom odgovarajućeg stranog termina (*decizija*).

Interesantnim se, međutim, čini pokušaj određenja u koji dio ljudskog bavljenja pravom ova ustanova ulazi. Drugim riječima, da li se fetvom *tumači* ili *stvara* pravo.⁶⁰

Poći ćemo od određenja svakog od ova dva pojma. Zadatak tumačenja prava je da utvrdi šta pravna norma znači - da utvrdi, kako se to kaže, tačno ili pravo značenje pravne norme. To pretpostavlja postojanje norme u pitanju, jer se nepostojeća norma ne može tumačiti. Prihvatiti stav da fetva predstavlja tumačenje znači prihvatiti tezu da u šerijatskom pravu nema pravnih praznina. Iako ima pravnika koji stoje na ovom stanovištu (među njima i Ibn Tejmijje (u. 728. god. po H.) priznati postojanje pravnih praznina ne znači nikako odbijati islamu karakter cjelovitog i sveobuhvatnog sistema. Naprotiv, polazeći baš od takvog karaktera islama, od njegovog bavljenja sveukupnim pitanjima čovjeka, a ne samo pravnim, ne vidimo razloga za ne prihvatiti postojanje pravnih praznina. Iz samog razlikovanja onoga što je "dato" i onoga što je "konstruirano" u šerijatskom pravu neminovno slijedi zaključak da se pravne praznine ne mogu izbjeći na širokom području ostavljenom inventivnosti ljudskog duha. Promjenljivost života dovodi do nepredviđenih situacija za koje ne postoji konkretna norma. Ljudske generacije nisu samo pasivni primaoci poruke, niti ona ima jednosmjernan tok. Naprotiv, društvene promjene nalažu aktivan odnos prema šerijatu, čija opća načela treba da pružaju indicije ne samo za logičke dedukcije, već i mnogo kreativnije napore. Ovi napori, u cjelini, pravnotehnički se izražavaju kroz stvaranje pojedinačnih normi koje se iznose u obliku fetve. Zbog činjenice da se pri ovom popunjavanju praznina vodi ra-

⁶⁰ U našoj literaturi su zastupljena oba ova stava u uzgrednim objašnjenjima. Kao tumačenje prava, fetvu označava dr. Avdo Sućeska (*Ajani*, 16. bilj. 30) a kao stvaranje prava, Kasim efendija Dobrača (*Katalog arapskih turskih i perzijskih rukopisa, II, / Gazi Husrev-begova biblioteka/*, Sarajevo, 1979, V i u samoj sistematizaciji djela).

čuna o smislu cijelog šerijata, uzetog kao neprotivriješna cjelina, ovaj postupak se često shvata kao tumačenje. Jasno je da se ovo odnosi na fetve mudžtehida kao i da “stvaranje prava” ovdje ima posebno značenje u kontekstu šerijatskopravnog sistema kao “pravničkog prava”. Drugim riječima, takvo pravo će kroz institut *idžma’a*, odnosno državnom sankcijom postati za muslimane obavezno pravo. Međutim, fetva nekada ima i karakter tumačenja šerijatskopravnih normi - onda kada sadržava samo utvrđivanje njihovog značenja i prema tome daje obavještenje o stavu islamske doktrine.

Zbog suštine muftijske funkcije koju čini pružanje konsultacija zainteresiranim pojedincima ili državnim organima a ne rješavanje konkretnog slučaja autoritetom sudijske odluke, smatramo adekvatnim označiti je kao *autoritativno* ili *stručno* mišljenje.⁶¹

Fetva i responsa rimskog prava

Da bi što kompleksnije zahvatili postavljeni problem, čini se korisnim uporediti fetvu sa odgovarajućom ustanovom nekog drugog prava. Ovdje će se to učiniti u odnosu na rimsko pravo, koje zbog svoje visoke razvijenosti i tehnike spada među najmonumentalnije pravne sisteme. Što je za naš slučaj posebno važno, u kreiranju i rimskog i šerijatskog pravnog sistema odlučnu ulogu su odigrali pravници. Iz tog razloga mogla su se javiti i slična pravnotehnička sredstva koja su izrazila ovu funkciju.

Rimsko pravo poznaje ustanovu *responsa* (sa odgovarajućom funkcijom *respondere*) koja označava mišljenja pravnika o spornim pitanjima koja se pojave u toku vođenja sudskog postupka, u vezi sa postupkom ili teorijski postavljenim.⁶² Daju se pismeno ili usmeno na zahtjev stranke ili sudije. U početku (period republike: 509. p.n.e. - 27. p.n.e.) *responsa* su davali oni pravници koju su uživali povjerenje svojih učenika. Od vremena Oktavijana Augusta, radi ujednačavanja i kontrole pravosuđa, ovu funkciju vrše samo izabrani pravници koji-

⁶¹ Uporedi Abul A'la Mavdudi, *op.cit.*, str. 84.

⁶² Dr Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1978, str. 37.

ma bi *princeps* podijelio to pravo (tzv. *ius publice respondedi ex auctoritate principis*). Formalnopravno *responsa* nisu imala snagu zakona, ali se obični sudija teško mogao oduprijeti mišljenju autoritativnog pravnika.⁶³ Po pravilu ovo mišljenje je važno samo za slučaj za koji je dato, ali se kasnije počelo primjenjivati i na slične slučajeve. *Responsa* su se zbog posebnog karaktera i pravne snage razlikovala od drugih shvatanja i mišljenja pravnika (*sententiae et opiniones*). Međutim, kasnije je nestalo ove razlike pa su svi ovi stavovi navođeni pred sudovima. U petom stoljeću je svim pravničkim spisima data zakonska snaga, a funkcija *respondere* se izgubila kada je zaveden ekstraordinarni postupak.⁶⁴

Iz ovog letimičnog pregleda ustanove *responsa* uočljive su sličnosti sa fetvama šerijatskog prava. S druge strane, opšti stav pri korištenju uporednopravnog metoda je da same sličnosti ne znače da je raniji pravni sistem utjecao na kasniji. One mogu odražavati iste društvene realnosti ili iste faze na razvojnem putu.

Već je pokazan put uobličjenja ustanove fetve koji je određuje kao institut bitno islamske provenijencije. Za razliku od *responsa* koje se odnose samo na pravna pitanja u okviru sistema koji luči pravo i vjeru (*jus i fas*), fetve sadržavaju kako pravne tako i religiozne norme i sa etičkim kvalifikativima. U šerijatskom pravu kreativna uloga pravnika se mogla ostvariti samo na području gdje nema obaveznih tekstova, dok rimsko pravo ne poznaje takvu situaciju. Promjena nastupila u šerijatskom pravu prevladavanjem teze o “zatvaranju vrata idžtihada” koja se, kako smo vidjeli, odrazila na pravni karakter fetvi nema paralele u rimskom pravu pa je transformacija ustanove *responsa* otišla sasvim drugim putem. Najzad, kontrola muslimanskih država nad razvojem šerijatskopravne doktrine nije imala oblik kakav je poznat Rimu, gdje je funkcija *respondere* davana kao privilegij (*beneficium*) i bila ograničena samo na pravnike kojima je podijeljena. I pored postojanja službenih i privatnih muftija, autoritet jedne

⁶³ Dr Relja Z. Popović, “Imperator Hadrijan i ius respondendi”, *Arhiv za pravne i društvene nauke* (Beograd, knj. 53/1938), str. 122.

⁶⁴ Isto, str. 125.

fetve zavisio je u prvom redu od jačine argumenata na kojima je zasnovana.

Zaključak

Ustanova fetve se razvila kao izraz kautelarne prirode šerijatskog prava koja se ogleda u nastojanju da se preduprijedi svaki oblik ponašanja koji bi predstavljao povredu idealnog poretka. Termin *fetva* i odgovarajući oblici se u Kur'anu vežu za objašnjenja o nejasnim ili spornim pitanjima. Davanje takvih objašnjenja činilo je jednu od funkcija Muhammeda alejhisselam. Pošto se ovdje radi o korijenima buduće šerijatskopravne ustanove, pomenuti termini nemaju uobičajeno tehničkopravno značenje. Objašnjenja u prvom slučaju čine sadržinu kur'anske norme a u drugom, normativnog običaja Božijeg Poslanika (Sunnet).

U periodu izgradnje šerijatskopavnog sistema fetve označavaju mišljenja učenih i pobožnih muslimana date zainteresiranim osobama u cilju razjašnjenja doktrine ili islamskog ovladavanja činjenicama tekućeg života. Fetvama se tada označava rezultat razumijevanja obaveznih tekstova i neovisnog rasuđivanja (*idžtihad*) koji je osnovni metod izgradnje islamskog prava. Pošto su na taj način dobiveni sadržaji manje ili više vjerovatni, a ne i potpuno izvjesni, fetve nemaju obavezni karakter.

Nakon formiranja poznatih pravnih škola i prevladavanja teze o zaokruženosti i potpunosti uspostavljenog pravnog sistema, fetve sadržavaju obavještenja o stavu koji su autoriteti određene škole zauzeli o spornom pitanju. I pored takvih ograničenja, one su mogle biti rezultat određene kreativnosti. U ovom periodu funkcija davanja fetvi u potpunosti se konstituirala kao javna služba u okviru islamskog pravosuđa.

U ovom tekstu zauzeto je stanovište da fetva, zavisno od svog pozitivnog sadržaja, ulazi u oblast stvaranja i tumačenja prava.

Postoje sličnosti između fetve i ustanove *responsa* u rimskom pravu ali i znatne razlike koje fetvi daju bitno islamsko obilježje.

U današnje vrijeme, kada se širom islamskoga svijeta ozbiljno postavlja zahtjev za reafirmacijom idžtihada i kada ovaj proces počinje teći, institut fetve je na putu da ponovo predstavlja rezultat kreativnog pristupa islamskom učenju i zadobije nekadašnju ulogu i značenje.

Izvor: *Glasnik VIS-a*, br. 5-6/1983, str. 473-487.

O NASLJEDNOM PRAVU PREDISLAMSKIH ARAPA

Vrijeme u kome su Arapi živjeli prije objave Šerijata Muhammeda alejhisselam, slikovito se naziva “džahillijet” ili “doba neznanja”. Kao vrijeme kada se nije znalo za Istinskog Boga - Allaha - i kao vrijeme zabluda, ovaj period su prve generacije muslimana prepustile zaboravu.⁶⁵

Interesiranje za džahillijet nije se moglo pojaviti kod prvih generacija muslimana iz jednostavnog razloga što je sav njihov život nakon prihvatanja Božije objave bio u znaku opće negacije predislamske prakse. Čak i oni koji su se bavili naukom, pravnom naprimjer, nisu se tome posvetili prvenstveno iz čisto teorijskog interesa, već iz praktičnih razloga. Njihov cilj je bio: naloge Božije knjige i sunneta Božijeg Poslanika prevesti u sistem pozitivnog prava po kome će ljudi živjeti radi blagostanja na ovome i budućem svijetu. “Kaute-larna jurisprudencija”, naziv je koji, možda, najbolje označava takvo usmjerenje.

S druge strane, naučni pristup ustanovama islama zahtijeva da se uzme u obzir predislamsko naslijeđe. Kada je riječ o šerijatskom pravu, naprimjer, potrebno je poznavati i pravo predislamskih Arapa da bi se mogla uvidjeti veličina promjene koju je islam donio, da bi se ustanovili dobri običaji predislamskog perioda koje je Šerijat Muhammeda alejhisselam, potvrdio i da bi se na taj način stekao produbljeni uvid u strukturu islamskog pravnog sistema.

⁶⁵ Slično tome, i na drugim stranama svijeta narodi koji su primili islam nastojali su zaboraviti svoju neislamsku prošlost. To se ostvarivalo, bilo putem izgradnje tradicije koja bi započinjala vremenom prihvatanja islama, bilo navođenjem opštih islamskih odrednica za čovjeka, npr. “Abdullah”, umjesto imena vlastitog roditelja - nemuslimana u zvaničnim dokumentima.

O nasljednom pravu predislamskih Arapa postoje izvjesne obavijesti i na našem jeziku. Jedan odjeljak svoje doktorske disertacije (*Testament u šerijatskom pravu*, Sarajevo 1941, 39-51.) Alija Silajdžić, bivši profesor sarajevskog Pravnog fakulteta, posvetio je nasljeđivanju i slobodi testiranja kod Arapa prije islama. Mehmed Ali efendija Ćerimović, bivši sudija Vrhovnog šerijatskog suda u Sarajevu, u svom djelu o Feraizu (*Šerijatsko nasljedno pravo*, Sarajevo 1936, 3-4.) pisao je i o osnovima nasljeđivanja u džahilijetu. Međutim, ovi podaci su ili zasnovani na starijoj literaturi, kao što je slučaj s prvom knjigom, ili su dati sažeto, kao što je slučaj s drugom knjigom. Bilo bi zanimljivo pogledati do kakvih je novih saznanja u međuvremenu došla historijsko-pravna nauka. Tu se suočavamo sa dvije poteškoće: nedostatak stručne literature, s jedne strane, i nedostatak specijalističkih studija o predislamskom pravu, s druge strane.⁶⁶ Međutim, i pored toga moguće je dati opću sliku nasljednog prava predislamskih Arapa i njegove sudbine. Svakako da će se ovaj rad ograničiti na iznošenje podataka i zaključaka do kojih su došli kompetentni naučnici, a da će tek na pojedinim mjestima biti iznijeta lična razmišljanja.

Opće karakteristike nasljednog prava džahilijeta

Arapu u VI vijeku, nakon Isaa, žive u plemenskom uređenju, duboko nagriženom imovinskim raslojavanjem, bez natplemenskog autoriteta, zakonodavne, sudske i izvršne vlasti. Obavezujuće norme ponašanja propisuju običaji sankcionirani prinudom i javnim mnijenjem plemenskog društva. Sudsku funkciju vrši izabrani sudija (*hakem*), vrlo često poglavar plemena ili vrač (*kahin*). Nepostojanje pisanih zakona imalo je za posljedicu da je običajno pravo predislamskih Arapa samo djelimično poznato.⁶⁷ Više se zna o njegovom općem karakteru nego o detaljima. Zapadni orijentalisti, među kojima Joseph Schacht, kao izvore za saznanje ovog prava navode: predislamsku i ranu islamsku poeziju i plemenska predanja. Navode da neki običaji današnjih beduina mogu poslužiti kao kontrola tačnosti literarnih

⁶⁶ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, 1964, str. 8.

⁶⁷ Isto, str. 6.

izvora. S druge strane, isti autori uvažavaju Kur'an kao izvor saznanja o trgovačkom pravu i praksi u Mekki u vrijeme Objave. Pažnju privlači okolnost da neosnovana sumnjičavost u pogledu hadisa lišava orijentaliste vrlo važnog izvora saznanja o arapskom običajnom pravu.

Uopće se može reći, kao što to čini dr. Ali Hasan Abdul Kadir, bivši dekan Šerijatskoprnog fakulteta al-Azhara, u svojoj knjizi *Opšti pogled na historiju islamske pravne nauke*⁶⁸ da je u 6. vijeku, nakon Isâa, u Arabiji vladalo pravo koje su činili raznorodni elementi: arapski običaji i propisi porijeklom iz rimsko-bizantijskog, sasanidskog i jevrejskog prava. Strani elementi su došli do izražaja u imovinsko-pravnim poslovima trgovačkog i gradskog stanovništva koje je održavalo trgovinu sa Južnom Arabijom, bizantijskom Sirijom i sasanidskim Irakom. Čisto arapsko porijeklo imaju ustanove vezane za plemensko uređenje: oblik porodice i odnosi u njoj, nasljeđivanje, delikti i odmazda.

Kada, dakle, govorimo o nasljednom pravu predislamskih Arapa, bavimo se jednom ustanovom arapskog plemenskog društva. Tačnije, to je plemensko društvo u raspadanju. Poznato je iz uporednog prava da čisto plemensko uređenje, nazvano "plemenska demokracija", ima za obilježje jednakosti svih članova i zajedničku svojinu, te nasljeđivanje u klasičnom značenju riječi ne dolazi u obzir. Pleme je vječno, samo se pojedini članovi mijenjaju a imovina ostaje kao vlasništvo plemenskog kolektiva. Stanje u Arabiji u 6. vijeku, nakon Isaa, bilo je daleko od opisanog. Prvo, nesumnjivo je postojala razvijena privatna svojina. Postojala je razlika između sjedilačkog i nomadskog stanovništva. Kod nomada su postojali značajni ostaci zajedničke svojine (pašnjaci, izvori i sl.). Privatna svojina se protezala, najvjerojatnije, na lične stvari ratnika, odjeću, oružje, nakit, konje, deve, ratni plijen i sl. Kod sjedilačkog stanovništva nalaze se također ostaci zajedničke svojine (područje na kome žive članovi pojedinih rodova, pašnjaci). S druge strane, poljoprivreda, zanatstvo i trgovina doveli su do afirmiranja privatne svojine, koja nerijetko ima oblik trgovačkog i ze-

⁶⁸ Dr. Ali Hasan Abdul Kadir, *Nezre 'amme fi tarih el-fikh el-islami*, Kairo, 1965, str. 8-9.

naškog kapitala (uslijedit će zabrana kamate). Drugo, nestalo je plemenskog egalitarizma. Poglavari plemena i pojedinih rodova, kako navodi profesor Muhammed Hamidullah u knjizi *Muhammed a.s.*⁶⁹ bili su posjednici velikih zemljišnih parcela koje su davali svojim siromašnim suplemenicima na obrađivanje. Zauzvrat, ovi radnici su davali dio prinosa, naprimjer polovinu žetve. Plemenski poglavari su imali pravo i na neke dažbine. Raslojavanje unutar plemena ilustrira i posjedovanje robova, naročito kod sjedilačkog stanovništva.

Pored postojanja i razvijenosti privatne svojine, za nasljedno pravo je važna struktura porodice.⁷⁰ Zaštitu dobara i pojedinaca u uvjetima predislamske Arabije nije mogla ostvariti uža srodnička grupa. To su prije bili bratstva i robovi. Njihovi članovi vuku porijeklo od zajedničkog pretka muškom vezom (patrilinarna struktura). Žene su objekt bračnog ugovora i ne integriraju se u srodničku grupu.

I pored toga što je “teško precizirati propise o nasljedstvu raznih krajeva ili plemena Arabije”, koji su možda bili i različiti, na osnovu pisanja mufessira Taberija (u 310. god. po Hidžri), koji je saopštio podatke o nasljeđivanju u Medini, moguće je dati opće karakteristike ovog prava. Taberi u svom tefsiru pri tumačenju 8. ajeta IV sure (en-Nisâ') navodi da pravo nasljedstva nisu imale žene (supruge, majke, kćeri), ni maloljetni sinovi, odnosno da su nasljeđivali samo oni koji su sposobni da se bore. Isto navodi i mufesir Bejdavi (u. 685. god. po Hidžri) pri tumačenju istog mjesta: “Prema običaju u vremenu džahillijeta žene i djeca nisu nasljeđivali a Arapi su govorili: nasljeđuje samo onaj ko se bori i brani blago.”

Prema tome, svi ženski srodnici su bili isključeni iz nasljedstva, kao i maloljetni muški srodnici. Udovice su smatrane dijelom ostavštine i prelazile su u ruke nasljednika. Kćeri su bile isključene zato što su udajom prestale biti članovi svoje prirodne porodice, maloljetnici zato što nisu bili sposobni da se bore. Nasljedno pravo je bilo u funkciji jačanja unutrašnje veze pojedine srodničke grupe, kako kaže i Noel Coulson, profesor istočnih prava na londonskoj Visokoj

⁶⁹ Muhammed Hamidullah, *Muhammed a.s.*, II, Zagreb, 1977, str. 173.

⁷⁰ Isto.

školi za istočne i afričke studije u knjizi *Historija islamskog prava*.⁷¹ Pošto su srodničke grupe bile skup lica povezanih muškom vezom sa zajedničkim pretkom, pravo nasljedstva je dato muškim srodnicima ostavitelja, i to onima koji su sposobni da nose oružje. Nasljedno pravo održavalo je vladajuću strukturu porodice, imovina je ostajala u postojećim srodničkim grupama. Običaji predislamskih Arapa bili su “nepravedni i uistinu okrutni”, kao što ih je opisao Robert Roberts u knjizi *Socijalni propisi Kur'ana*.⁷²

Osnovi za nasljeđivanje kod predislamskih Arapa

Nakon navođenja opštih karakteristika nasljednog prava predislamskih Arapa, potrebno je objasniti po kom osnovu i kojim redom su pojedinci pozivani na naslijeđe.

Ustanovljeno je da su postojala dva osnova za naslijeđe: krvno srodstvo (*karabe*) i poseban razlog (*sebeb*).

Na osnovu izlaganja Asafa A. A. Fyzeea, bivšeg profesora Pravnog državnog koledža u Bombaju, u njegovoj knjizi *Nacrt muslimanskog prava*⁷³ moguće je uočiti izvjesna pravila koja su važila za nasljeđivanje na osnovu srodstva. To su:

1. Nasljeđuje najbliži muški agnat ili agnati (*asaba*). Agnat je lice vezano za ostavitelja jedino muškom vezom, npr. sin, sinov sin, sinova kćer, otac ili očev otac. Riječ *asaba* je prvobitno značila “oni koji idu zajedno u boj i za koje se veže zajednička osveta”.

Kategorija najbližih muških srodnika (*agnata*) pozvanih na naslijeđe pokazuje zajedničku crtu arapskog običajnog prava sa pravima nekih drugih naroda na istom stepenu društvenog života.

2. Žene i kognati su isključeni. Kognat je lice vezano za ostavitelja jedino ženskom vezom, npr. sin od kćeri, kćer od kćeri, majčin otac, otac majčinog oca. Razlog za isključenje kognata može se tražiti u činjenici što su ta lica vezana za ostavitelja ženskom vezom. Kćer

⁷¹ Noel J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh University Press, 1978., str. 6.

⁷² Robert Roberts, *The Social Laws of Qoran*, London, 1980. str. 62.

⁷³ Asaf A.A. Fyzee, *Outlines of Muhammedan Law*, Delhi, 1981, str. 389.

se, naprimjer, mogla udati u različitu porodičnu grupu, pa je njen sin na taj način postajao "dalek" ostavitelju, jer nije bio ni obavezan da brani porodičnu grupu svoga djeda po majci.

O tome svjedoči arapska izreka koju je mufessir Tabatabai naveo u svom tefsiru uz komentar 23-28. ajeta sure *en-Nisa*. Arapi su govorili: "Naša djeca su sinovi naših sinova i naše kćeri. Djeca naših kćeri su djeca dalekih osoba."

Potomci (*descendenti*) imaju prednost nad precima (*ascendenti*) a preci nad pobočnim srođnicima (*kolateralima*).

Kada su agnati jednakog stepena srođstva ostavština se dijeli po glavama (*per capita*).

Po ovom nasljednom osnovu na naslijeđe su pozivani redom: sinovi ostavitelja, otac ostavitelja, braća i njihovo potomstvo, ostaviteljev djed po ocu i na kraju amidže i njihovo potomstvo.⁷⁴ Kao poseban razlog za nasljedstvo važili su adopcija (*tebennâ*) i ugovor o prijateljstvu i nasljedstvu (*hilf, mu'akade*).

Adopcija je ugovor po kome jedno lice uzima tuđe muško dijete namjesto sina. Dijete uzima ime usvojitelja i ima pravo da ga naslijedi. Od ove adopcije treba razlikovati usvajanje pojedinaca od strane plemena (*vela*). Izgnanik ili lice izvan zaštite nekog plemena morao je naći jednu plemensku grupu koja bi bila voljna da ga primi pod svoje okrilje jednom vrstom adopcije. U protivnom, njegova perspektiva da preživi u okrutnim uvjetima džahilijjskog "rata svih protiv svih" bila je vrlo neizvjesna.

Ugovor o prijateljstvu i nasljedstvu je izjava dva lica da će jedan za drugog platiti otkupninu (krvninu), jedan za drugog uopće odgovarati i jedan drugog naslijediti. Prema navodima El-Džessasa (u .370. god. po Hidžri) i drugih mufessira⁷⁵ ovaj ugovor se sklapao riječima: "Moja krv je tvoja krv, moja neosvećena krv je tvoja neosvećena krv, naslijedit ćeš me i naslijedit ću te" (*demî demuke, hedmî hedmuke ve terisunî ve erisuke*).

⁷⁴ N. J. Coulson, *op. cit.*, str. 16.

⁷⁵ Abdul Karim Zaydan, *el-Medhal li-dirâse eš-šeri'â el-islâmijje*, str. 17.

Dosadašnje izlaganje bavilo se intestatnim nasljednim redom (nasljednim redom koji se primjenjuje kada nema oporuke i koji je u predislamskoj Arabiji bio određen običajem). Postavlja se pitanje da li je predislamsko arapsko pravo poznavalo oporuku kao osnov za nasljedstvo. Nesumnjivo da jeste. Međutim, autori se razilaze u pitanju slobode testiranja. Neki, kao što je Abdul Kerim Zejdan, profesor Univerziteta u Bagdadu, smatraju da je postojala potpuna sloboda testiranja.⁷⁶ Drugi smatraju da je arapsko običajno pravo dozvoljavalo licima koja nemaju muškog potomstva da slobodno raspolažu imovinom u korist muških lica sposobnih za borbu. Kao dokaz za ovaj stav navodi se hadis iz Buharijine zbirke (IV, str. 3.) u kome se kaže da je Muhammed alejhisselam, posjetio bolesnog ashaba Sada ibn Ebi Vekkasa. Ashab je upitao Božijeg Poslanika može li oporučiti dvije trećine svoje imovine, jer je teško bolestan a iza sebe ostavlja samo kćerku. Muhammed alejhisselam, mu to nije odobrio. Onda ga je pitao za jednu polovinu. Ni to nije odobrio. Onda ga je pitao za jednu trećinu. Božiji Poslanik je odgovorio: "Može, ali je i to mnogo, jer je bolje ostaviti nasljednike bogate, nego da prosjače".⁷⁷ Na osnovu ovog hadisa pravници su izveli zaključak da je Sad ibn Ebi Vekkas tražio mišljenje od Božijeg Poslanika da li može raspolagati imovinom kao što je mogao po običajima džahilijeta. Ovu tezu potvrđuje i jedan hadis iz Muslimove zbirke (V. 71). Govori se o jednom šejhu koji je došao hazreti Omeru i rekao mu: "Ja sam star čovjek a imam veliko bogatstvo, naslijedit će me neki beduini koji su sa mnom u dalekom srodstvu. Mogu li oporučiti cjelokupnu imovinu?" Hazreti Omer je odgovorio: "Ne".⁷⁸

Moglo bi se, dakle, zaključiti da je sloboda testiranja postojala pod uvjetom da ostavitelj nema agnatskih srodnika, a ukoliko ima, da je mogao vršiti raspolaganja za slučaj smrti u vidu legata (poklona).

⁷⁶ Isto, str. 31.

⁷⁷ Alija Silajdžić, *Testament u šeriatskom pravu*, Sarajevo, 1941. str. 50.

⁷⁸ Isto, str. 51.

Šerijat i predislamski nasljedni red

Odnos islama prema predislamskim običajima je bio selektivan: neki običaji su odlučno odbačeni, neki reformirani, neki prihvaćeni. Kriterij je bio: usaglašenost sa načelima i duhom Šerijata.

Namjesto društva utemeljenog na krvnoj vezi, islam je uspostavio društvo zasnovano na zajedničkoj vjeri u Boga. U novom društvu, individualna porodica je zamijenila pleme, odnosno rod i bratstvo u funkciji osnovne društvene jedinice.⁷⁹ Ove društvene promjene dovele su do neophodne promjene nasljednog prava.

Kao opća karakteristika kur'anskog zakonodavstva uočava se favoriziranje lica koja su u džahilijetu bila zanemarena i potisnuta. Najvažnije reforme u tom pogledu su:⁸⁰

1. supružnici su proglašeni nasljednicima,
2. žene i kognati dobili su pravo naslijeđa,
3. roditeljima i precima je dato pravo naslijeđa, čak i kada ima muških potomaka,
4. uvedeno je opće pravilo da žene dobijaju polovinu dijela muškaraca.

Kur'an je u prvom redu pozvao na nasljedstvo jedan novi krug lica koji čine bliski srodnici ostavitelja. Ova lica imaju pravo na tačno određene dijelove ostavštine (*furûd*), pa se i nazivaju *zevû el-furûd* ili *ashâb el-ferâid* (vlasnici obaveznih dijelova). Pozivaju se na podjelu naslijeđa odmah nakon podmirenja troškova liječenja i ukopa, isplate dugova i izvršenja oporuke (neto ostavština). Od devet srodnika nazvanih *ashâb el-ferâid*, čiji su nasljedni dijelovi određeni u IV suri (*En-Nisâ'*, 11,12, 176), šest su žene: supruga, majka, kćerka, sestre, sestre po ocu, sestre po majci. Preostala tri lica su muški srodnici koji nisu bili nasljednici po pravu džahilijeta - muž i brat po majci - odnosno muški srodnici koji su bili isključeni postojanjem bližeg agnata - otac, koji nije mogao naslijediti u konkurenciji sa sinom ostavitelja.⁸¹ U ovu kategoriju ušla su i neka lica određena Sunnetom.

⁷⁹ N. J. Coulson, *op. cit.*, str. 16.

⁸⁰ A. A. Fyze, *op. cit.*, str. 390.

⁸¹ N. J. Coulson, *op. cit.*, str. 16-17.

Kao druga grupa nasljednika, prema učenju ehl-i sunneta, pozivaju se najbliži muški srodnici, *asaba*, agnati. Podloga tome je hadis iz Muslimove zbirke koji glasi: “Podajte određene dijelove njihovim vlasnicima, a ono što ostane muškim srodnicima”.⁸² Ehl-i sunnetski nasljedni red, po ovome, predstavlja spoj novih elemenata (nasljednici određeni Kur’anom i Sunnetom) i starih elemenata (arapsko običajno pravo). Asaf A. A. Fyze je spoj ovih elemenata slikovito upoređio s dvije vodene struje u jednom koritu, čije se vode ne miješaju.

Treća grupa koja se poziva na naslijeđe, po učenju hanefijske, šafi’ijske i hanbelijske škole, su “udaljeni srodnici”, uterini ili *zevû el-erhâm*. Ovdje spadaju djeca ostaviteljeve sestre ili kćerke. Dakle riječ je o licima povezanim sa ostaviteljima ženskom vezom (kognati). Malikijska škola je odbila ovo rješenje. Umjesto srodnika *zevû el-erhâm*, po učenju medinske škole, na naslijeđe se poziva i država (*bejt el-mâl*, *fiscus*).

U svakom slučaju, može se zaključiti da osnovu sunnijskog nasljednog reda čini šira porodica koja se uklapa u stari arapski plemenski sistem.

Razrada kur’anskih propisa o naslijeđu tekla je drukčijim tokom u ši’ijskom mezhebu. Kod ši’ija *isnâ ašerijja* postoje dvije kategorije nasljednika:

1. “vlasnici obaveznih dijelova” (*zevû el-furûd*), nasljednici čiji su dijelovi određeni Kur’anom;
2. svi ostali krvni srodnici (*zû karâbe*). Pod ovom kategorijom svrstana su jednako i lica povezana s ostaviteljem muškom vezom (agnati) i ona povezana ženskom vezom (kognati).

Osim krvnog srodstva (*neseb*), ši’ijski nasljedni red govori i o posebnom razlogu (*sebeb*) kao osnovu naslijeđa. To je:

1. status supružnika u braku (*zevdžijjet*),
2. posebni pravni odnošaj (*vela*).

Najvažnija razlika između sunnijskog i ši’ijskog nasljednog reda je što ši’ije ne priznaju agnate (*asaba*) za posebnu grupu nasljednika.

⁸² Mehmed Ali Ćerimović, *Šeriatsko nasljedno pravo (Feraiz)*, Sarajevo, 1936, str. 16.

Prenosi se da je šesti ši'ijjski imam Džefer es-Sadik (umro 765. po Hidžri⁸³) rekao: "Što se tiče asabe, mogu dobiti samo prašinu". Na taj način, ši'ije su odbacili značaj agnatskih veza kao takvih, a svrstavanjem srodnika po muškoj i ženskoj vezi u jednu grupu, pravno ih jednako tretirali. Polazeći od shvatanja da kur'anski propisi predstavljaju radikalan prekid s arapskim običajnim pravom, ši'ije su pristupili izgradnji bitno novog sistema. Ehl-i sunnet je kur'anske propise shvatio kao reformu običajnog prava.

Sudbina drugih osnova za naslijeđe iz perioda džahilijeta bila je različita.

Šerijat je zabranio adopciju (Kur'an, Ahzâb, 37), pa ovaj posao ne može biti osnova za naslijeđe. Ugovor o naslijeđu i prijateljstvu iz džahilijeta je odbačen. Postoje jedino posebni pravni odnosi dvaju lica iz kojih se rađa pravo na nasljedstvo. To su pravo zaštitnika, patrona, da naslijedi oslobođenog roba koji nema potomaka. Osnov za naslijeđe u ovom slučaju je zaštitništvo nad oslobođenikom (*velâ el-itk*). Drugi slučaj, prema hanefijskom fikhu, jeste ugovor o zaštiti i prijateljstvu slobodnih lica, Arapa i nearapa, koji zaštitniku daje pravo naslijeđa šticenika koji nema krvnih srodnika (*velâ el-muvâlât*). Ši'ije kao posebne pravne odnošaje koji mogu dovesti do naslijeđa navode: oslobođenje roba, potraživanje koje se zasniva na deliktu ostavitelja i svojstvo vjerskog vođe (*imama*).

Testament je u Šerijatu ograničen na postavljanje izvršioca ili staratelja i činjenje legata (*vasijjet*). Pravilo *institutio heredis est caput et fundamentum testamenti* ("imenovanje nasljednika je bitni element testamenta") ne važi u šerijatskom pravu. Niko ne može vlastitom voljom izmijeniti red koji je Allah uspostavio (*hudud*). Legati se mogu činiti u visini jedne trećine imovine a s odobrenjem nasljednika i više.

Izloženo je nasljedno pravo džahilijeta. Vidjeli smo da je šerijat izvršio izmjenu tog prava u skladu sa principom pravičnosti. Dalja razrada naloga šerijata, bilo uz uvažavanje elemenata arapskog običajnog prava (kod ehl-i sunneta) ili odbacivanja običajne prakse

⁸³ A. A. Fyze, *op. cit.*, str. 465.

(šijeh) u svakom slučaju je dovela do prava koje može, kako kaže Sir William Jones, brzo i pravilno riješiti svako pitanje nasljednog prava.⁸⁴

Izvor: *Islamska misao*, br. 62/1984, str. 7-11.

⁸⁴ Isto, str. 387.

ISLAMSKO MEĐUNARODNO PRAVO IZMEĐU ZABORAVA I IGNORISANJA

Poznato je da su muslimani tokom historije više ratovali međusobno nego što su vojevali protiv nemuslimanskog svijeta. Deveta i deseta decenija XX vijeka ostat će u historiji zapamćene po dva velika ratna sukoba, iračko-iranskom, koji je okončan nakon milionskih žrtava, i ratom u Zalivu, koji se tek razbuktava i prijeti nesagledivim posljedicama. Oba rata predstavljaju sukobe između muslimanskih zemalja, odnosno povodom muslimanskih teritorija.

Ovom prilikom ostavit ćemo po strani stvarne uzroke sukoba i njihova ideološka opravdavanja, promjenljiva savezništva i lojalnosti, svete ciljeve i profane interese. Interesuje nas pravna teorija koja je muslimanskim zemljama trebalo da predstavlja vođstvo za definisanje vanjske politike i osigura pravila i postupak za njeno ostvarivanje. Riječ je, prema tome, o islamskom međunarodnom pravu, njegovom konceptu i uvažavanju u savremenom dobu.

Sijer - klasično islamsko međunarodno pravo

Riječ sijer (*siyar*) označavala je u klasičnoj islamskoj vjersko-pravnoj nauci (*fikh*) granu koja se bavila međunarodnim odnosima. U najranije doba islama sijer je spadao u nauku o životnoj praksi Božijeg Poslanika (*sira*) da bi tokom II/VIII vijeka postao zasebna grana fikha.⁸⁵ Od vremena imama Zejda ibn Alija (u. 120. god. po H.) pisana su djela o islamskom međunarodnom pravu da bi ova nauka klasični izraz dobila u djelima Evzajja, Malika, Ebu Jusufa, Šejbani-

⁸⁵ Dr Mahmoud Ahmed Ghazi, *The Impact of Al-Shafi's Doctrine on International Law*, paper presented to International Seminar on Al-Imam Al-Shafi'i, Petaling Jaya, Malaysia, 1990, str. 3-8.

ja, Vakidija i Šafije. Čuveno Šejbanijevo djelo (*Kitâb es-siyer el-kebîr*) bilo je u okviru hanefijske vjersko-pravne škole predmet posebnog interesa a prevedeno na turski jezik služilo je kao zbornik za definisanje vanjske politike Osmanske carevine.

Sijer je predstavljao normativnu teoriju zasnovanu na historijsko određenom razumijevanju glavnih izvora islamskog učenja i racionalizaciji rane muslimanske prakse. Taj karakter najbolje su održavali izvori klasičnog islamskog međunarodnog prava, kako ih je definisao profesor Muhammed Hamidullah (Muhammad Hamidullah)⁸⁶ Ti izvori bili su:

- (1) Kur'an,
- (2) Sunnet,
- (3) praksa ranih halifa,
- (4) praksa ostalih muslimanskih vladara, ukoliko je učenjaci nisu odbacili,
- (5) mišljenja muslimanskih pravnika bilo u obliku analogije (*kijâs*) ili konsenzusa (*idžmâ'*),
- (6) sudske presude,
- (7) ugovori, paktovi i konvencije,
- (8) zvanične instrukcije komandantima, admiralima, ambasadorima i drugim službenicima muslimanskih država,
- (9) unutrašnje zakonodavstvo koje se tiče položaja stranaca i vanjskih odnosa,
- (10) običajno pravo.

Klasični koncept *sijera* bio je ograničen na regulisanje odnosa muslimanskih i nemuslimanskih zemalja, u ratu i u miru i odnosa prema nemuslimanima koji stalno ili privremeno borave na teritoriji muslimanske države. U tu teoriju uključivano je nekada i pitanje odnosa muslimanske države prema pobunjenicima.

U pogledu sadržine, karaktera i dometa *sijer* je u cjelini slijedio sudbinu cjelokupnog korpusa fikha, odnosno klasične islamske misli iz doba "Velikog hilafeta" (II/VIII-VI/XII vijek). Kada su obustavljene

⁸⁶ Muhammad Hamidullah, *Muslim Conduct of State*, Lahore, 1987, str. 18.

ni stvaralački procesi na muslimanskom intelektualnom horizontu uslijedilo je i okamenjenje islamske međunarodnopravne teorije. Historijska tumačenja prihvaćena su kao nepromjenljive norme, izuzetne situacije kao redovno stanje. Postklasični pravници i dalje su njegovali utopijski i idealistički pristup. Jedinstvo ummeta održavano je u međunarodnopravnoj teoriji ne samo kao religijski i filozofski koncept već i u smislu organizacionog i političkog jedinstva. Teorijski nije uopšte valjano tretiran niz procesa kao što su dezintegracija *dârul-islâma* i nastanak mnoštva samostalnih i polusamostalnih muslimanskih država. Ti procesi su osuđivani kao anarhija, umjesto da se traže pozitivna sredstva korištenja postojećih snaga i oblika radi postizanja jedinstvene i bolje političke strukture.⁸⁷ Na taj način muslimanski svijet ostao je u kontinuiranom stanju konflikta a islamsko međunarodno pravo više se bavilo pitanjem odnosa muslimanskih i nemuslimanskih država nego međusobnim odnosima samostalnih muslimanskih država.

Zbog takvog historijskog toka vanjska politika muslimanskih država dobrim dijelom je sekularizovana. Nju su kreirali vladari i njihovi savjetnici iz reda vojnih i civilnih dostojanstvenika. Funkcija uleme svodila se na šerijatskopravno opravdavanje već formulisane vanjske politike.⁸⁸ U takvom stanju muslimanski svijet dočekao je evropska kolonijalna osvajanja. Tokom dugog perioda potčinjenosti većina muslimanskih zemalja izgubila je međunarodnopravni subjektivitet a u malobrojnim zemljama koje su sačuvalе nezavisnost svjetovna dominacija vanjskom politikom promijenila je formu. Kao što su, u unutrašnjem pravu, na mjesto svjetovnog zakonodavstva muslimanskih vladara (*kanuni*) došle recepcije evropskih zakonika, međunarodni odnosi postali su domen evropskog međunarodnog prava.

⁸⁷ Argumentovanu kritiku klasičnog islamskog međunarodnog prava dao je profesor Abdulhamid A. Abu Sulayman u knjizi *The Islamic Theory of International Relations – New Directions for Islamic Methodology and Thought*, III T, Washington D.C., 1987., str. 15-45.

⁸⁸ Ta funkcija uleme može se posebno vidjeti na primjeru ratova Osmanske carevine i Perzije. Fetvama osmanskih muftija cjelokupno stanovništvo Perzije proglašeno je otpadnicima od vjere čime je dozvoljeno prolivanje krvi i oduzimanje njihove imovine.

U prvoj polovini XX vijeka muslimanski reformistički pravници preduzeli su napore da u unutrašnje pravo svojih zemalja u optimalnoj mjeri uključe šerijatsko pravo. Taj trend, s nešto izmijenjenim smjerom, nastavljen je u drugoj polovini našega vijeka. Šerijat je, u svakom slučaju, postao važan izvor pozitivnog prava muslimanskih zemalja. Unošenje šerijata u unutrašnje zakonodavstvo nije, međutim, slijedila njegova revitalizacija u međunarodnopravnoj sferi. Projekti preduzeti u okviru arapskih i islamskih međunarodnih organizacija (Liga arapskih država, Organizacija islamske konferencije) nisu postali djelotvorni zbog suprotstavljenih interesa zemalja članica i političke blokade njihovog rada. Razloge neuspjeha treba, pored toga, tražiti i u opštoj orijentaciji nekih muslimanskih zemalja koje samo formalno iskazuju privrženost islamu ali i u nedostatku napora da se islamsko međunarodno pravo reformuliše i učini relevantnim za savremene međunarodne odnose.

Pitanje univerzalnosti savremenog međunarodnog prava

Savremeno međunarodno pravo, koje je praktično u upotrebi u cijelome svijetu, poteklo je iz historije Evrope.⁸⁹ Pisci njegove historije ili autori enciklopedijskih članaka započinju obično spomenom tekstova iz faraonskog Egipta ili grčkih gradova-država. Iza toga obično slijedi rimski period a nakon njega moderno doba. Period od VII do XVII vijeka zanemaren je kao doba "srednjeg vijeka", u kome navodno nije bilo "ni mjesta ni potrebe za međunarodno pravo".⁹⁰ Nije deplasi-rano podsjetiti da je u to doba formulisana klasična teorija islamskog prava, koja je postavila visoke zahtjeve za poštovanjem pravde i morala primjerene tadašnjem stanju međunarodnih odnosa.

Početak XVII vijeka, kada je Hugo Grotius, otac modernog evropskog međunarodnog prava, napisao svoje djelo *De jure belli ac pacis*, konstatovao je da se evropski narodi ponašaju na način koga bi

⁸⁹ M. Hamidullah, *op. cit.* str. 66.

⁹⁰ Ovu misao, koju je izrekao poznati pravnik Oppenheim, ponavlja i pisac odrednice *Međunarodno javno pravo* u *Pravnoj enciklopediji* ("Savremena administracija", Beograd, I, 1985, str. 795).

se zastidjeli i barbari. U narednim vijekovima postepeno se oblikovalo evropsko međunarodno pravo humanizujući međunarodne odnose. Najveće ograničenje tog prava bilo je opšteusvojeno shvatanje da je ono kreirano u korist i za upotrebu kršćanskih evropskih naroda. Tek 1856. god. Pariškim ugovorom o miru dopušteno je Osmanskoj carevini da se pridruži Društvu evropskih sila. I to je učinjeno iz političkih a ne filantropskih razloga.⁹¹ Čak i nakon tog doba, brojni evropski pravници smatrali su da se norme evropskog međunarodnog prava ne mogu primjenjivati na tu zemlju zbog njenog muslimanskog karaktera. Tek nakon pristupanja Lozanskom ugovoru 1923. prestala je da se dovodi u pitanje primjenljivost evropskog međunarodnog prava na Tursku.⁹²

Razvoj međunarodnog prava tokom XX vijeka kretao se pravcem njegove univerzalizacije ali se evropocentristički pristup i dalje održavao. Ostatak takvog pristupa, barem na nivou međunarodne prakse, predstavlja zadržavanje dvostrukih standarda – važenje definitivnih pravila za “civilizovane” zemlje i zadržavanje diskrecije za “necivilizovane”. Orijehtacija prema faktičkoj moći, koja je raspoređena u područje koje se geografski i kulturno naziva Zapad, predstavlja i danas bitno ograničenje međunarodnih prava. U drugoj polovini XX vijeka i neevropski narodi, među njima i muslimanski, počeli su značajnije utjecati na progresivni razvoj koncepcija i normi međunarodnog prava. Uticaj globalnih ideoloških konflikata na univerzalnost međunarodnog prava te praktična blokada njegovih normi kada su bili u pitanju pojedini muslimanski narodi (naprimjer pitanja Palestine, Kašmira i Eritreje) doveli su do toga da pozivanje na međunarodno pravo u muslimanskom svijetu ne proizvodi očekivane psihološke efekte. U slučaju rata u Zalivu, intervencija multinacionalnih snaga zaodjenuta je mandatom Savjeta sigurnosti Organizacije ujedinjenih nacija da se može upotrijebiti i oružana sila ukoliko se Irak ne povuče iz okupiranog Kuvajta. Napad na jednu suverenu državu nedopustiv

⁹¹ M. Hamidullah, *op. cit.* str. 69.

⁹² M. Cherif Bassiouni, “Sources of Islamic Law and the Protection of Human Rights in the Islamic Criminal Justice System”, *The Islamic Criminal Justice System*, London- Rome-NewYork, 1982. str. 35.

je akt prema međunarodnom pravu, ali je također jasno da su iza pokretanja ogromne vojne mašinerije multinacionalnih snaga stajali i jasno profilirani interesi a ne samo riješenost da se provedu odredbe međunarodnog prava. Međutim, ukoliko bi vojna intervencija pod mandatom Organizacije ujedinjenih nacija ostala usamljeni preseedan u historiji zbivanja na Bliskom istoku, povjerenje muslimanskih naroda u postojeće međunarodno pravo bilo bi ozbiljno uzdrmano ako ne i zauvijek izgubljeno.

Reformulacija islamskog međunarodnog prava

U muslimanskom svijetu, čiju stvarnost danas čine nacionalne države, postavljaju se ozbiljni zahtjevi i projekti za ponovno formulisanje islamske teorije međunarodnih odnosa. Ta nova teorija treba da nadvlada ograničenja klasičnog *sijera*, da izrazi stvarnost muslimanskog svijeta, puteva njegove integracije i uključivanja u svjetsku zajednicu naroda.

Prema mišljenju profesora Abdulhamida Ebu Sulejmana sa Međunarodnog islamskog univerziteta u Maleziji potrebno je rekonstruirati razumijevanje međunarodnih odnosa u ranom dobu islama, reformisati metodologiju, strogi legalistički pristup zamijeniti politološkim i u novom procesu kreiranja vanjske politike muslimanskih država osigurati uvažavanje osnovnih principa islamskog prava.⁹³

Principi kojih bi trebalo da se drže muslimanske zemlje, ukoliko žele da ostanu vjerne svome biću, jesu:

- (1) zabrana agresije (*udvân*),
- (2) zabrana tiranije (*tugjân*),
- (3) zabrana korupcije (*fesâd*),
- (4) zabrana krajnosti (*isrâf*).

Njihova praktična politika trebalo bi da bude usmjerena ka ostvarivanju jedinstva i jednakosti ljudi (princip *tevhida*), osiguranju pravde, mira, solidarnosti i saradnji. Na ovim principima reformuli-

⁹³ Abdulhamid A. Abu Sulayman, *op. cit.* str. 126.

sana islamska teorija međunarodnih odnosa mogla bi okončati stanje konflikta u muslimanskom svijetu, afirmisati šerijat kao regionalno međunarodno pravo muslimanskih naroda i u univerzalno međunarodno pravo unijeti nove pravne i moralne impulse.

Izvor: *Glasnik Rijaseta IZ-e u SFRJ*, br. 6/1990, str. 7-11.

HERETIČKA UČENJA I PRAKSA U SVJETLU PROPISA ŠERIJATSKOG KRIVIČNOG PRAVA

Važan aspekt proučavanja heretičkih pokreta u muslimanskom svijetu predstavlja izučavanje šerijatskog krivičnog prava, posebno onog njegovog dijela koji tretira zločine protiv religije. Pravni propisi iz te oblasti, komentari i mišljenja pravnika objektiviziraju različite pojave odstupanja od ustanovljenog tumačenja vjere. Historijsko-pravni pristup ovom problemu otkriva promjenljive trendove kaznene politike u domenu zločina protiv religije u muslimanskom svijetu, te utjecaj različitih faktora na definisanje krivičnih djela.

Za sagledavanje muslimanskih heretičkih učenja i prakse u svjetlu propisa šerijatskog krivičnog prava potrebno je, prema našem mišljenju, šire izložiti dva glavna djela protiv religije - apostaziju i herezu. Zbog nedovoljno preciznog definiranja ovih djela u nauci šerijatskog prava, pojedina heretička učenja ili praksa mogli su biti podvedeni pod jedan ili drugi delikt.

Na ovom mjestu to će biti učinjeno s osloncem na stavove klasičnih i postklasičnih šerijatskih pravnika, posebno hanefijske vjersko-pravne škole koja je uživala državnu sankciju u Osmanskoj carevini. Obratit će se posebna pažnja na pravna mišljenja (*fetve*) poznatih osmanskih muftija od XV do XVIII vijeka iz kojih se mogu nazrijeti glavne tendencije u krivičnopravnoj zaštiti pravovjernog islama. Na početku će se dati prikaz klasifikacije krivičnih djela u šerijatskopravnoj nauci.

I. Klasifikacija krivičnih djela u šerijatskopravnoj nauci

Nauka šerijatskog prava svrstava sva krivična djela i prekršaje u tri kategorije: *hudud* (hudud - granice), *džinâjât* (džinajet - zločini) i

ta'zîr (ta'zir - sprečavanje).⁹⁴ U prvu kategoriju spadaju krivična djela za koja su u Kur'anu i Sunnetu određene sankcije (blud, neosnovana optužba za blud, opijanje, krađa, razbojništvo i istup iz vjere). Sva ova djela, prema šerijatskim učenjacima, predstavljaju povredu tzv. Božijih prava (*hukûk Allâh*), te se u širem smislu mogu označiti kao delikti protiv religije. U slučaju njihovog izvršenja islamska vlast je bila dužna da na propisan način ustanovi počinioca i striktno primijeni predviđenu sankciju, koja je imala retributivni karakter. Postupak se pokretao po službenoj dužnosti i, osim u slučaju neosnovane optužbe za blud, oprost oštećene strane nije imao pravnog značaja. Vjerski karakter djela iz kategorije *hudud* vidio se u tome što je iskreno pokajanje počinioca (*tevba*) moglo u određenim slučajevima otkloniti primjenu sankcije.

U drugu kategoriju spadaju krivična djela kojima se vrijeđaju tzv. prava ljudi (*hukûk el-ibâd*). To su ubistvo, ranjavanje i oštećenje imovine. Pošto se u ovim slučajevima radi o povredi privatnih interesa, gonjenje se preduzima na osnovu tužbe oštećene strane, moguće je poravnanje (*sulh*) i oprost (*afv*).

Treću kategoriju čine krivična djela i prekršaji čija obilježja i sankcije nisu precizno određeni u dva glavna izvora šerijatskog prava. U najširem smislu može se reći da se radi o djelima protiv javnog reda, morala i vjerskih pravila ponašanja (krivo svjedočenje, poslovanje s kamatom, korupcija, krivo mjerenje, zanemarivanje vjerskih obaveza itd.)

Za sprječavanje ovih djela politička i sudska vlast u islamskoj državi bila je ovlašćena da izriče preventivne ili kaznene mjere rukovođena načelom "državnog razloga (*siyâsa*). Te mjere su obuhvatale opomenu, lišavanje slobode, globe, tjelesne kazne pa čak i smrtnu kaznu. Djela koja spadaju u kategoriju *ta'zîr* predstavljala su dijelom povredu "Božijih", a dijelom "ljudskih" prava te su i mjere za njihovo sprječavanje objedinjavale u sebi elemente odmazde i popravljanja počinioca.⁹⁵ Nedostatak preciznog definiranja djela koja spadaju u

⁹⁴ Vid. Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, str. 175-187.

⁹⁵ Vid. Ghaouti Benmelha, "Ta'zir Crimes", u: *The Islamic Criminal Justice System*, ed. M. Cherif Bassiouni, Oceana Publications, London - Rome - New York, 1982, str. 211-236.

ovu kategoriju mogao je tokom historije biti korišten za veću individualizaciju kažnjavanja kao i za faktičko povećanje diskrecionih ovlaštenja političke vlasti u oblasti krivičnog prava.

II. Krivična djela protiv religije

U kategoriji *hudûd* kao djelo protiv religije u užem smislu može se izdvojiti apostazija ili vjero-odstupništvo (*ridda, irtidad*), a u kategoriji *ta'zir* hereza ili krivovjerstvo (*zendeka*). Različiti oblici odstupanja od učenja i prakse muslimanskog pravovjerja podvođeni su tokom historije pod jednu ili drugu kvalifikaciju sa teškim posljedicama po njihove počinioce.

1. Vjeroodstupništvo / apostazija

U šerijatskom pravu vjeroodstupništvo se naziva *irtidâd* ili *ridde*, a vjeroodstupnik (*murtedd*) se označava kao "onaj koji je napustio islam" (*er-râdži' an din el-islâm*).⁹⁶ U učenjima pojedinih vjersko-pravnih škola detaljno su izloženi primjeri izjava ili djela koje jednog muslimana izvode iz vjere. Izjave kojim se ovo djelo izvršava nazivaju se "riječi nevjerstva" (*elfâz el-kufr*). "Nevjerstvo" je u djelima hanefijske škole generalno definisano kao "nijekanje nekog nepohodnog dijela poruke koju je prenio Muhammed" (*el-kufr: tekzîb Muhammed fi şey' min mâ de'â bih min ed-dîn darûreten*).⁹⁷ Ovakvo definisanje je otvaralo mogućnost podvođenja različitih akata pod termin *kufr*. To je moglo biti nijekanje onoga što se mora znati o vjeri (npr. Božija jednota), tvrdnje pojedinaca da im se Bog objavio, odbacivanje vjerskih obaveza (*ferâ'id*), omalovažavanje Božijih imena, svojstava ili zapovijedi, psovanje vjere, poslanika, meleka, itd. Od djela se navodi bacanje Kur'ana ili zbirki hadisa na nečisto mjesto.⁹⁸

⁹⁶ *Irtidad*, u: *Mevsu'â Džemâl Abd en-Nasir fi el-fikh el-islâmi*, IV, al-Kahira, 1389 H, str. 252.

⁹⁷ *Fetava-i Ankarevi*, Istanbul, 1281 H, str. 160.

⁹⁸ Es-Sejjid Sadik, *Fikh es-sunne*, Dar el-fikr, Bejrut, 1977, II, str. 384-385.

Od samog početka islama vjeroodstupništvo je definisano kao akt koji ima društvene i političke posljedice. U jednom od hadisa kojim se određuje sankcija za ovo djelo kaže se da je dopušteno proliti krv onoga “ko je napustio svoju vjeru i odvojio se od zajednice” (*et-târik lidinih el-mufârik li el-džemâ’a*)⁹⁹ ili u drugoj verziji “čovjeka koji istupi iz islama pa se bori protiv Boga i Njegova poslanika”.

Okolnost da se islam već u prvom vijeku svog postojanja u historiji realizovao kao vjersko-politički entitet odrazila se i na definisanje djela vjerootpadništva. To nije bio samo religijski, već i politički delikt. Određenje šta konkretno predstavlja “odstupanje od islama” bilo je u znatnoj mjeri uslovljeno društvenim prilikama muslimanskog svijeta ili nekog njegovog dijela. U samoj definiciji *kufra* vremenom su društveni i politički elementi počeli potiskivati religijske. Zahirij-ski pravnik Ibn Hazm (u. 456/1063) smatra vjeroodstupnikom svakog muslimana koji svojevóljno prebjegne na neprijateljski teritorij (*dâr el-harb*) i udruži se protiv muslimana.¹⁰⁰ Malikijski pravnik El-Hatab (u. 954/1547) vjeroodstupnikom smatra i onoga ko nosi “odjeću nevjernika” (*siyâb el-kâfir*) ukoliko to čini iz želje da im se približi.¹⁰¹ U uvaženom hanefijskom pravnom zborniku *Multeka*, koji je napisao Ibrahim El-Halebi (u. 956/1549) sintagma *men irtedde* (“ko odstupi od islama”) objašnjava se riječima “to jest - napusti islamski narod” (*ey tereke mille el-islâm*).¹⁰² *Na ovaj način djelo vjerootpadništva je postalo istovjetno sa izdajom zemlje o čemu svjedoči i okolnost da se u pravnim zbornicima ono izlaže u dijelu o ratnom i međunarodnom pravu (kitâb es-siyer) a ne uz ostala krivična djela kategorije hudud (kitâb el-hudud).*

Prema tumačenju hanefijske škole, akt jednog muslimana može se kvalifikovati kao vjeroodstupništvo ukoliko je počinitelj fizički zreo (*bâlig*), razborit (*âkil*) i svojevóljan (*gajr mukreh*). Prema mišljenju imama Ebu Jusufa i Muhammeda vjeroodstupništvo može učiniti i

⁹⁹ Abd ar-Rahman el-Džeziri, *Kitab el-fikh ala el-mezahib el-erbe’a*, Dar el-fikr, al-Kahire, (-), str. 60.

¹⁰⁰ *Irtidâd*, str. 253.

¹⁰¹ Isto.

¹⁰² *Multeka el-ebhur*, Istanbul, 1315. H, str. 195.

razumni maloljetnik (*es-sabijj el-mumejjiz*), to jest onaj koji je navršio sedam godina. U slučaju dokazanog vjeroodstupništva (sa dva pravedna svjedoka pred nadležnim sudijom) predviđene su slijedeće kazne: smrt za muškarce, lišenje slobode za ženu i prisilno vraćanje u islam za maloljetnike.¹⁰³ Sve ostale pravne škole predviđaju smrtnu kaznu za muškarca i ženu.

Kazna se ne izvršava odmah po utvrđivanju djela, već se ostavlja određeni vremenski period (obično tri dana) u kome počinitelj ima priliku da se pokaje (*istitabe*). U tom periodu muslimanski učenjaci treba da raspravljaju sa vjeroodstupnikom, razotkrivaju njegove sumnje i upućuju ga istini. Ukoliko se on ne pokaje i ne vrati vjeri (izgovaranjem kelime i distanciranjem od svih vjera osim islama) ili se stekne uvjerenje da je počinitelj nepopravljiv, kazna će biti izvršena. Odlaganje izvršenja kazne, prema hanefijskim pravnicima, nije obavezno nego samo preporučljivo (*nedb*), te nije odgovoran onaj koji bi naredio trenutno izvršenje kazne za vjeroodstupništvo.¹⁰⁴

Smrtna kazna za vjeroodstupništvo utemeljena je na drugom izvoru šerijatskog prava (*sunnetu*). To su riječi Muhammeda a.s.: “Krv muslimana je dopušteno proliti u tri slučaja: nevjerovanje nakon vjeronanja, blud nakon braka i nezakonito ubistvo”, “Ko promijeni vjeru - ubijte ga”, itd.¹⁰⁵ U Kur'anu je za ovo djelo spomenuta samo kazna na budućem svijetu: “A oni među vama koji od vjere svoje otpadnu i kao nevjernici umru, - njihova djela bit će poništena i na ovom i na onom svijetu, i oni će stanovnici Džehennema biti, u njemu će vječno ostati” (el-Bekare II: 217).

Vjeroodstupnicima se ne obavlja posmrtna molitva (*salât el-dženâze*) niti se sahranjuju u muslimanska groblja. Pravne posljedice ovog djela su: prekid bračne veze (*fesh en-nikâh*) ukoliko i drugi supružnik nije počinio akt vjeroodstupništva, gubitak nasljednih prava prema srodnicima muslimana ali ne i obrnuto, gubitak starateljskog prava prema muslimanskim licima itd. Sam akt istupa iz islama ima

¹⁰³ *Irtidâd*, str. 257.

¹⁰⁴ *Multeka el-ebhur*, str. 195.

¹⁰⁵ Es-Sejjid Sabik, *op. cit.*, str. 386.

posljedice i po svojinska prava počinioca. Prema šafijskom i malikij-skom tumačenju, imovina murteda postaje ratni plijen muslimanske države (*fej'*). Ukoliko se pokaje i vrati islamu, pripast će mu ono što je preostalo od imovine. Ostale pravne škole, uključujući i hanefije, svojinska prava vjeroodstupnika smatraju suspendiranim (*mevkuf*) - ako se vrati islamu - ona nastavljaju teći, a ako prebjegne na neprijateljsku teritoriju ili bude ubijen, imovina će pripasti njegovim zakonitim nasljednicima. Postoji mišljenje da onaj dio imovine koji je stečen za vrijeme apostazije pripada državi.¹⁰⁶

Dvojni karakter vjeroodstupništva kao vjerskog i političkog delikta doveo je vremenom do uspostavljanja razlike između blažih i težih oblika ovog djela i sljedstveno tome do propisivanja različitih sankcija za njihove počinioce.

Na jednoj strani su izdvojene "riječi nevjerstva" (*elfâz el-kufr*), za koje počinitelj treba da se iskreno pokaje (*tevbe*), obnovi vjerovanje i brak (*tedždid el-iman ve en-nikah*) ili u težim oblicima bude podvrgnut tjelesnoj kazni kao za djelo iz kategorije *ta'zir* (*ta'zir šedid*). Obrazloženje za ovakvu liberalniju kaznenu politiku dato je u obliku preporuke muftijama da izjave muslimana ne kvalificira kao *kufr* sve dotle dok je moguće toj izjavi dati neko prihvatljivije, ljepše značenje ili je podvesti pod razilaženje pravnika (*ihtilâf el-fukahâ*).¹⁰⁷

Uvidom u neke zbornike pravnih mišljenja (*medžme' el-fetâvâ*) osmanskog perioda došli smo do zaključka da je do predviđanja blažih sankcija došlo kod onih izjava koje nisu u većoj mjeri pogađale interese političke vlasti. Tako se u zborniku *Bahdžât el-fetâvâ* iz prve polovine XVIII vijeka propisuje obnavljanje vjerovanja i braka i teška tjelesna kazna za onoga ko opisuje Boga onim što mu ne priliči, omalovažava Njegovo ime ili naredbe, niječe Njegovo obećanje ili kaznu, unosi kur'anske ajete u šalu i zabavu i tako ih omalovažava.¹⁰⁸ Interesantno je spomenuti da je ista kazna predviđena i za onoga koji ismijava vjersku nauku i vjerske učenjake (propovjednike u džamiji, hodže u mektebu itd.).

¹⁰⁶ *Multeka el-ebhur*, str. 195.

¹⁰⁷ *Fetawa-i Ankarevi*, str. 161.

¹⁰⁸ *Bahdžât el-fatâvâ me'a en-nukul*, Istanbul, (-), str. 183-164.

Nošenje “nevjerničke odjeće” ili učešće u njihovim svetkovinama u djelu *Fetâvâ-i Ali efendi* iz XVII vijeka također se smatra nevjerstvom ali se za ta djela predviđa samo obnavljanje vjerovanja i braka.¹⁰⁹

Ublažavanje kažnjavanja nepolitičkih “izjava nevjerstva” bilo je praćeno pooštavanjem krivične zaštite društvenog aspekta islamskog učenja i njegovog historijskog tumačenja. Obnavljanje vjerovanja, braka i eventualno teško tjelesno kažnjavanje predviđeno je u zborniku *Fetâvâ-i Abdurrahim* s početka XVIII vijeka za one koji omalovažavaju ne samo *din* i *imân* nego i *mezheb* (vjersko-pravne škole).¹¹⁰ Ista kazna je u spomenutom zborniku *Fetâvâ-i Ali efendi* predviđena i za omalovažavanje šerijatskopравnih autoriteta (bacanje fetve šejhul-islama, odbijanje njegovog tumačenja itd.)¹¹¹

Kao teži oblici vjeroodstupništva za koje je bila predviđena smrtna kazna navođeni su vrijeđanje Poslanika Muhammeda a.s. ili ranijih poslanika te vrijeđanje prve dvojice halifa. Svakome onom koji bi psovao, vrijeđao ili omalovažavao Poslanika Muhammeda a.s. ili nekog ranijeg poslanika (*sebb en-nebijj*) bilo je zapriječeno smrtnom kaznom koju nije moglo otkloniti ni pokajanje dato prije niti poslije hapšenja (*katl bilâ te'hir*) kao ni okolnost da je izjava data u stanju pijanstva ili pod prinudom.¹¹² Za isto djelo u povratu slijedila je smrtna kazna i nemuslimanu pod zaštitom islamske države (*zimmi*), pošto se smatralo da je tim aktom prekršen ugovor o zaštiti. Odluka o smrtnoj kazni u ovom slučaju je bila prepuštena diskrecionoj ocjeni vladara.¹¹³

Psovanje i proklinjanje halifa Ebu Bekra i Omera kvalifikovano je kao kufr u djelu *Fetâvâ-i Ali efendi* i takva osoba bi bez odlaganja bila pogubljena.¹¹⁴ U zborniku *Fetava-i Abdurrahim* predviđena je teška tjelesna kazna i lišavanje slobode za onoga ko bi psovao ili

¹⁰⁹ *Fetâvâ-i Ali efendi*, Istanbul, 1258. H, str. 163-164.

¹¹⁰ *Fetâvâ-i Abd ar-Rahim*, Istanbul, 1243. H, str. 90.

¹¹¹ *Fetâvâ-i Ali efendi*, str. 161.

¹¹² *Bahđzat el-fetâvâ*, str. 186.

¹¹³ Isto.

¹¹⁴ *Fetâvâ-i Ali efendi*, str. 166.

proklinjao emevijskog halifu Mauviju.¹¹⁵ Ova djela su najčešće činili ši'ijjski ekstremisti ili pripadnici heterodoksnih sufijskih redova izrašlih na ši'ijjskom učenju. Ta okolnost objašnjava i stroge kazne za njihove počinioce.

Od početka XVI vijeka safevijski Iran sa ši'izmom kao državnom religijom predstavljao je najozbiljnijeg muslimanskog rivala Osman-skoj državi. U takvim prilikama, prihvatanje ši'ijjskih tumačenja od strane osmanskih podanika kvalifikuje se kao politička subverzija.¹¹⁶ Da bi se zaštitio ehlišunetski islam kao osmanska državno-politička ideologija pojačana je krivičnopravna zaštita Poslanika Muhammeda, a.s., i ehlišunetskog tumačenja rane muslimanske historije. Iz tog vremena potječe i redovno kvalifikovanje ši'ijjskih Iranaca (*revâfid-i adžem*) kao "nevjernika" i "vjeroodstupnika" u turskim fetvama.¹¹⁷

U zborniku *Fetâvâ-i Fejzije* iz XVII vijeka kaže se da su ši'ije murtedi zbog uvrede i psovanja dvojice halifa (*šejhani*), mržnje prema ashabima (*bugd-i ashâb*) i drugih obilježja kufra. Ukoliko oni zauzmu jedan kraj, on se i dalje smatra "kućom islama" (*dâr el-islâm*) ali pod privremenom okupacijom vjeroodstupnika. Kada islamska (osmanska) vojska ponovo zauzme taj kraj, muškarci će biti pogubljeni a žene i djeca prisiljeni da prihvate (ehlišunetski) islam.¹¹⁸

2. Krivovjerstvo/hereza

U šerijatskopравnim djelima vjeroodstupništvo (potpuno odmetanje od islama) dovodi se u najužu vezu sa krivovjerstvom (nepri- znavanjem određene dogme ili odstupanjem od prihvaćenog vjerskog tumačenja). Za krivovjerce ili heretike se u šerijatskom pravu upotrebljavaju termini *zindik*, *mulhid* i *dehri*. Za sva tri termina je teško naći zadovoljavajući prijevod pošto njihova značenja nisu precizno određena. Dok se termin *mulhid* prevodi kao "bezbožnik", a

¹¹⁵ *Fetâvâ-i Abd ar-Rahim*, str. 98-99.

¹¹⁶ Halil Inaldžik, *Osmansko Carstvo*, Beograd, 1974, str. 258-259.

¹¹⁷ *Tarih-i Pečevi*, Istanbul, 1283. H, str. 311, 319. "Sve spahije i raja u perzijskom vilajetu su kafiri, pa su naše muftije izdale fetvu u kojoj se kaže da su nam njihovi životi i imeci dozvoljeni." (str. 319)

¹¹⁸ *Fetâvâ-i Fejzije me'a en-nukul*, Istanbul, 1266. H, str. 19.

termin *dehri* kao “materijalist” i “naturalist”, izraz *zindik* je vremenom poprimio genetičko značenje “heretik”, te će se njegovoj evoluciji posvetiti posebna pažnja.¹¹⁹

Ovaj termin se u islamskom kontekstu prvi put javio u Iraku 125/742. godine a posuđen je iz iranskog vokabulara sasanijske administracije. *Zindik* je među mazdejcima označavao heretika koji je uveo nova alegorijska tumačenja Avesta, manihejca ili još uže manihejskog šizmatika Mazdeka. U drugom vijeku islama, kada se ovaj termin preuzima u muslimansku praksu, on označava dualističkog asketu, zatim muslimana koji je potajno manihejac, čime se praktično u ovom posljednjem slučaju poistovjećuje sa oznakom *munafik* (licemjer) iz vremena Muhammeda a.s.¹²⁰ Ovakvom identifikacijom i djelo hereze u očima pravnika zadobiva pretežno politički karakter - to je uzrok razdora u muslimanskoj zajednici i dovodi do “nereda na zemlji” (*fesâd fi el-erd*).

Jačanjem tradicionalizma u muslimanskom društvu u III/IX i IV/X vijeku *zindik* počinje označavati “slobodnog mislioca”. Kao sinonimi za pojave takvog iskazivanja pripadnosti islamu koje nije bilo dovoljno odano prema ocjeni muslimanske “ortodoksije” u to vrijeme se koriste termini *ilhâd* (bezboštvo) i *bid'a* (novotarije). Tendencija proširivanja značenja termina *zindik* i njegovih sinonima dovela je u vrijeme preovlađivanja tradicionalizma i vjersko-pravnog formalizma (*taklid*) do izreke “Ko god se bavi logikom (slobodno razmišlja) - taj je heretik” (*Men tementaka fe kad tezendeka*).¹²¹

Rastegljivost i neodređenost pojma heretik u islamu u prvo vrijeme bila je djelimično uzrokovana nedostatkom čvrstog kriterija o tome šta je to “ortodoksija”, odnosno službeno i autorizivano naučavanje islama. Formulisanjem klasične teorije šerijatskog prava (do

¹¹⁹ Vidi “Dahriyya”, u: *Shorter Encyclopedia of Islam*, Leiden-London, 1961, str. 67-68; “Zindik”, u: *Shorter Encyclopaedia of Islam*, str. 659-660.

¹²⁰ Takvo značenje terminu *zindik* daje se u novijim zbornicima šerijatskog prava. U djelu *Kitab el-fikh ala el-mazahib el-erbe'a zindik* se određuje riječima: “To je onaj koji taji nevjerovanje a pokazuje islam” uz napomenu da su se takvi u doba Muhammeda, a.s., nazivali munaficima.” (V str. 428).

¹²¹ *Zindik*, u: *Dâ'iret el-me'ârif el-islâmijje*, (-), str. 445.

kraja IV/X vijeka) taj kriterij je pronađen u obliku idžmaa (*idžmâ'*) ili saglasnosti muslimanske zajednice. Zbog toga će u djelu *el-Musevva hereza (zendeka)* biti opisana slijedećim riječima:

“Ako neko ispovijeda vjeru u svom vanjskom i unutrašnjem životu ali njene temeljne postavke tumači drukčije nego što su to učinili ashabi (drugovi Poslanika), tabi'ini (nasljednici drugova) ili drukčije nego se o tome saglasila muslimanska zajednica - on je krivovjerac.”¹²²

Historijska tumačenja islamskog učenja su na ovaj način zadobila pravnu zaštitu. Za razliku od teologa koji su termin *zindik* široko koristili za kvalifikaciju liberalnih tumačenja vjerskog učenja, pravnici su u domenu krivičnog prava krivovjercima (*zendeka*) počeli označavati ona lica čije naučavanje vjere postane opasno za državu. Na taj način, djelo je postalo blisko vjeroodstupništvu (*irtidâd*) i pobuni (*bagj*).

Poznati pravnik el-Maverdi (u.449/1057.) u djelu o državnom pravu (*el-Ahkâm es-sultâniyye*) pravi razliku između odstupanja od općeprihvaćenog tumačenja vjerskog učenja i pobune protiv vlasti kojoj kao ideologija služi novi vjerski pravac.¹²³ Ako se skupina muslimana odvoji od stanovništva većine i uspostavi novi pravac (*mezheb*) a pri tome i dalje ostane pokorna vladaru i ne prelazi granice područja na kome se nalazi - bit će ostavljena na miru. Protiv takvih ljudi se neće preduzimati vojne mjere. Međutim, ako ta skupina počne javno ispovijedati svoje vjerovanje i miješati se sa sljedbenicima istinske vjere, vladar će im objasniti pogrešnost njihovog vjerovanja i nevaljanost onoga što su uveli ne bi li se vratili istinskoj vjeri i suglasnosti sa većinom. Pri tome je vladaru dozvoljeno da diskreciono kazni one “koji izazivaju nered” bez prava izricanja smrtne kazne. Glavni razlog za progon krivovjeraca je, dakle, pobuna protiv zakonitog vladara (*imâm el-hakk*) i širenje nereda na zemlji (*fesâd*) a ne njihovo krivo vjerovanje.¹²⁴

¹²² Es-Sejjid Sabik, *op.cit.*, II, str. 391.

¹²³ Ali ibn Muhammad ibn Habib el-Basri el-Maverdi, *el-Ahkâm es-sultaniyye fi el-vilâjat ed-diniyye*, al-Kahira, (-), str. 63-64.

¹²⁴ Vidi Ibn al-Humam el-Hanefi, *Feth el-kâdir*, el-Metbe'a al-mejmunijje, El-Kahira, 1319 H, V, str. 334.

Ovakvo poimanje krivovjerstva svrstalo je ovo djelo u kategoriju *ta'zir* za koju se diskreciono izriču preventivne ili kaznene mjere. U toj kategoriji smrtna kazna se mogla izuzetno izreći i to za teška djela protiv vjere, državne sigurnosti i za ustrajnost u zločinima. Postklasični muslimanski pravnici (*mute'ehhirun*) sve četiri pravne škole dopustili su pogubljenje heretika, što je predstavljalo pooštravanje kaznene politike u odnosu na klasični period. Ovi pravnici su, međutim, smrtnu kaznu predvidjeli za "heretika propagatora" (*ez-zindik ed-da'i*), "propagatora novotarija" (*ed-da'i ila el-bid'a*) itd., što je značilo da se uspostavlja razlika između običnog slijeđenja hereze od njene propagande.¹²⁵ Prema hanefijskom tumačenju iz osmanskog perioda dozvoljeno je pogubiti "heretika propagatora" ukoliko se uhvati prije nego što se pokaje. Pokajanje nakon hvatanja nije isključivalo smrtnu kaznu.¹²⁶ Na ovaj način, "zindik koji širi *ilhad*" je krivično-pravno izjednačen sa kvalificiranim vjeroodstupnikom (uvreda Poslanika) i vraćanjem (*sihr*).

Licu koje je pogubljeno zbog krivovjerstva obavljan je posmrtni vjerski obred (*salât el-dženâze*) ukoliko se pokajalo prije izvršenja kazne. Sahranjivano je u muslimansko groblje a njegova imovina je bila neprikosnovena. Prema malikijskoj i hanbelijskoj školi imovina krivovjerca je bila konfiskovana ukoliko je pogubljen bez pokajanja.¹²⁷

U sudskoj praksi Osmanske carevine stavovi postklasičnih hanefijskih pravnika našli su praktičnu primjenu.

Od početka XVI vijeka u javnom životu osmanske države postaju sve uticajniји islamski tradicionalistički krugovi. Halil Inaldžik smatra da je jedan od razloga takvog stanja bila potreba turskih vladajućih slojeva da se u većoj mjeri oslanjaju na ulemu i islamske institucije nakon preuzimanja hilafeta 1517. Krajiške tradicije ustupaju pred shvatanjima klasične islamske države.¹²⁸ U prvi plan istupa

¹²⁵ *Al-Ta'zir - A Preparatory Edition of Samples of Theses for Islamic Law Enciclopedia* (8), Kuwait (-), str. 17.

¹²⁶ *Bahdžet el-fetâwâ*, str. 151.

¹²⁷ Ve kada el-zindik 'el-ma'ruf ve ed-da'i ila e1-ilhad va el-ibahi ve la takbal tevbetuh - *Fetava-i Ankarevi*, str. 184.

¹²⁸ H. Inaldžik, *op. cit*, 258

insistiranje na šerijatu protumačenom jednom za svagda u četiri prihvaćene škole ehl-i sunneta. U intelektualnom životu počinju da se potiskuju racionalne nauke i filozofija, dijalektička teologija i misticismizam. U samoj sferi šerijatskopравnih nauka ne tolerše se odstupanje od usvojenih pravnih tumačenja a nepripadanje jednoj od priznatih škola (*bi mezheblik*) smatra se krivovjerstvom. U takvim okolnostima ne dolazi samo do krivičnog pravnog progona heretika opasnih za državu (pokret kizilbaša u XV i hamzevija u XVI vijeku) već i pojedinih učenjaka koji svojom slobodoumnošću ili britkim jezikom odskaču od standarda "pravovjerne" i lojalne uleme.

Zapisi savremenika o procesima slobodoumnim muslimanskim učenjacima svjedoče o praksi progona za "verbalne delikte" i o "montiranim procesima" u Osmanskoj državi.

Za primjer se može uzeti slučaj Mula Lutfija (u. 1494), profesora na poznatim medresama Burse, Plovdiva, Edirne i Istanbula.¹²⁹ Historičar Taškupru-zade navodi da su mu zbog velikog znanja zavidele kolege a zbog oštrog jezika mrzila ga visoka ulema. Optužen je za herezu (*ilhâd ve zendeka*), te je po naređenju sultana formirana komisija uleme koja će ispitati (*teftiř*) osnovanost optužbe. U toku postupka pojavilo se stotine svjedoka. Komisija uleme je zaključila da je optužba dokazana i da Mula Lutfija treba kao krivovjerca pogubiti. Više uglednih učenjaka odlučno je odbilo takav sud. Carigradski muftija Efdal-zade (u. 908/1502-3) odbio je izdati fetvu o pogubljenju, ali je to učinio jedan drugi ugledni učenjak tog vremena - Mula Hatib-zade (u. 901/ 1495-6). Pod pritiskom uleme sultan je naredio izvršenje smrtne kazne na carigradskom hipodromu.

O tome kakav je dokazni postupak korišten u ovom slučaju najbolje pokazuje primjer koji navodi Taškupru-zade. Mula Lutfi je optužen da je izjavio kako je islamska molitva (salat, namaz) stajanje i pregibanje bez ikakvog smisla. Istina je bila sasvim drukčija. On je, naime, na jednom predavanju u medresi spomenuo slučaj kako je halifa Alija u jednom boju ranjen strijelom čiji vrh nisu mogli izva-

¹²⁹ Više o tome slučaju vidi u: Taškopru-zade Ism ed-Din Ebu el-Hajr Ahmed Efendi (968/1561), *Eř-řekâ'ik en-nu'manije fi ulema ed-devlet el-osmânije*, Inceleme ve notlarla neřreden: Ahmed Subhi Furat, Istanbul, 1985, str. 279-283.

diti sve dok se nije predao molitvi. Tada su mu izvadili strijelu a da on to nije ni osjetio. Pričajući o tome Mula Lutfi je zaplakao i završio riječima: “To je istinski namaz, a ne naše molitve koje su stajanje i pregibanje bez ikakvog smisla.”

Slična suđenja koja su održavana u Osmanskoj carevini učenjacima koji su stvarno ili navodno odstupili od usvojenog tumačenja islama raspravljala su optužbe za *ilhâd* (bezboštvo), *zendeka* (krivovjerstvo), *bi mezheblik* (nepripadanje priznatim vjerskopравnim školama), *irtidâd* (vjeroodstupništvo), *ibahat* (permisivnost) itd.¹³⁰

Suđenja “heretičkim propagatorima” redovno su imala formu rasprave optuženog sa odabranim tijelom uleme uz prisustvo visokih državnih dostojanstvenika. Nakon završene rasprave šejhul-islam ili drugi vjerskopравni autoritet izdavao je fetvu o kazni. Kaznu je izvršavala državna vlast. Sljedbenici heretičkih učenja progonjeni su ukoliko su predstavljali opasnost za javni red i poredak. Njima je često izricana kazna pogubljenja na osnovu ovlašćenja koje su šerijatski pravници dali vladaru u pogledu lica “koja šire nered na zemlji”.

Definisanje djela krivovjerstva i progon njegovih počinitelaca bili su određeni duhovnom atmosferom Osmanske države i političkim uticajem uleme. Polovinom XVII vijeka bila je veoma utjecajna puritanska struja Mehmeda Bergivija (umro 1573) i Kadi-zadea (umro 1635) koja se oslanjala na stavove hanbelijske škole. Njeni sljedbenici su čak planirali rušenje svih tekija i opšti pokolj “heretika”, ali su spriječeni energičnom akcijom vlasti. Već u narednim vijekovima slabi zamah vjerskog fanatizma. Proces modernizacije Osmanske države započet krajem XVIII vijeka odražava se bitno i na područje prava i sudstva. Krivična djela vjeroodstupništva i krivovjerstva počinju sve manje da se progone da bi u kodifikacijama turskog krivičnog prava u drugoj polovini XIX vijeka bila izostavljena.¹³¹

¹³⁰ Vidi, Nedim Filipović, *Princ Musa i šejh Bedredin*, Sarajevo, 1971, str. 390; Adem Handžić - Muhammed Hadžijahić, “O progonu hamzevija u Bosni 1573”, *POF*, XX-XXI/1970-71 (Sarajevo, 1974), str. 54.

¹³¹ Preduzimajući napor da iznova formuliра određene aspekte šerijatskog prava, modernistička muslimanska pravna nauka je i djela apostazije i hereze sagledala u novom svjetlu. Polazeći od okolnosti da sankcije za ova djela nisu određene u Kur'anu, te da je

III. Zaključak

Dva glavna djela protiv religije u šerijatskom pravu - vjeroodstupništvo (*irtidâd*) i krivovjerstvo (*zendeka*) - predstavljaju u isto vrijeme i vjerske i političke delikte. Kvalifikovani su kao napad na islam kao vjersko-politički entitet ili njegovo zvanično tumačenje kao političku, moralnu, pravnu i ideološku osnovu određene muslimanske države.

Samim tim definisanje ovih djela i progonjenje njihovih počilaca bilo je u najvećoj mjeri određeno vanreligijskim razlozima. Primjer Osmanske carevine pokazuje da je do pooštavanja kaznene politike u ovoj oblasti dolazilo u situacijama vanjskog ugrožavanja države, odnosno unutrašnjih nereda i jačanja političke uloge tradicionalističke uleme.

Izvor: *Islamska misao*, br. 128/1989, str. 4-11.

njihovo definisanje u Sunnetu i tradicionalnom fikhu odražavalo historijske okolnosti ranog i klasičnog doba islama u kome su religijski prijestupi predstavljali i političke delikte, modernisti su zaključili da se propisi o *murtedu* i *zindiku* ne mogu primijeniti na muslimane koji bi u savremeno doba istupili iz vjere s pozivom na slobodu savjesti ne ustajući istovremeno protiv političko-pravnog poretka i zaštićenih vrijednosti određene muslimanske države. Uporedo s ovim tumačenjem zadržava se i tradicionalno viđenje djela vjeroodstupništva i krivovjerstva.

O PITANJU PERIODIZACIJE HISTORIJE FIKHA

I.

Do obrazovanja pravne historije kao samostalne naučne discipline u muslimanskom svijetu došlo je tek početkom dvadesetog vijeka. U to vrijeme historijsko izučavanje prava u Evropi imalo je za sobom gotovo četverovjekovnu tradiciju.

Opšti tok kretanja islamske pravne misli i prevladavanje teze o postizanju njenog konačnog oblika učinili su da kasnije muslimanske generacije izgube iz vida historijski kontekst pojedinih pravnih rješenja. Svijest o potrebi preispitivanja sveukupnog pravnog naslijeđa i neophodnost ocjenjivanja doprinosa pojedinih generacija muslimanskih učenjaka u okvirima mjesta i vremena u kojima su djelovali, dali su najjači podsticaj razvoju historije fikha među muslimanima. Tome je doprinijela i pojava historijskih rasprava o islamskom pravu koje su napisali zapadni autori a čiji stavovi nisu uvijek prihvatljivi za muslimankse vjernike.¹³²

Opšti koncept i priroda islamskog prava dali su neka karakteristična obilježja muslimanskoj pravnoj historiji. Prije svega, vjerovanje da je šerijat objavljena Božija volja i Zakon koji treba da usmjerava život pojedinca i društva onemogućilo je da se u muslimanskoj pravnoj nauci pojavi ideja o pravu kao historijski uslovljenom društvenom fenomenu. Takva je mogla biti samo pravna nauka islama - fikih, odnosno ona disciplina koja se bavi izučavanjem, tumačenjem i razradom nepromjenljivog islamskog Zakona. Iz toga je slijedilo da će se muslimanska pravna historija baviti historijom pravne nauke odnosno procesa normiranja ili "zakonodavstva" a ne historijom še-

¹³² Vid., J. Coulson, "Uloga pravne historije u muslimanskoj pravnoj nauci", *Glasnik VISA*, br. 1/1982, str. 71-75.

rijata, pošto on po svojoj suštini predstavlja iznadhistorijsku činjenicu.

Da bi postala naučno utemeljena disciplina, muslimanska pravna historija se morala izdići iznad pukog opisivanja pojava na nivo njihovog objašnjenja, klasifikovanja i ocjene. Tradicionalne biografije pravnika (*tabekat el-fukaha*) i sudske hronike mogle su poslužiti samo kao polazište. Na tom putu morala su se samostalno riješiti neka važna pitanja. Među njima, posebno, problem opšteg metodološkog pristupa predmetu istraživanja, pitanje objašnjenja i ocjene historijskih događaja, periodizacije toka historijskog procesa i slično. Sadašnje stanje historijskoppravne muslimanske literature kazuje da ova pitanja nisu na zadovoljavajući način riješena.

Periodizacija historije fikha je pitanje s kojim su se suočili prvi moderni muslimanski pravници. Ono ni do danas nije jednodušno riješeno što je, vjerovatno, bilo pogrešno i očekivati s obzirom da se pri rješavanju ovog pitanja najviše izražava subjektivno shvatanje historijskog procesa.

II.

Pod periodizacijom se u pravnoj historiji podrazumijeva podjela historijskog procesa na hronološke dijelove koji su međusobno odvojeni odlučujućim momentima. Ti momenti mogu biti različiti činioci pravnog ili društvenog karaktera: zakoni, zakonici, akti sudske prakse, pobune, ustanci i slično.

Ova periodizacija se naziva tehničkom za razliku od racionalne, koja ima za predmet praćenje cjelokupnog historijskog procesa te utvrđivanje pojedinih stadija razvitka na temelju "tački okretanja" ili smjene pravnih principa mjerodavnih za društveni život.¹³³

Svaka periodizacija ima izraženu subjektivnu crtu pošto se pojedini autori razilaze u vezi sa značajem pojedinih događaja za tok historijskog procesa. To je nagnalo neke autore da periodizaciju proglašavaju za stvar konvencije.

¹³³ F. Taranovski, *Uvod u historiju slovenskih prava*, Beograd 1922, str. 54.

III.

U muslimanskoj pravnoj literaturi do sada je ponuđeno nekoliko periodizacija historije fikha koje, pored određenih razlika, imaju bitne sličnosti u ocjeni toka razvoja pravne misli islama. Razlike su nastale oko pitanja kojem pojedinačnom događaju dati karakter odlučujućeg momenta i da li za njega vezati početak novog perioda ili samo nove faze u okviru istog razdoblja historije.

S druge strane, uočeno je da pojedini autori u svojim periodizacijama daju naglasak na praćenje kretanja pravne nauke, a drugi na pitanje njene stvarne prisutnosti u muslimanskom društvu. Držimo da su to dvije strane istog procesa i da jedna kompleksna periodizacija treba uzeti u obzir i stanje naučne razrade šerijata i pitanje njegove stvarne funkcije u muslimanskom društvu. Historija je pokazala da između ova dva momenta postoji bliska povezanost i međudjelovanje. U nama dostupnoj literaturi mogle su se uočiti tri različite periodizacije. Najstarija je ona koju je indijski pravnik Abdur Rahim, sudija Vrhovnog suda u Madrasu u vrijeme britanske uprave, ponudio u djelu *Principi muhamedanske pravne nauke prema hanefijskoj, malikijskoj, šafi'ijskoj i hanbelijskoj školi*.¹³⁴ On je historiju fikha podijelio na četiri perioda:

- I - od Hidžre (622. n.e.) do smrti Božijeg Poslanika (632. n.e.): zakonodavni period
- II - od smrti Božijeg Poslanika do uspostavljanja različitih škola prava: period ashaba i tabi'ina
- III - od početka 2. vijeka po H. do kraja 3. vijeka po H.: period formiranja četiri pravne škole ehl-i sunneta
- IV - od početka 4. vijeka po H. do danas: period taklida.

U osnovi, ovu periodizaciju prihvata i savremeni indijski pravnik Asaf A. A. Fyzee u djelu *Nacrt muhamedanskog prava*.¹³⁵ On je u

¹³⁴ Abdur Rahim M. A., *The Principles of Muhammadan Jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi i and Hanbali schools*, Westport, Connecticut 1982.

¹³⁵ Asaf A. A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, Oxford University Press, Delhi 1981.

nekim detaljima modifikuje, pa govori o pet perioda historije fikha. To su:

- I - od 1. godine po H. do 10. godine po H: vrijeme objave pravnih tekstova Kur'ana i Sunneta,
- II - od 10. godine po H. do 40. godine po H: vrijeme hulefa-i rašidina i bliska veza sa ranijim periodom.
- III - od 40. godine po H. do kraja 3. vijeka po H: pojava četiri ehlisunetske pravne škole,
- IV - od 4. vijeka po H. do 1924: period dekadence i prodora sekularnog prava u domen šerijata,
- V - od 1924. do danas: ukidanje hilafeta i odvajanje vjere od prava.

Desetak godina nakon Abdur Rahima, egipatski pravnik Muhammed el-Hudari je svoje viđenje toka historije fikha iznio u knjizi *Historija islamskog zakonodavstva*.¹³⁶ Prema njegovom mišljenju može se govoriti o sljedećim periodima historije fikha:

- I - zakonodavstvo u doba Božijeg Poslanika,
- II - period poznatih ashaba, koji se okončava krajem uprave hulefa-i rašidina,
- III - period manje poznatih ashaba i tabi'ina koji se okončava krajem 1. vijeka po H,
- IV - period pojave velikih imama, koji se okončava krajem 3. vijeka po H,
- V - period detaljiziranja fikha, koji se okončava padom abasij-ske države i razaranjem Bagdada,
- VI - period taklida, koji traje do doba u kome je živio pisac.

U osnovi ovu periodizaciju prihvata Abdullah b. Abdillan ez-Zajid u radu *Nastanak islamske jurisprudencije i razvitak njenih studija*.¹³⁷ Ovaj autor, međutim, trajanje određenih perioda vezuje za smjenu po-

¹³⁶ Muhammed el-Hudari, *Târih et-tešr'î el-islâmi*, el-Kahire 1920.

¹³⁷ Abdillan b. Abdillan Ez-Zajid, "Neše el-fikh el-islami ve tetavvur dirâsâtihi ve buhûsihi", *ed-Dâre* (tromjesečni žurnal Istraživačkog centra Kralj Abdul Aziz u Rijadu), juni 1977, str. 34-57.

jedinih vlada i dinastija u muslimanskim državama i u periodu takli-
da uočava pokrete za obnovu idžtihada (od 13. vijeka po H. pa dalje),
koje smatra početkom novog razdoblja u historiji fikha. Ovaj pisac
ovako periodizira historijski tok razvoja islamske pravne nauke:

- I - period nastajanja - u vrijeme Muhammeda, a.s.
- II - period formiranja - u vrijeme hulefa-i rašidina i tabi'ina,
- III - period sazrijevanja i upotpunjenja - u doba prvih Abasija,
- IV - period slijeđenja pravnih škola - u doba kasnih Abasija,
- V - period stagnacije - od pada Bagdada do 13. vijeka po H,
- VI - period buđenja i obnove - od 13. vijeka po H. do danas.

Originalno viđenje historije fikha dao je savremeni pakistanski
pravnik Kemal A. Faruki u djelu *Islamska pravna nauka*¹³⁸ On sma-
tra da je islamska jurisprudencija u svom historijskom hodu prešla
sedam perioda:

- I - period Objave i primjene šerijata u privatnoj sferi - od 13.
godine prije H. do Hidžre,
- II - period Objave i primjene šerijata u javnoj sferi – od Hidžre
do 10. godine poH.,
- III - period ugledanja - od 11. godine po H. do 40. god. po H.
- IV - period žive tradicije i re'ja - od 41. godine po H. do oko
200. godine po H.,
- V - period idžtihada - od oko 201. godine po H. do oko 400.
godine po H.,
- VI - period taklida - od oko 401. godine po H. do oko 1200.
godine po H.,
- VII - period kanuna i dezintegracije - od oko 1201. godine po H.
do danas.

IV.

U ovom radu ćemo iznijeti jednu periodizaciju historije fikha
koja predstavlja pokušaj objedinjenja najvažnijih naučnih rezulta-

¹³⁸ Kemal A. Faruki, *Islamic Jurisprudence*, Pakistan Publishing House, Karachi 1962.

ta muslimanskih pravnih historičara. Za svaki period nastojat će se iznijeti najvažnije karakteristike stanja pravne nauke i njene stvarne prisutnosti u životu muslimanskog društva.

Prvi period: objava Šerijata i njegova primjena u privatnom i javnom domenu

Iz letimičnog pogleda periodizacije historije fikha moglo se uočiti da pojedini pravni historičari cjelokupnu poslaničku misiju Muhammeda, a.s., smatraju jednim periodom, dok drugi vrijeme objave u Mekki smatraju jednim, a vrijeme objave u Medini drugim periodom. Razlikovanje mekanskog i medinskog perioda motivirano je objašnjenjem da je objava u Mekki davala naglasak na učvršćenje vjere i unutrašnje moralno pročišćenje a da je u Medini, s obrazovanjem islamske zajednice i uspostavljanjem islamske države, započela objava pravnih propisa u punom značenju te riječi, tj. propisa koji regulišu odnose među pojedincima i koji imaju izvršnu sankciju organiziranog društva.

Iako je očigledna razlika u uslovima djelovanja Muhammeda, a.s., u Mekki i Medini i u načinu manifestovanja pravnog aspekta islamskog učenja u ova dva grada, pridružujemo se mišljenju da to nije dovoljan razlog da se govori o dva zasebna perioda u historiji fikha. Za oba ova vremenska razdoblja zajedničko je djelovanje Muhammeda, a.s., u svojstvu Božijeg Poslanika, kontinuiran tok objave šerijata i njegovo tumačenje putem Sunneta. Zato govorimo o dvije faze istog perioda.

Prva faza teče od 13. godine prije H. do Hidžre, dok druga faza teče od 1. godine po H. i završava se smrću Božijeg Poslanika 10. godine po H. što u cjelini odgovara razdoblju između 609. i 631. god. n.e.

Period objave šerijata Abdur Rahim je nazvao “zakonodavnim periodom islama”. Zakon je tada objavljen od Boga u obliku teksta Kur’ana protumačenog od strane Božijeg Poslanika. U prvoj fazi su objavljeni propisi koji se u najvećoj mjeri odnose na oblast vjerovanja i morala (propisi o zabranjenim jelima, djelima dobročinstva itd.)

Božija objava je u ovom vremenu primjenjivana u privatnoj sferi pojedinaca. To je bilo i jedino moguće u okolnostima života malobrojne muslimanske zajednice, koja je živjela usred politeističkog društva. Naglasak je bio na privatnom i nedržavnom aspektu šerijata, kako je to uočio K. A. Faruki, pa izučavanje iskustava ovog perioda može biti instruktivno za muslimanske zajednice koje žive u viševjerskim društvima i tamo gdje privatna sfera predstavlja jedino dopušteno područje iskazivanja vjere.¹³⁹

Uspostavljanjem islamskog grada-države u Medini dat je naglasak na novo područje normiranja i primjene šerijatskog prava. Propisi islama postali su efektivni regulatori različitih vrsta društvenih odnosa.

Osnovni način saznanja šerijata je bio *vahj* (otkrovenje). Tumačenje i primjena Božijeg zakona bilo je u rukama Božijeg Poslanika. Njegovi postupci imaju karakter obaveznih pravnih rješenja (precedenata) i ukazuju narednim generacijama na to kako je šerijat primjenjivan u konkretnim društvenim okolnostima. Pravna mišljenja Poslanikovih ashaba iz ovog perioda obavezujuća su ukoliko su potvrđena od strane samog Poslanika, čime su, kako je poznato, zaogrnuti autoritetom sunneta (*es-sunne et-takrirrije*). Islamsko zakonodavstvo ovog perioda bilo je usmjereno rješavanju stvarnih slučajeva, tj. slučajeva koji su se pojavljivali u realnom životu a koji su bili nejasni ili sporni među muslimanima.

Drugi period: Tumačenje i primjena šerijata u vrijeme halifa pravednika i začeci pravne nauke

Važni razlozi govore u prilog izdvajanja vremena hulefa-i rašidina ili "halifa pravednika" u poseban period historije fikha (10. godine po H. - 40. godine po H./631-660. god. n.e.)

Ovo razdoblje u cjelini karakteriše bliska povezanost s vremenom Božijeg Poslanika. Uprava islamske države bila je u rukama ashaba - ljudi koji su prožeti duhom islama bili u stanju da i u izmijenjenim okolnostima nalaze rješenja saglasna Božijem zakonu.

¹³⁹ Isto, str. 21.

U ovom periodu postojalo je jedinstvo i saglasnost nosilaca javnih ovlaštenja islamske države i poznavalaca šerijata. Osnovna načela islamskog javnog prava (izbornost povjerenika javnih poslova, predstavljanje i savjetovanje) funkcionisala su u stvarnom životu.

Izvori islamskih pravnih normi u ovom periodu bili su: Kur'an, Sunnet i mišljenje (*re'j*) pojedinaca ili skupina. Ovo mišljenje nije bilo zaogrnuo u pojedine forme pravne tehnike. Pravni slučajevi i sporovi rješavani su *ad hoc*. Preovladavao je i dalje metod stvarnih slučajeva.

U toku uprave hulefa-i rašidin islamska država se proširila na područje Egipta, Šama, Iraka i Perzije. To je značilo susresti se s novim kulturama i pravnim sistemima. Bilo je neophodno da se nove pojave normiraju a pravne ustanove ocijene sa stanovišta šerijata.

Pred kraj ovog perioda bili su evidentni začeci različitih usmjerenja na području tumačenja i primjene šerijata. U srcu Arabije, gdje jednostavnost života nije ničim bila narušena, pojavili su se tradicionalisti (*ehl el-hadis*), dok su se u perifernim dijelovima islamske države (Irak), gdje su bogatstvo svakodnevnog života i raznovrsnosti društvenih odnosa zahtijevali veće intelektualne napore, pojavili slobodniji mislioci (*ehl er-re'j*).

Treći period: oblikovanje islamske pravne nauke i obrazovanje pravnih škola

Ovo razdoblje, koje se označava kao formativni period islamske pravne nauke, smješta se u doba vladavine Emevija i ranih abasijskih halifa, što znači između 40. godine po H. (660. god. n.e.) i zadnjih godina 3. vijeka po H. (10. vijek n.e.). U pogledu tačnih vremenskih granica formativnog perioda islamske jurisprudencije ne postoji potpuna suglasnost muslimanskih pravnih historičara što je donekle i razumljivo s obzirom na to da se radi o veoma dinamičnom procesu, čije je pojedine etape veoma teško ili čak nemoguće situirati u precizno određene vremenske momente.

Za gotovo sve autore može se reći da kraj uprave hulefa-i rašidin smatraju događajem koji je na razvoj fikha ostavio značajne po-

sljedice. Dolaskom Emevija na vlast ukinut je izborni hilafet a uspostavljena monarhija. Ovaj oblik vladavine po svojoj unutrašnjoj logici i karakteru nije mogao dopustiti postojanje nezavisnog izvora tumačenja pravnih propisa, kao što su bili skupovi učenjaka u vrijeme pravednih halifa. Autokratija većine emevijskih halifa, njihova nedovoljna privrženost vjeri i opće svjetovno usmjerenje doveli su do distanciranja poznavalaca šerijata od nosilaca vlasti. To je dalje izazvalo dalekosežne posljedice.

Fikh se počeo njegovati i oblikovati u krugovima pobožnih učenjaka koji su bili izvan vladajuće strukture. Pravna nauka čak se začela i u perifernim gradovima hilafeta (Medini i Kufi), daleko od Damaska i emevijskog dvora. To je omogućilo nezavisan razvoj pravne nauke ali i imalo za posljedicu njen slab utjecaj na aktuelnu pravnu praksu. Tako je u ovom periodu, pored jaza između pravnik i nosilaca vlasti, nastao i drugi jaz: između teorije i prakse.

Islamski koncepti su našli najjače uporište u sferi porodičnog i nasljednog prava, nešto manji utjecaj bio je na građansko pravo, dok su se ustavno, upravno i međunarodno pravo u najvećoj mjeri našli u domenu državnog normiranja.

Postoji tumačenje da su Emevije bili svjetovno usmjereni koliko iz sklonosti toliko i iz nužde, jer je razvoj pravne nauke uveliko zaostajao za širenjem granica hilafeta i eksplozijom novih pravnih problema.¹⁴⁰

Na polju pravne nauke u ovom periodu tekao je proces modifikovanja tzv. ranih škola prava. Rani muslimanski pravници, bez obzira da li se radilo o "sljedbenicima hadisa" ili "sljedbenicima slobodnog mišljenja" koristili su se manjkavom pravnom metodologijom. Koncept "žive tradicije", koji su medinski pravници koristili za saznanje Poslanikova Sunneta, protekom vremena postao je nepodoban za ostvarenje postavljenog zadatka. Razlog je bio u *fesâd ez-zemân* ili odstupanju svakodnevne prakse od islamskih normi. Kod iračkih pravnik je, opet, nedisciplinirano korištenje slobodnog mišljenja otvaralo mogućnost proizvoljnih rješenja. Ideja pravičnosti koja se pojavila kod pravnik obje grupacije u vidu *istihsâna* (kod iračkih

¹⁴⁰ Isto, str. 34.

pravnik) ili *istislâha* (kod medinskih pravnik) mogla je objektivno dovesti i dovodila je do zanemarivanja kur'anskih i sunetskih normi radi "općeg interesa."¹⁴¹

U toku 2. vijeka po H. pojavili su se pravnici koji su na sebe uzeli zadatak da kritički pretresu dostignute rezultate pravne misli, dalje ih razrade i sistematski ih usaglase. To su bili Ebu Hanife (živio od 80. do 150. god. po H./699-766. god. n.e.), Malik (živio od 90. ili 97. do 179. god. po H./712-795. god. n.e.), Šafija (živio od 150. do 204. god. po H./767-820. god. n.e.) i Ahmed ibn Hanbel (živio od 164. do 241. god. po H./780-855. god. n.e.).

Umjesto nedefinisanog "slobodnog mišljenja" (*re'j*) javlja se pod imenom *idžtihad* -sistemizovano pravno mišljenje, koje se koristi posebnim pravnim tehnikama. Kod iračkih pravnik najčešće korištena tehnika postat će analoško rasuđivanje - *kijas*. Kod hidžaskih pravnik uloga "žive tradicije" kao načina saznanja Sunneta slabi u korist njegova naučnog ustanovljenja putem hadisa koje prenose lanci prenosilaca. Oblikuje se shvatanje da rezultat svakog pojedinačnog idžtihada ima karakter vjerovatnog (*zannî*), a ne potpuno izvjesnog stava, te da se ovaj posljednji može postići samo uz jamstvo kolektivne saglasnosti o tačnosti. Tako je formiran koncept idžma'a koji je zadovoljio potrebu za kolektivnim autoritetom u tumačenju prava.

Četverica velikih imama u krugu svojih učenika pružili su sistematska tumačenja šerijata koristeći se sličnom metodologijom. Njima je generalno priznato posjedovanje apsolutnog idžtihada ili neograničene moći tumačenja i razrade šerijata. Pristalice ovih pravnik nastavili su, koristeći se metodologijom učitelja, izgradnju sistema tumačenja. Važnijim predstavnicima ove generacije pravnik priznato je pravo da na osnovama i u okviru pojedinih škola dograđuju pravno zdanje (*idžtihâd fi el-mezheb*).

Skupovi pravnik koji su se vezali za pravna shvatanja pojedinih istaknutih učenjaka dobili su oblik škola pravnog mišljenja (*mezheb*). U ovom periodu započela je i teorijska obrada primijenjenih metodoloških postupaka. Formirala se posebna disciplina *usul-i fikh*. Bi-

¹⁴¹ Isto, str. 25.

lježe se tumačenja pojedinih pravnih škola. Zbog potrebe stvaranja zaokruženih sistema pravnih tumačenja napušta se metod stvarnih slučajeva i počinje koristiti pretpostavljanje. To je fikhu dalo mogućnost da se izdigne iznad realnosti društva određenog doba ali ga je nekada udaljavalo od stvarnog života. Dostignuti nivo razvoja pravne misli izražavao se u posebnoj terminologiji, definicijama i klasifikacijama.

Procvat pravne nauke u ovom periodu bio je rezultat djelovanja više faktora.¹⁴² Abasijske halife su u cjelini iskazali namjeru da društveni i pravni život zemlje podvrgnu normana šerijata pa su u tom smislu pokazali veće zanimanje za pravnu nauku i pravnike nego što je to bio slučaj sa njihovim prethodnicima. U ovom periodu došlo je do procvata nauke i kulture u hilafetu pa su brojne intelektualne rasprave i sloboda misli (izuzev u oblasti politike) dali podstrek razvoju pravnih disciplina. Tome treba dodati i bogat stvarni život, pojavu obrazovanih nearapa, utjecaj kultura osvojenih teritorija i sl.

Međutim, već krajem ovog perioda pojavile su se klice surevnjivosti među sljedbenicima različitih pravnih škola. Za razliku od ranijeg stanja kada su mase spontano prihvatale ili odbacivale mišljenja određenih pravnika, pojedine abasijske halife počinju davati državnu sankciju isključivo rješenjima određenih mezheba. Na taj način je sporenje o utemeljenosti nekog pravnog tumačenja preneseno s naučnog na politički teren. Bio je utrt put praksi slijeđenja pravnih mišljenja bez poznavanja argumenata na kojima je ono zasnovano.

Četvrti period: Postizanje konačnog oblika pravnog učenja

Ovaj period traje od početka 4. vijeka po H. (10. vijek n.e.) i traje do polovine 8. vijeka po H. (polovina 14. vijeka n.e.). Neki autori kraj ovog perioda vezuju za pad Bagdada 756. god. po H. (1355. n.e.).

Obrazovanje pravnih škola vezanih za tumačenja velikih pravnika iz prethodnog perioda i postizanje suglasnosti o osnovnim princi-

¹⁴² A. Ez-Zajid, *op. cit.*, str. 49.

pima islamske pravne nauke imali su za posljedicu pojavu shvatanja da su temelji i glavni obrisi fikha konačno formulisani. Muslimanski pravници su spontano došli do zaključka da je apsolutni idžtihad nestao. Navodi se da nakon Ibn Džerira et-Taberija (umro 330. god. po H./941. n.e.) među ehl-i sunnetom niko nije dostigao ovaj naučni stepen.

Pravници ovog vremena vezali su se za pojedine škole mišljenja i svoju funkciju vidjeli u dogradnji zdanja pravnog tumačenja koje je poteklo od njihovih prethodnika. Aktivnost ovih pravnika ispoljavala se u rješavanju pojedinačnih pitanja u okviru tumačenja određene pravne škole (*idžtihâd fi el-mes'ele*), istraživanju naučnog postupka koji su primijenili veliki pravnici prilikom tumačenja šerijata, utvrđivanju prioriteta među različitim tumačenjima istog pravnog problema u okviru jedne škole mišljenja i sl. Smatra se da je u hanefijskoj pravnoj školi ovaj zadatak okončan djelatnošću pravnika poznatog pod imenom Sadru-š-Šeri'at (umro 750. god. po H./1349. n.e.)¹⁴³

Uparedo s vezivanjem pravnika za tumačenja pojedinih pravnih škola izvršeno je i vezivanje masa za mezhebe. Neposredno obraćanje na Kur'an i Sunnet u ovom periodu je nestalo: upute za praktično ponašanje tražene su u korpusima tumačenja pojedinih pravnih škola. Vrata idžtihada su postupno zatvorena a teorija slijeđenja pravnih škola (*taklid*) dobila je sveopšte važenje u muslimanskom svijetu. U literaturi vlada mišljenje da su vanjske opasnosti, unutrašnje izopačenje i strah od dezintegracije muslimanskog društva ugasili praksu idžtihada i pojačali krutost pravne teorije.¹⁴⁴

U toku ovog perioda pojavili su se pravници koji su pozivali na odbacivanje taklida. Takvi su bili sljedbenici ugasle zahirijske pravne škole, Ibn Tejmije (umro 728. god. po H./ 1327. n.e.) i Ibn Kajjim el-Dževzi (umro 751. god. po H/1350. god. n. e.). I pored ovih usamljenih poziva za otvaranje vrata idžtihada, teorija taklida ostala je za duži vremenski period neosporena.

¹⁴³ Abdur-Rahim. *op. cit.*, str. 34.

¹⁴⁴ K. Faruki, *op.cit.*, str. 28.

Peti period: Doba komentatora i glosatora

Ovaj period traje od polovine 8. vijeka po H. do kraja 12. vijeka po H. (kraj 18. vijeka n.e.). Pad Bagdada je, prema većini autora, označio konačno ukidanje političkog jedinstva muslimanskog svijeta i početak doba stagnacije. U historiji fikha ovaj događaj se uzima za početak perioda beživotnosti islamske pravne nauke. Naučno angažovanje pravnika ovog perioda ispoljavalo se u vidu pisanja komentara i glosa na djela prethodnika. Fikhska djela ovog doba nisu kao nekada predstavljala naučni doprinos razvoju islamske jurisprudencije. Pravnici su se prosto nadmetali u vještini izražavanja pravnih pravila u obliku sažetih formula i izreka, za čije razumijevanje su bila potrebna dodatna objašnjenja. Pravna nauka je izgubila vezu sa stvarnošću i pretvorila se u suhoparni akademizam. Nemoć fikha da efektivno reguliše realni život otvorila je vrata prodoru sekularnog prava (*kanun*) u gotovo sva područja pravnog života izuzev vjerskih obreda, ličnog statusa i naslijeđa.

Međutim, i u ovom periodu je bilo pojava koje su donekle razbijale opšti dojam inertnosti i stagnacije. Pojavili su se autori koji se nisu samo ograničili na komentiranje ranijih tekstova. Takvi su bili Ibrahim El-Halebi (umro 950. god. po H./1459. n.e.), Ibn Humam (umro 861. God. po H./1456. n.e.) i drugi.

U isto vrijeme pojavilo se više muslimanskih vladara ili cijelih pokreta okupljenih oko nastojanja da se područje primjene šerijata proširi na cjelokupno područje ljudske aktivnosti. Takvi su bili El-Murabituni u sjevernoj Africi, pojedine osmanske halife (Mehmed II, Bajezit II, Selim I, Sulejman I), te timurijski vladar Eurangzib Alemgir u Indiji.¹⁴⁵ Za napore osmanskih halifa vezan je jedan od najuspješnijih pokušaja podvrgavanja javne vlasti i prava islamskim načelima, kako je istakao Joseph Schacht, premda je nepodobnost krute pravne nauke za primjenu u izmijenjenim društvenim okolnostima Osmanske države imala za posljedicu legitimizaciju novog skupa normi poteklog iz državnog zakonodavstva. Nadmoć šerijata ovdje je, istina, bila samo formalno osigurana zahtjevom da kanun

¹⁴⁵ Isto, str. 34.

bude usaglašen sa šerijatom. Za Timurije u Indiji vezan je jedan od najuspješnijih pokušaja sistematizacije dotadašnjeg pravnog naslijeđa u obliku zbornika *El-Fetâvâ el-Hindijje* kome je mogulska država dala izvršnu sankciju.

U svjetlu ovih podataka vidi se sva neosnovanost teze da je dolazak nearapa na vlast u hilafetu imao za posljedicu zaostajanje razvoja fikha, kako to navode neki arapski autori.¹⁴⁶

Šesti period: Oспорavanje teorije taklida

Ovaj period počinje od početka 13. vijeka po H. (19. vijek n.e.) i traje do danas. Karakteriše ga preduzimanje različitih napora upravljenih osporavanju teorije taklida. Za razliku od prethodnog perioda gdje su ovakvi naponi bili sporadični, u ovo doba oni postaju opšta pojava.

Na samom početku ovog perioda u centralnoj Arabiji se pojavio pokret koji je najradikalnije osporio teoriju taklida. Prema učenju ovog pokreta, koje je izrazio Muhammed ibn Abdilvehhab (1115-1201./1703-1786.), praksa ranog doba islama ima bezuslovno obavezujući karakter. Istovremeno su osporene pravne konstrukcije koje potječu izvan prvih vijekova islama. Ove ideje su ozbiljno utjecale na oblikovanje pravnog i društvenog života u tadašnjoj Arabiji, ali su izvan toga područja imale malo uspjeha. To se objašnjava okolnošću da je učenje pokreta *muvehhidun* ili *vehabija* moglo biti efektivno u uslovima koji su identični onim što su vladali u ranom islamskom dobu - a u Arabiji 13. vijeka po H. vladalo je upravo takvo stanje.¹⁴⁷

Na drugoj strani teorija taklida proizvela je sasvim druge posljedice. Nezadovoljstvo krutošću pojedinih pravnih rješenja i konstrukcija muslimanske pravne nauke pretvorilo se u napuštanje samoga šerijata i preduzimanje stranih prava u oblasti ustavnog, upravnog, građanskog, krivičnog i trgovačkog prava. Početak ovog procesa smješta se u vrijeme oko 1267. god. po H./1850. god. n.e., kada je

¹⁴⁶ Među njima i A. Ez-Zajid, *op.cit.*, str. 53.

¹⁴⁷ K. Faruki, *op.cit.*, str. 31.

u Osmanskoj carevini uz sankciju halife zvanično uvedeno dvojstvo prava. Ubuduće je recipirano evropsko pravo služilo za regulisanje najvećeg dijela javnih i nekih privatnopravnih poslova, dok je fikh nastavio da važi u oblasti ličnog statusa, porodičnih odnosa i naslijeđa.¹⁴⁸ Ista tendencija se izrazila u svim muslimanskim zemljama koje su došle pod kolonijalnu upravu ili protektorat evropskih država. Susret s evropskim idejama i ustanovama imao je za posljedicu jačanje sekularnih tendencija u muslimanskom svijetu, koje su, ipak, imale ograničeni značaj i domašaj. Ideja posvjetovljenja prava konsekventno je provedena samo u Republici Turskoj.

U najvećem broju zemalja pravni razvoj je tekao srednjim tokom: nije prihvaćena ni apsolutna dominacija klasičnog fikha nad pravnim životom niti je prihvaćena recepcija stranih prava, pošto se u tome vidio jedan novi oblik taklida, samo drugog izvora. Ponuđen je put obnove i preispitivanja pravne baštine. Teorijski je dokazivana neodrživost taklida a put ka novom idžtihadu nađen je u dva načina korištenja postojećih pravnih rješenja. Prvi je *tahajjur* ili izbor pravnog mišljenja u okviru jednog mezheba koji bolje odgovara izmijenjenim društvenim okolnostima. Ovaj postupak je primijenjen prilikom donošenja osmanskog Porodičnog zakona iz 1917. god. (*Hukuki aile kararnamesi*). Drugi je bio postupak *telfik* ili kombinovanja tumačenja različitih pravnika ili pravnih škola pri konstruiranju jednog pravnog propisa. Ovaj postupak korišten je prilikom pretakanja fikhskih propisa u državno zakonodavstvo bliskoistočnih zemalja nakon Drugog svjetskog rata u oblasti ličnog statusa, vakufa i sl.

U ovom periodu desio se događaj koji je imao nesumnjive posljedice na tok razvoja fikha. To je ukidanje hilafeta u Turskoj 1924. nakog čega je ehl-i sunnet ostao bez jedinstvenog i priznatog vjerskog starješinstva. Do tog vremena kancelarija šejhul-islama je predstavljala posljednju instancu u pitanjima tumačenja šerijata. Nakon nestanka ove funkcije u pravnom razvoju su naglašene regionalne crte a reforma fikha izrazila se u obliku nacionalnog zakonodavstva

¹⁴⁸ J. N. Anderson, "Contemporary Legal Trends in Muslim World", u: *Islamic Law in the Modern World*, London 1959, str. 90-92.

pojedinih zemalja. A. A. Fyzee je ovoj činjenici pridao veliki značaj ističući da nakon 1924. nastupa novi period historije islamskog prava koji karakteriše pretvaranje šerijata u vjerski i moralni kodeks zbog gubitka pravne sankcije.¹⁴⁹

Međutim, pravni razvoj u drugoj polovini 14. vijeka po H./20. vijeka n.e.) izgleda da ovom autoru nije dao za pravo. Šerijatsko pravo, koje se do tada učvrstilo u porodičnom zakonodavstvu muslimanskih zemalja, počelo je da širi svoj utjecaj i na ostala područja. U pravnotehničkom pogledu, norme šerijatskog prava nisu više sadržane u tradicionalnim zbornicima fikha već dobivaju zakonski oblik. Teorija *taklida* izgleda da i praktično biva prevladana.

O tome kakve sve posljedice imaju savremena kretanja u muslimanskoj pravnoj nauci teško je govoriti. Okolnost da procesi o kojima je riječ nisu okončani, s jedne strane, i odsustvo vremenske distance, s druge strane, onemogućavaju objektivnu naučnu ocjenu.

Izvor: *Glasnik VIS-a*, br. 1/1985, str. 49-61.

¹⁴⁹ A. Fyzee, *op. cit.*, str. 39.

STANJE ŠERIJATSKOPRAVNE NAUKE I PRAKSE U 19. I PRVOJ POLOVINI 20. VIJEKA

U nekim krajevima prije a u drugim u toku ovog perioda islamski svijet je kroz kolonijalno potčinjavanje došao u neposredan dodir sa evropskim pravom i kulturom uopšte. Ovaj kontakt imao je dubokog utjecaja na mišljenje i ponašanje muslimana. Doveo je do različitih duhovnih kretanja koja su ostavila pečat i na islamsku pravnu misao i praksu.

Islamska pravna misao na početku 19. vijeka nalazila se u stanju koje je karakterizovalo bespogovorno slijeđenje pravnih škola (*ta-klid*). Neadekvatnost pojedinih rješenja fikha, krutost pravne prakse, razvoj novih društvenih odnosa i ustanova koje je trebalo obuhvatiti pravnim propisima i opšti utjecaj evropskih ideja potakli su različite pokrete za prevladavanje okamenjenosti islamske pravne nauke. Rješenja koja su ponuđena bila su različita i po nosiocima, njihovom odnosu prema islamskom pravnom naslijeđu, evropskim idejama i po konkretnoj situaciji u kojoj su nastala. Posmatrano u globalu može se govoriti o tri tendencije koje su se iskazale u pravnoj teoriji i praksi islamskog svijeta u ovom razdoblju: preuzimanju evropskih prava, prožimanju šerijatskog i evropskih prava i pokušaju osavremenjavanja islamske pravne nauke.

1. Preuzimanje evropskih prava

Prodor evropskih prava ili vesternizacija teorije i prakse u islamskom svijetu ima svoj začetak u sistemu tzv. kapitulacija (*im-tijazat*) koji je uspostavljen u okviru Osmanske države. To su bile privilegije date državljanima evropskih zemalja koje su ih izuzimale od jurisdikcije osmanskih pravosudnih organa a dovodile pod

nadležnost vlastitog prava i jurisdikciju konzula matičnih država. Pravnu osnovu ovakvog ustupka strancima predstavljao je personalni karakter šerijata i pravilo o pravnoj i sudskoj autonomiji sljedbenika objava (*ehl el-kitab*). Međutim, ova ustanova je često zloupotrebljavana za miješanje u unutrašnje stvari Osmanske države. U ovom periodu bili su česti slučajevi da se muslimani, povodom trgovačkih sporova s Evropljanima, upoznaju sa evropskim pravnim propisima koji su na osnovu "kapitulacija" primjenjivani na mješovite slučajeve. Dalje je uvođenje stranih prava teklo ili kao posljedica administrativnih reformi u pojedinim muslimanskim zemljama (Turska, Egipat) ili je bilo vezano za politiku kolonijalnih sila.

Pedesete godine 19. vijeka smatraju se početkom prve faze prodora evropskih prava u pravni sistem muslimanskih zemalja. U ovom periodu uspostavljeno je dvojstvo prava i sudstva: dio pravnog područja ostavljen je pod nadležnošću šerijatskog prava i šerijatskih sudova a drugi dio je postao područje važenja evropskih recipiranih zakonika i sekularnih sudova.

U Osmanskoj carevini nakon donošenja *Hatti-humajun* od 18. II 1856. osnovani su građanski sudovi za rješavanje sporova između muslimana i nemuslimana i između nemuslimana različitih vjera. Nakon toga su doneseni moderni zakonici za trgovačko, pomorsko, krivično i krivično-procesno pravo. Recipirano je u najvećoj mjeri francusko zakonodavstvo, mada su bile konsultovane i neke italijanske kodifikacije.¹⁵⁰

U Egiptu su evropska prava prodrli kroz mješovite sudove koji su 1874. u vrijeme Hediva Ismaila osnovani za rješavanje sporova stranaca i Egipćana i stranaca različitog državljanstva, osim sporova koji se tiču ličnog statusa. Po uzoru na ove sudove 1883. su osnovani nacionalni sudovi koji su bili nadležni za raspravljanje svih pitanja egipatskih građana izuzev ličnog statusa. Materijalno pravo koje su primjenjivali i jedni i drugi sudovi bilo je sadržano u kodifikacija-

¹⁵⁰ Više o tome, Ebul Ula Mardin, "Razvoj šerijatskog prava u Osmanskoj Carevini", *Islamska misao*, br. 58 (oktobar 1983), str. 18-23.

ma koje su rađene po uzoru na francuske zakonike s mjestimičnim upućivanjem na norme šerijatskog prava. Tako je primjena šerijatskog prava ograničena na pitanja porodičnih odnosa, nasljedstva i islamskih zadužbina (*vakuf*). Šerijatski sudovi su postali specijalne ustanove nadležne za ove stvari.¹⁵¹

Uočava se da su strana prava recipirana u oblastima koje su ranije bile regulisane kanunima (državnim zakonodavstvom) ili tamo gdje su rješenja fikha bila prevladana razvojem društveno-ekonomskih odnosa. Uvođenje stranih prava u ovim oblastima nije bilo potaknuto narodnim zahtjevima za reformom već, kako to konstatuje prof. J. N. D. Anderson, razlozima administrativne efikasnosti i uvažavanjem stavova evropskih sila.¹⁵² Tome su sigurno pridonijela i uvjerenja vladajućih krugova da će uvođenje evropskih zakona dovesti do postizanja evropskog napretka i blagostanja.

S druge strane, tadašnji muslimanski učenjaci i najveći dio običnog svijeta držali su da je mnogo bolje cijele grane šerijatskog prava ostaviti bez primjene nego dopustiti svjetovnom faktoru da mijenja nepromjenljive propise fikha. Na taj način, Šerijat makar i nepotpuno primjenjivan ostajao je da živi u svijesti vjernika kao idealno pravo koje je primjenjivano u "zlatnom dobu islama".¹⁵³

Na drugom kraju islamskog svijeta, na Indijskom potkontinentu, došlo je do uvođenja evropskog prava (britanskog) svjesnom djelatnošću kolonijalne uprave. Različitim zakonskim mjerama potisnuta je primjena javnopravnih propisa fikha uz obrazloženje da je islamski pravni sistem toliko različit običajima Zapada da je nemoguće da se primijeni. Potiskivanje šerijatskog prava bilo je sastavni dio "civilizatorske misije" kolonijalnih sila, koje su oslanjajući se na tezu o kulturnoj inferiornosti neevropskih naroda pristupile rastakanju postojećih (u ovom slučaju islamskih) društvenih i kulturnih insti-

¹⁵¹ Herbert J. Liebesny, "Religious Law and Westernization in the Moslem Near East", *The American Journal of Comparative Law (AJCL)*, br 4/1953, str. 498.

¹⁵² J. N. D. Anderson, "The Significance of Islamic Law in the World Today", *AJLC*, br. 6 2/1960, str. 189.

¹⁵³ Isto, str. 190.

tucija, i pored protivljenja jednog dijela zapadnih naučnika kao što je bio H. Marivale.¹⁵⁴ Treba spomenuti da su britanske vlasti u Indiji pozitivno djelovale ukidajući određene historijske preživjele ustanove kojih se tradicionalna teorija fikha tvrdokorno držala, kao što je slučaj sa ropstvom koje je ukinuto jednim zakonom iz 1843. godine. Britansko pravo uvedeno je i u oblasti obligacija (zakon IX od 1872.), određivanja punoljetstva građana tzv. Britanske Indije (zakon IX od 1875.) itd.¹⁵⁵ Na ovom mjestu treba spomenuti da se utjecaj britanske kolonijalne vlasti u Indiji nije iscrpio samo u potiskivanju fikha i uvođenju britanskog prava već u daljem korigovanju pravila fikha u onim oblastima u kojima je nastavljena njegova primjena, o čemu će kasnije biti riječi.

U muslimanskim zemljama koje su u ovom periodu došle pod protektorat evropskih sila u velikoj mjeri je očuvan tradicionalni sistem šerijatskog prava i njegove primjene. Protektorat kao oblik kolonijalne dominacije podrazumijevao je zadržavanje unutrašnjih društvenih i pravnih ustanova određene zemlje. Status quo je tako očuvan u Tunisu, Maroku, Sjevernoj Nigeriji, Buhari, Hivi itd.

Nakon prvog svjetskog rata uslijedila je druga faza recepcije stranih prava. U arapskim dijelovima bivše Osmanske carevine uspostavljen je sistem britanske i francuske mandatne uprave nakon čega je uslijedila selektivna recepcija evropskih zakonika u oblasti obligacija, krivičnog prava i procesa.

U ovom periodu u nekim zemljama je došlo do potpunog ukiđanja šerijatskog prava i njegove zamjene recipiranim ili domaćim sekularnim pravom. Ovaj proces ostvaren je u Turskoj, Albaniji i azijskim dijelovima SSSR-a.

U Turskoj je u prvo vrijeme nakon mladoturske revolucije postajala volja da se donese zakonik baziran na turskom islamskom naslijeđu. Međutim, kada su mjeseci izgubljeni u besplodnim raspravama za to formiranog komiteta, vlada se 1926. odlučila na recepciju

¹⁵⁴ Altaf Gauhar, "Islam and the Secular Thrust of Western Imperialism", u *Islam and the Contemporary Society*, London, 1982, str. 216.

¹⁵⁵ Sir William H. Macnaghten, *Principles of Muhammadan Law*, Lahore,(-), str. 1.

švicarskog Građanskog zakonika.¹⁵⁶ U literaturi je skrenuta pažnja na činjenicu da je i nakon ukidanja šerijatskog prava u anadolijskim selima nastavljena primjena islamskih i običajnih propisa. Brakovi su sklapani pred seoskim imamima i mjesno stanovništvo ih je smatralo legalnim i pored toga što takve bračne veze nisu uživale priznanje državne vlasti. Ovi “neformalni brakovi” sklapani su iz više razloga: nekada zato da bi lica ispod zakonskog minimuma starosti željela da stupe u brak, nekada zato što se željela ostvariti poligamična veza zabranjena po zakonu, nekada da bi se izbjegli naponi i troškovi putovanja u gradska mjesta radi pribavljanja zdravstvenih i drugih dokumenata potrebnih za građanski brak. Broj brakova sklopljenih pred imamima po šerijatskim propisima bio je tako veliki da je turska državna vlast donijela više propisa o njihovom ozakonjenju u vremenu između 1933. i 1956.¹⁵⁷

U Albaniji je kralj Ahmed Zogu nakon 1928. sekularizovao pravno područje u duhu politike koju je u Turskoj vodio Mustafa Kemal.¹⁵⁸ Državni ustav od 13. XII 1928. regulisao je položaj vjerskih zajednica na načelima svjetovne vlasti države, vjerskih sloboda, ravnopravnosti vjera i podređenosti vjerskih zajednica državi. Prilikom ulaska u Društvo naroda Albanija je 2. X 1921. izdala deklaraciju kojom je (čl. 2. st. 3) preuzela obavezu da prikladnim mjerama osigura reguliranje porodičnog prava i ličnog statusa muslimana u skladu sa muslimanskim običajima.¹⁵⁹ Šerijatsko pravo je važilo do 1. IV 1928. kada je stupio na snagu Građanski zakonik koji je dokinuo šerijatsko pravo i crkveno pravo katoličke i pravoslavne crkve. Albanski Građanski zakonik je interesantno pravno djelo utemeljeno na rješenjima francuskog i italijanskog građanskog zakonika, određenim uredbama iz egipatskog i švicarskog prava te nekim albanskim običajnim ustanovama.

Do ukidanja šerijatskog prava u azijskim dijelovima SSSR-a došlo je nakon oktobarske revolucije, kada su vjerske zajednice odvojene

¹⁵⁶ J. N. D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, London, 1959, str. 87.

¹⁵⁷ Isto, str. 88-89.

¹⁵⁸ G. H. Bousquet, “Note sur les reformes de l’Islam Albanais”, *Revue des Etudes Islamique*, br. 9 (1935), str. 399-410.

¹⁵⁹ Manley O. Hudson, *International Legislation*, vol. 1. Washington, 1931, str. 734.

od države a vjera proglašena za privatnu stvar građana. Ukidanje šerijatskog prava izvršeno je u skladu sa načelom da sve pravne i sudsko procesne radnje prelaze u nadležnost sovjetskih vlasti. Prema sovjetskom autoru Gasimu Mamedoviču Kerimovu ovaj proces se odvijao u nekoliko etapa¹⁶⁰ Dvadesetih godina načelno je eliminirana uloga svećenstava u sudstvu. Međutim, zbog uvažavnaja specifičnosti pokrajina s muslimanskim stanovništvom sovjetske vlasti su dopustile djelatnost šerijatskih sudova uporedo s državnim. Druga etapa započela je 1928. a okončala se 1941. U ovom vremenu postupno su ukinuti šerijatski sudovi. To je značilo da sklapanje pravnih poslova po propisima šerijata ne posjeduje više pravnu izvršnost i da prava koja izviru iz određenih pravnih akata ne mogu biti ostvarivana na osnovu islamskih vjerskih dokumenata. I nakon toga, određene ustanove šerijata preživjele su i transformirale se u običaje stanovništva na sjevernom Kavkazu, Zakavkazju, Povolžju, Srednjoj Aziji i Kazahstanu, o čemu svjedoči jedan drugi sovjetski autor.¹⁶¹

2. Prožimanje šerijatskog i evropskog prava

U zemljama u kojima je došlo do recepcije evropskih prava a gdje su određene oblasti pravnih odnosa ostavljene jurisdikciji šerijatskog prava uočena je pojava prožimanja šerijatskopravnih propisa idejama i praksom evropskog pravosuđa. To je dovelo do obrazovanja cjelina pravnih propisa koji ne predstavljaju ni šerijatsko pravo u njegovom tradicionalnom obliku niti čiste sisteme evropskog sistema. U nauci je skrenuta pažnja na dva takva slučaja: tzv. anglo-muhamedansko pravo u Indiji (*Anglo-Muhammadan Law*) i pravo alžirskih muslimana (*Droit musulman Algerien*). Obje ove cjeline su nastale putem sudske prakse ili orijentalističke naučne misli.

Anglo-muhamedansko ili muhamedansko pravo u Indiji predstavlja onaj dio fikha za koji su zakoni indijskog parlamenta ili drugi propisi odredili da se primjenjuje pred britanskim sudovima. Ti propisi se primjenjuju u slučajevima kada su parnične stranke muslima-

¹⁶⁰ G. M. Kerimov, *Šerijat i ego social'naja susčnost*, Moskva, 1978, str. 11.

¹⁶¹ A. Aksentjev, *Koran, šariat i adaty*, Stavropol, 1966, str. 115-119.

ni. Onaj dio fikha koji nije sankcionisan aktima britanske kolonijalne uprave niti je izričito dokinut ili izmijenjen i dalje se uvažavao ako je bio u suglasnosti sa principima pravičnosti i poštenja kako su oni shvaćeni u britanskom pravu.¹⁶²

Po svom izvoru ovo pravo nije različito od šerijata ali su, kako ističe indijski pravnik Asaf A. A. Fyzee, promjene društvenog života indijskih muslimana u tri vijeka britanske dominacije, utjecaj zapadne kulture i prihvatanje engleskog jezika doveli do znatnih modifikacija polazne osnove.¹⁶³ Anglo-muhamedansko pravo rezultat je skupnih intelektualnih napora britanskih pravnika, indijskih muslimana i hindusa. Literatura o ovom pravnom sistemu je brojna i uglavnom je na engleskom jeziku. Tu u prvom redu spadaju odluke sudova (uvođenje sistema precedenata nepoznatog šerijatskom konceptu), zbirke pravnih tekstova ili prijevodi klasičnih fikhskih djela koje su sačinili britanski službenici ili domaći autori u 18. i 19. vijeku (Ameer Ali, Sircar, Abdurrahman, Tybji, Mulla i drugi), te zbirke fetvi na urdu jeziku (Abdulahajj, Ašraf Ali Sanavi i drugi).

Sudovi u britanskoj Indiji stali su na stanovište da i u stvarima u kojima se primjenjuje šerijatsko pravo mogu odstupiti od striktno teorije fikha ako to nalažu ideje humanosti, poštenja i pravičnosti kako su shvaćene u britanskom pravu. To je dovelo do modifikovanja klasičnih šerijatskopравниh ustanova kao što je bio slučaj sa porodičnim vakufima (evladijet vakufi). Indijski Visoki sud u slučaju Abul Fattah v. Russomov proglasio je 1894. nevaljanim vakuf čiji su prihodi namijenjeni vakifovim nasljednicima a nakon njihovog iščeznuća udovicama, siročadima i siromasima. Na osnovu principa pravičnosti (*equity*) sud je odbio da prizna ovakav vakuf kao dobrotvornu ustanovu, jer se pomaganje rodbine po engleskom pravu ne može podvesti pod kategoriju "dobročinstvo". Odbacujući tumačenje autoritativnih hanefijskih knjiga, kao što je *Hidaja*, i naučnika, kao što je Ameer Ali, britanski sud je dao vlastito tumačenje ustanova šerijatskog prava. Ovo tumačenje je ostalo na snazi sve do 1913. kada

¹⁶² S. H. Macnaghten, *op. cit.*, str. 1.

¹⁶³ Asaf A. A. Fyzee, "The Relevance of Muhammadan Law in the Twentieth Century", *The Cambridge Law Journal*, November 1963, str. 265.

je donesen Zakon o valjanosti muslimanskih vakufa. Tada je ponovo uvedeno hanefijsko tumačenje.¹⁶⁴

Anglo-muhamedansko pravo nastavilo je da se primjenjuje i nakon prestanka britanske vlasti na Indijskom potkontinentu (u Indiji i Pakistanu, kasnije i Bangladešu).

S druge strane, u Alžiru je, pored francuskog sudstva, i pravna nauka imala znatnog udjela u obrazovanju tzv. prava alžirskih muslimana. Pored uvažavanja temeljnih principa francuskog prava, ovdje se, posebno pod utjecajem profesora Marcela Moranda (umro 1932.) pristupilo uvođenju rješenja drugih mezheba, uz malikijski kao vladajući. Ove ideje došle su do izražaja u Nacrtu građanskog zakonika za Alžir iz 1916.

Ideje simbioze šerijatskog i evropskih prava nisu zadobile veći značaj izvan zemalja u kojima su nastale.

3. Osavremenjavanje fikha

Od polovine 19. vijeka započinju pokušaji da se u okviru samog fikha iznađu ideje i metodi kojima će se oživjeti islamsko pravno naslijeđe. Cilj ovih napora koji se označavaju kao "islamska reforma" ili "islamski modernizam" bio je da se dokaže da su propisi šerijata praktično primjenljivi i u modernom kontekstu.

U prvo vrijeme ideje reformatorskog pokreta izrazile su se kroz pokušaje osavremenjavanja forme šerijatskopравnih propisa. Pod utjecajem ideja kodifikacije iz evropskog kontinentalnog prava nastaju privatne i zvanične kodifikacije određenih grana šerijatskog prava. Šerijatski propisi se više ne nalaze samo u fikhskim djelima gdje se o jednom pitanju iznose stavovi različitih pravnih škola ili pravnika već u obliku zakonika kojima pravna vlast daje izvršnu sankciju. Ovu pojavu libanski pravnik Georges G. Corm označio je kao "desakralizaciju prava na nivou forme".¹⁶⁵ Pretakanje fikha u zakone i zakonike

¹⁶⁴ A. A. Fyze, *Outlines of Muhammedan Law*, Delhi, 1981, str. 301-304.

¹⁶⁵ Georges G. Corm, *Prilog proučavanju multikonfesionalnih društava*, Sarajevo, 1977, str. 19.

kasnije je postalo redovna pojava u zemljama gdje je usvojen način vladavine ustavnog tipa sa zakonima kao glavnim izvorom pozitivnog prava. Početak procesa kodifikacije šerijatskog prava označilo je donošenje *Medželle* u Osmanskoj carevini (1870-1877). Iza toga su slijedile kompilacije Muhammeda Kadri-paše u Egiptu, od kojih je najpoznatija ona koja se odnosi na porodično i nasljedno pravo. Poznata je kao *Ahval-i šahsija* ili *Šerijatski propisi o ličnom statusu*. Štampana je 1875. na arapskom jeziku a ubrzo zatim je zvanično prevedena na francuski, italijanski i engleski jezik da posluži kao autoritativna obavijest o sadržini šerijatskih propisa hanefijskog mezheba, mada službeno nije proglašena za zakonik.

Kodifikatorski rad Kadri-paše inspirisao je pravnike u drugim krajevima islamskog svijeta. A. F. M. Abdurrahman je u Kalkuti 1907. izdao *Ustanove muslimanskog prava: rasprava o ličnom pravu*, Abdulkerim El-Hilli je u Bagdadu 1923/24. štampao privatnu kodifikaciju *Džaferijski propisi o ličnom statusu*, dok je libijski autor Muhammed Amir 1937/38. objavio privatnu kodifikaciju malikijskog fikha pod naslovom *Sažetak šerijatskih propisa*.

U zadnjim decenijama 19. vijeka u teoriji se pojavljuju ideje o obnovi islamske pravne misli na temelju ponovnog čitanja obaveznih tekstova islama. Egipatski učenjak Muhammed Abduhu (1849-1905) u svojim djelima je nastojao dokazati da je istinsko islamsko pravo zasnovano na prirodnim principima a da je tradicionalizam i okamenjenost fikha posljedica neznanja i grešaka.¹⁶⁶ U pogledu saznanja sadržine normi islamskog prava Abduhu je priznao paralelne kompetencije objave i razuma. Razumom se može doseći istina o postojanju Boga, ali ne i način vršenja ibadeta. Objava je, naprimjer, precizirala propise o nasljedstvu, ali je druge pravne odnose (imovinsko pravne poslove) regulisala samo načelno, pa to područje predstavlja legitimni domen umnih napora. Na taj način, M. Abduhu je prihvatio ključnu postavku teorije prirodnog prava po kojoj je razum sposoban da pouzdano identifikuje pravo i nepravo a ne samo da ima funkciju elaboracije primjene objavljenih propisa.

¹⁶⁶ Makom H. Kerr, *Islamic Reform*, University of California Press, Berkeley, California, 1966, str. 107-108.

Na ovim postavkama Abduhuov učenik Rešid Rida (1865-1935) izgradio je liberalni metod pravnog rezonovanja. Smatrao je da šerijat posjeduje prirodenu prilagodljivost koja se ostvaruje putem *idžtihada* (samostalnog tumačenja), *istislaha* (koncepta opšte koristi) i *idžma'a* (jednoglasnosti koja zajednicu čuva od greške u tumačenju prava). Idžma je trebalo da bude institucionalizovan u skladu sa principom predstavljanja i savjetovanja. U svakom slučaju, smatrao je ovaj mislilac, islam posjeduje objavljenu poruku, čije su vrijednosti bliske savremenim liberalnim vrijednostima pa u tom smislu ne sprječavaju ljudsku nezavisnost, slobodu misli i djela. R. Rida je smatrao da se treba izvršiti potpuna obnova islamske pravne misli pri čemu tumači treba da se ograniče samo ciljevima Kur'ana i Sunneta, a ne i postojećim tumačenjima četiri škole ehl-i sunneta. Pošto naučni potencijali islamskog svijeta toga doba nisu bili dorasli ovakvom zadatku niti su za to postojali odgovarajući društveni uvjeti, Ridaove ideje su ostale, uglavnom, na nivou teorije a on sam ocijenjen je više kao mislilac vezan za tradicionalni idealizam nego što je bio praktični reformator.¹⁶⁷

Iza ovih učenjaka pojavio se čitav niz pravnih mislilaca i praktičara koji su bili vođeni idejom o obnovi islamske pravne nauke.

Na planu pravne prakse značajnu ulogu u ovom pravcu odigrao je egipatski pravnik Abdurrezak Senhuri. On se nije bavio idejom obnove cjelokupnog sistema fikha na bazi ciljeva zakonodavstva, već je obratio pažnju uključivanju fikha u aktuelne pravne sisteme bliskoistočnih zemalja. Prilikom kodifikacije građanskog prava u Egiptu (1949) on je fikhu dao mjesto trećeg izvora, nakon modernih zapadnih zakonika i prakse egipatskih sudova od kraja 19. vijeka. Ovo je bez sumnje predstavljalo relativizaciju mjesta Objavljenog zakona u pravnom poretku pošto je šerijat bio sveden na ulogu dopune propisa ljudskih zakonika. Na taj način bilo bi moguće govoriti i o desakralizaciji sadržine šerijatskog prava, koje se sada više ne uvažava kao sveto, nego kao odgovarajuće pravo. Međutim, pitanje je da li je jedan pojedinac, ma koliko obrazovan, i mogao učiniti više od onoga što je učinio A. Senhuri. Očigledno, on je na svoj način riješio dile-

¹⁶⁷ Isto, str. 137.

mu tadašnjih pravnika: da li je bolje cijele grane fikha ostaviti bez primjene ali ih ne mijenjati ili raditi na njihovoj primjeni po cijenu materijalnih reformi.

Senhuri se zalagao za razdvajanje čisto vjerskih i pravnih normi u okviru fikha. Izraz "islamsko pravo" bi se onda odnosio samo na norme pravnog karaktera u skladu sa modernim poimanjem prava.¹⁶⁸ Ovu ideju prihvatio je Asaf A. Fyzee i dalje se zalagao za njenu primjenu.¹⁶⁹ Ovo razlikovanje je faktički potvrđeno u zemljama u kojima šerijat ne predstavlja pozitivno pravo. Tu jedino propisi fikha koji se odnose na ibadet imaju praktični značaj ali im ne pripada naslov "pravo" već "propisi obredoslovlja".

Pored Senhurija koji je bio u prilici da ideje o obnovi islamske pravne nauke pretoči u zakonike bliskoistočnih zemalja više drugih intelektualaca dalo je svoj prilog razmatranju propisa i ustanova šerijatskog prava i njihove primjenljivosti u savremenom društvu. Abdulkerim Hatib se u djelu *Finansijska politika u islamu i njena veza sa savremenim transakcijama* (Kairo 1961) pozabavio kamatom. On je naveo da je pozajmljivanje novca uz kamatu (*riba en-nesi'a*) u islamu zabranjeno zbog društvene štetnosti. Banke zato ne mogu davati pojedincima novac na zajam uz kamatu, ali ga mogu pozajmljivati uz učešće u dobitku ili gubitku u pravnim poslovima koje zajmoprimac preduzme pozajmljenim sredstvima. Praksa da banke, osiguravajuća društva i druge ustanove daju kamate na individualne depozite novca u suštini je, prema ovom autoru, prihvatljiva pošto društvena nepravda na koju Kur'an cilja u ovom slučaju ne postoji. Ovo mišljenje zastupao je i Fethi Osman u djelu *Islamska misao i razvoj* (Kairo ca. 1961).¹⁷⁰ Slično je i sa prodajom stvari koje nisu u posjedu prodavca (neulovljena riba, nedozrelo voće i sl.). Po tradicionalnom tumačenju ovi poslovi su zabranjeni da bi se spriječila špekulacija ili izbjegli nesporazumi ugovornih strana. Međutim, moderno tržište i mehanizmi razmjene otklanjaju uzroke zabrane ovog posla, pa se prema

¹⁶⁸ Isto, str. 218-219.

¹⁶⁹ A. A. Fyzee, *Outlines of Muhammedan Law*, str. 39.

¹⁷⁰ Navedeno prema M. Kerru, *op. cit.*, str. 214.

novom tumačenju ova kupoprodaja smatra dozvoljenom (Abdulkerim Hatib).¹⁷¹

Ideje obnove islamske pravne misli našle su svoje mjesto i u zakonodavstvu određenih zemalja. S obzirom na strukturu pravnih sistema u zemljama u kojima je reformistički pokret došao do izražaja težište osavremenjivanja bilo je na području porodičnog i vakufskog prava. Kao početak moderniziranja sadržine šerijatskog porodičnog prava u literaturi se uzima datum donošenja osmanskog *Porodičnog zakona* (1917), koji je preveden i na naš jezik i bio faktički uvažavan i pred šerijatskim sudovima u staroj Jugoslaviji.¹⁷² Izmjena materijalnog prava ovdje je postignuta prihvatanjem mišljenja ostalih pravnih škola ehl-i sunneta, pored hanefijske škole kao vladajuće u Osmanskoj carevini. Ovaj zakon i metod reforme primijenjen prilikom njegove izrade (*tehajjur*) korišten je kao uzor pri kodifikovanju porodičnog prava u Libanu, Siriji, Jordanu i drugim bliskoistočnim zemljama.

Isti metod obogaćen jednim tehničkim postupkom nazvanim *teľfik* (kombinovanje mišljenja različitih pravnih škola ili pravnika pri konstruisanju jedne pravne norme) primijenjen je prilikom izrade zakona o vakufima u Egiptu 1946. god., koji je kasnije izvršio utjecaj na odgovarajuće zakone u Libanu i Siriji. Nasljedno pravo i oporuka bili su također predmet reforme. U obrazloženju za donošenje Zakona o oporuci 1946. predstavnik komisije stručnjaka je izjavio da se nije ograničavalo samo na mišljenja mezheba Ebu Hanife, već je inspiracija tražena i u drugim pravnim školama. Međutim, ukoliko u zakonu ne bude izričitog propisa o nekim pitanjima, onda se treba obratiti na hanefijsko tumačenje.¹⁷³ Ovo je značilo da je u pogledu izvora prava preuzeto shvatanje evropskog kontinentalnog prava: na prvom mjestu nalazi se zakon a nakon toga pravna nauka kao drugorzredni izvor.

Pozitivno zakonodavstvo inspirisano idejama osavremenjavanja fikha oformilo je svoj izgled šezdesetih godina 20. vijeka. Konkretna rješenja koja su prihvaćena odražavala su različiti odnos pojedinih

¹⁷¹ Isto, str. 214.

¹⁷² Vidi, Abdulah Škaljić, *Ženitbeni zakon "Hukuki aile kararnamesi"*, Sarajevo 1945.

¹⁷³ H. Liebesny, *op. cit.*, str. 500-501.

naučnih ili državnih krugova o značenju i dometima šerijata i obaveznosti njegovog tradicionalnog tumačenja.

Dok se na jednoj strani praktično osavremenjavanje fikha svodilo na izbor postojećih tumačenja u okviru četiri škole ehl-i sunneta, na drugoj strani je bilo pokušaja da se u pozitivne zakone pretoči jedan "novi idžtihad." Kao primjer ovakvog pristupa uzima se tuniski Zakon o ličnom statusu iz 1957. god., koji je izvršio radikalnu izmjenu fikhskih propisa u pogledu braka. Kur'anski ajet o višeženstvu autori ovog zakona protumačili su u smislu da muž pored finansijske moći, kao uvjet za sklapanje poligamnog braka, treba da sve žene tretira na jednak način. A pošto je to u modernim društvenim i ekonomskim uslovima nemoguće, višeženstvo je nemoguće. Jednak tretman žena u poligamnom braku nije, dakle, shvaćen kao moralna obaveza, već pravni uslov. Višeženstvo je zato zabranjeno i po tuniskom zakonu predstavlja prijestup za koji se izriče krivična sankcija. Također je ukinuta praksa jednostranog raskida braka izjavom muža (*talâk*). Za razvod braka isključivo su nadležni sudovi koji uvažavaju samo razloge navedene u zakonu.¹⁷⁴

I pored toga što je jedan dio islamskog svijeta ostao izvan ovih tokova reforme, primjenjujući dalje fikh u tradicionalnom obliku i na tradicionalan način (zemlje Arabijskog poluotoka i Sjeverna Nigerija do oko 1958.) napori za osavremenjavanjem islamskog pravnog naslijeđa daju glavni akcenat historiji šerijatskog prava 20. vijeka. Izgleda da je generalno priznata potreba za "otvaranjem vrata" idžtihadu, iako ne i konkretni rezultati pojedinaca i skupina u nekim dijelovima islamskog svijeta u tom smislu. Pronaći mjeru između jednog, u izmijenjenim okolnostima, nedjelotvornog tumačenja šerijata i takvog širokog tumačenja gdje se umjesto duha zakona izrazi duh samoga tumača izgleda da je vrlo teško. To će biti i glavni zadatak nauke šerijatskog prava u vremenu koje će uslijediti.

Izvor: *Glasnik VIS-a*, br. 2/1985, str. 137-147.

¹⁷⁴ Noel J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh University Press, 1978, str. 210-211; Joseph Schacht, "Problems of Modern Islamic Legislation", *Studia Islamica*, XII, str. 125.

PITANJE PRIMJENE ŠERIJATSKOG PRAVA KROZ HISTORIJU BOSANSKOHERCEGOVAČKIH MUSLIMANA

Šerijatsko pravo ima za muslimane poseban značaj. Njegovo ostvarenje odražava jačinu utjecaja koji islam ima za svoje sljedbenike u jednom historijskom momentu, pa pitanje njegove primjene nikada ne gubi na aktualnosti. Polazeći od toga, smatramo značajnim ukazati na način rješavanja ovog pitanja kroz historiju bosanskohercegovačkih muslimana. Na ovom mjestu to će se učiniti putem pokušaja da se na osnovu postojeće literature ukaže na obim i karakteristike primjene šerijatskog prava na ovom području u različitim društvenim i političkim okolnostima.

Zbog historijske činjenice da je šerijatsko pravo, u većem ili manjem obliku, bilo dio pozitivnog prava u Bosni i Hercegovini od uspostavljanja osmanske vlasti pa sve do iza Drugog svjetskog rata, pitanje njegove primjene je u literaturi pominjano u vezi sa postojanjem i djelovanjem šerijatskih sudova, koji su činili posebno uređeni dio državnog pravosuđa.¹⁷⁵ Iako je u ovom cijelom periodu najznačajnija odlika šerijatskog prava bila državna sankcija, bilo bi veoma važno utvrditi koliko je ovo pravo u pojedinim momentima bilo stvarni regulator različitih odnosa među muslimanima, posebno u slučajevima kada se nije tražila sudska intervencija. Pošto

¹⁷⁵ Pitanje šerijatskih sudova je u literaturi na našem jeziku pominjano, kako u namjeri da se da opšti pregled postojanja i djelovanja ovih institucija, tako i kroz razmatranje pojedinih problema vezanih za njihovu organizaciju ili nadležnost. Od prvospomenutih upućujemo na: Hafiz Abdulah Bušatlić, "O ustrojstvu i nadležnosti šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini", *Arhiv za pravne i društvene nauke (Arhiv)*, br. 2/1923, str. 116-124; Dr. Šaćir Sikirić, "Naši šeriatski sudovi", *Spomenica Šeriatske sudačke škole u Sarajevu*, 1937, str. 5-23; Mihajlo Zobkov, "Šerijatski sudovi", *Arhiv*, br. 2/1924, str. 52-58.

bismo do relevantnih zaključaka o ovom problemu mogli doći tek temeljnim istraživanjem sveukupnog života muslimana, u jednom ovakvom radu mi ćemo se dobrim dijelom zadržati na njegovom normativnom aspektu. Istovremeno, da bismo makar i ukazali na druge vidove pitanja primjene šerijatskog prava, prethodno ćemo se osvrnuti na sam pojam primjene prava i pružiti određenje šerijatskog prava.

Određenje šerijatskog prava

Prvo što se uočava u literaturi na našem jeziku jeste različitost termina kojima se označava ovo pravo.¹⁷⁶ Tako se govori o šerijatskom pravu, islamskom pravu, muslimanskom pravu a u vjerskoj literaturi se često upotrebljava arapski termin fikh. Jasno razgraničenje sadržaja obuhvaćenih ovim nazivima vezano je za analiziranje elemenata koji čine sistem prava u islamu, metode njegove izgradnje i karakteristike koje ga čine različitim od drugih pravnih sistema. Na tom planu kod nas je u pojedinim radovima bilo najviše riječi o izvorima i karakteristikama šerijatskog prava.¹⁷⁷ Osim toga, činjeni su pokušaji da se izloži i historija njegove izgradnje.¹⁷⁸ U posljednje vrijeme objavljeni su i prijevodi dijelova studija poznatih orijentalista koji se odnose na materiju šerijatskog prava.¹⁷⁹ Ipak, nedostatak jedne kompletne studije o historiji šerijatskog prava sa elementima teorije i dalje dovodi do različitih shvatanja njegovih osnovnih kategorija, što se odražava u neujednačenoj i često nepreciznoj terminologiji. Usput napominjeno da je u Turskoj prije tridesetak godina izdat *Rječnik islamskog prava i juridičkih termina*.¹⁸⁰

¹⁷⁶ O tome je, između ostalog, govorio profesor Alija Silajdžić u svom referatu na Simpoziju o arapsko-islamskoj kulturi u Sarajevu 1974. Vidi, A. Silajdžić, "Neke karakteristike islamskog prava", *Prilozi za orijentalnu filologiju (POF)*, XXIV, str. 155.

¹⁷⁷ Mehmed Begović, "O izvorima šerijatskog prava", *Arhiv*, br. 1/1933, str. 6-27.

¹⁷⁸ Kasim Dobrača, "Iz islamskog prava i njegove istorije", *Glasnik Islamske vjerske zajednice (Glasnik)*, br. 1/1936, str. 14 i dalje.

¹⁷⁹ Nerkez Smailagić, *Klasična kultura islama, II*, Zagreb 1976, str. 273-322.

¹⁸⁰ O. N. Bilmen, *Hukuki islamiyye ve istilahati fikhiyye kamusu* (Rječnik islamskog prava i juridičkih termina), Istanbul, 1948-1952.

Na ovom mjestu se ne može detaljno ulaziti u problem osobitosti prava u islamu, pa ćemo, idući za izlaganjem pakistanskog historičara Fazlur Rahmana, ukazati na neka bitna mjesta.¹⁸¹

Šerijat (ar. *šeríá*, *šer‘*) označava od Boga određen put na kome čovjek treba provesti svoj život da bi ostvario Božiju volju. Šerijat tako obuhvata čovjekova duhovna, duševna i tjelesna ponašanja i najobuhvatnije opisuje islam kao funkciju. Saznaje se kroz ono što je autoritativno dato (*Kur‘an*) i navođenjem na put pravim primjerom (*Sunnet*). Sposobnost razumijevanja ovog učenja i izvlačenje daljih zaključaka naziva se *fikh* (razumijevanje i shvatanje). Ovo razumijevanje koje je u početku bilo subjektivno, lično razumijevanje učenja kasnije se objektivizira u sistem, disciplinu koja se izučava (*fikh*). Ona sadrži pravo, ali isto tako i moralne i vjerske elemente, pa tako premašuje i značenje pojma pravne nauke (*jurisprudencije*), kako se često označava. Ovakav koncept rezultat je jedinstvenosti i svaobuhvatnosti islamskog učenja i historijskog razvitka pravne doktrine. Zbog toga šerijat predstavlja građu za izgradnju jednog sistema sa čisto pravnim elementima.

Polazeći od toga, za označavanje pravnog aspekta šerijata, čini nam se prihvatljivim kod nas uobičajen naziv šerijatsko pravo. Isto bi značio i termin islamsko pravo. Prema tome, pod šerijatskim pravom podrazumijevamo skup normi izvedenih iz Kur‘ana i Sunneta metodom individualnog razumijevanja (*idžtihad*), objektiviziranih i izgrađenih u sistem čiji je obim ograničen na oblasti koje se inače reguliraju pravom. Na ovaj način bi se izvršila potrebna diferencijacija. Istaklo bi se da se šerijat ne iscrpljuje u pravu, da je na osnovu njega djelatnošću učenjaka izgrađen pravni sistem, te da se njihovo shvatanje može u određenim slučajevima revidirati.

Karakterističan tok izgradnje šerijatskog pravnog sistema koji je rezultirao usvajanjem stava o njegovoj konačnosti i potpunosti, doveo je do situacije da se novoiskrsla pitanja, posebno u oblasti društveno-ekonomskih odnosa i funkcionisanja javnog poretka, nisu mogla podvesti pod postojeća rješenja. Osim toga, u ondašnjim nestabilnim

¹⁸¹ Fazlur Rahman, *Islam*, New York, 1968, str. 75-97 i 117-139.

političkim prilikama, pravници su se nevoljno odlučivali za bavljenje pitanjima državne vlasti, što je uključivalo i kritiku postojećeg stanja, pa prema tome i lični rizik, te je islamska pravna misao na polju državnog prava ostala u stanju koje je profesor Senhuri označio kao “doba djetinjstva.”¹⁸² U takvoj situaciji, nosioci vlasti su još od vremena halifa iz dinastije Abasija izdavali posebne propise nazvane *kanun*. Sa slabljenjem centralne vlasti ovakvu djelatnost naročito vrše pojedini sultani, da bi do kulminacije ovog državnog zakonodavstva došlo u periodu kada su hilafet preuzeli osmanski vladari. Kanuni, koji u historiji muslimanskih naroda imaju potpuno suprotno značenje od onoga koje imaju kanoni kod kršćanskih naroda, nominalno su se uključivali u sistem šerijatskog prava, uz ispunjenje uslova za njihov legalitet.¹⁸³ U stvarnosti, oni se, zbog različitog porijekla, nisu mogli izjednačiti sa šerijatskopравnim normama, niti se muslimansko stanovništvo jednako odnosilo prema ovim različitim pravnim cjelinama.¹⁸⁴

S obzirom da je Bosna i Hercegovina u dužem vremenskom periodu bila u sastavu Osmanske carevine, to je dolazila u obzir primjena šerijatskopравnih normi formulisanih u djelima poznatih pravnikar i osmanskog državnog zakonodavstva (*kanuni osmani*). Pored različitog karaktera ovih cjelina, diferenciranje je potrebno i zbog različitog kruga lica na koja su se primjenjivale ove norme.

Određenje pojma primjene prava

Pod primjenom prava, u najširem smislu, podrazumijeva se pretvaranje prava u stvarnost, odnosno ponašanje ljudi po pravnim

¹⁸² Abd al-Hamid Mutawalli, *Mabadi' nizâm el-hukm fi el-islâm* (Osnovi uređenja vlasti u islamu), el-Iskenderijje 1977, str. 14.

¹⁸³ Up., H. Mehmed Handžić, *Tumačenje šeriatsko-pravnih pitanja kod nas*, Sarajevo, 1939, str. 20.

¹⁸⁴ Adalbert Schek ističe da se bosanskohercegovački muslimani različito odnose prema šerijatskom i osmanskome državnom pravu, pošto im ovo posljednje nije dovoljno poznato. Neke institucije, kao razlikovanje zemljišta na mulk i miriju, ne odgovaraju njihovom pravnom shvatanju. (Vid., A. Schek, “Uvod u predavanja o bosansko-hercegovačkom pravu”, *Mjesečnik Hrvatskog pravničkog društva*, br. 2/1914, str. 100.)

normama. U užem smislu, time se označavaju odgovarajuće misaone operacije kojima se norma konkretizuje i individualizuje prema slučaju u pitanju. U još užem smislu, pod ovim pojmom se podrazumijeva samo izvršenje sankcije, bilo voljom subjekta prava bilo upotrebom prinude, odnosno prijetnjom da će se ona upotrijebiti.¹⁸⁵

Polazeći od ovakvog razlikovanja značenja pojma primjene prava, govorit ćemo o primjeni šerijatskog prava. Okolnost koja je od posebnog značaja za ostvarenje ovog pravnog sistema jeste da njegove norme imaju istovremeno i vjerski karakter, pa su subjekti na koje se odnose posebno motivirani da ih poštuju. Ponašanje suprotno zahtjevu sadržanom u šerijatskopravnoj normi predstavlja istovremeno i povredu prava i grijeh. U idealnom slučaju do takve situacije ne bi trebalo doći. U stvarnosti, zbog ljudske prirode do toga dolazi, ali bi se u takvim situacijama povreda vjerskog i pravnog poretka morala ukloniti voljnim ponašanjem odnosnog lica. Pošto se sankcija u većini negativno odražava na različita dobra prekršioaca, pa do njenog izvršenja najčešće dolazi prisilno, to se primjena šerijatskog prava u smislu izvršenja sankcija dovodi u vezu sa djelatnošću posebnih organa i to jedino u situaciji ako su dio državnog poretka koji monopolom prinude štiti islamski sistem vrijednosti. U slučaju nepostojanja takvog poretka sankcija se izvršava ili voljnim ponašanjem subjekta ili ostaje neizvršena. Svakako, radi se o sankciji za povrede pravne, a ne vjerske norme, pošto je ova posljednja izvan domašaja ljudskih moći.

Za razliku od izricanja i primjene sankcija, u državama u kojima je šerijatsko pravo važno, bilo je uobičajeno sudjelovanje posebnih sudskih organa pri sklapanju pojedinih pravnih poslova iz razloga pravne sigurnosti (sklapanje braka, osnivanje vakufa i slično). Takvi poslovi mogu se u izmijenjenim društvenim okolnostima sklopiti uz sudjelovanje drugih organa (naprimjer, vjerske zajednice) ili bez njih, uz ispunjenje šerijatskih uslova. U šerijatskom pravu se, inače, relativno precizno određuje norma, odnosno pravo a poredak i proces primjene samo načelno.

¹⁸⁵ Radomir D. Lukić, *Metodologija prava*, Beograd, 1979, str. 221-222.

Ukoliko se radi o primjeni prava u smislu odvijanja niza misaonih operacija kojima se konkretizuje opšta šerijatskoppravna norma, postojanje posebnih državnih organa nije neophodno, pošto do valjanih rezultata može doći zainteresirano lice intelektualnim naporom ili obavještavanjem od znalaca islamskog učenja.

Ostvarenje šerijatskog prava, prema tome, u cjelini nije neophodno vezano za postojanje šerijatskih sudova u statusu državnih organa. Njihovo postojanje predstavlja izraz određene historijske situacije u kojoj se muslimani nalaze. S druge strane, bez državnih sudova, šerijatsko pravo gubi svoj normativni element, pa o njegovom postojanju i efikasnosti možemo govoriti jedino sa sociološkog aspekta.

Primjenu šerijatskog prava kod bosanskohercegovačkih muslimana u drugom vremenskom periodu karakteriše postojanje i djelatnost šerijatskih sudova u statusu državnih organa. Protekom vremena mijenjao se njihov državnopolitički okvir, nadležnost i značaj kao i odnos prema muslimanskoj strukturi. Bili su dio javnog poretka jedne muslimanske i dviju kršćanskih država. Od opštih transformirali su se u specijalizovane sudove. Od elementa islamske države postali su cjelina relativno neovisna od muslimanske vjerske organizacije osnovane na principima duhovne hijerarhije.

Primjena šerijatskog prava u uslovima postojanja i djelatnosti državnih šerijatskih sudova

Islamizacijom i uspostavljanjem osmanske vlasti stanovništvo Bosne i Hercegovine došlo je u doticaj sa šerijatskim pravom i uključilo se u državnopravni sistem Osmanske carevine. Svijest da nova vjera traži jedno određeno praktično ponašanje i činjenica da iza šerijatskog prava stoji državna sankcija utjecali su na njegovu premoć u svakodnevnom životu. Proces islamizacije nije bio, međutim, samo prihvatanje druge vjere, već i preispitivanje cjelokupne dotadašnje tradicije u svjetlu islama. U lokalnim običajima ukidane su one ustanove koje su bile u suprotnosti sa duhom islama, ostale su unošene u muslimanski *corpus juris*.¹⁸⁶ U svakom slučaju u kome je tražena

¹⁸⁶ Halil Inaladžik, *Osmansko Carstvo*, Beograd, 1974, str. 101.

intervencija državnih organa ili je bio zainteresovan državni poređak, za muslimane je dolazila u obzir isključivo primjena šerijatskog prava.

Govoreći o tome, potrebno je imati na umu bitnu karakteristiku sudske vlasti u islamu. Radi se o cijepanju na sudsku funkciju, koju vrši kadija, i jurisprudencijalnu, koju vrši muftija.¹⁸⁷ U situaciji kada su relevantni zbornici šerijatskopравnih normi bili kazuistički strukturirana djela poznatih pravnika, dolazilo je do razilaženja pojedinih autoriteta u konkretnim slučajevima (*ihtilâf*), pa su zainteresirana lica i sam kadija tražili od pozvanih osoba obavještenje o normama koje se imaju primijeniti.¹⁸⁸ Takvo mišljenje (*fetva*) je obrazloženo i ima, pored naučnog, i javnopravni značaj, pošto država dodjeljuje pravo davanja takvih odgovora (*iftâ*) pojedinim licima. Fetve pojedinih muftija sabrane su u zasebne zbirke, a za izučavanje primjene šerijatskog prava kod nas posebno su značajne one domaćih ljudi.¹⁸⁹ Za određenje pravnog karaktera fetve (koja se u literaturi na našem jeziku označava kao mišljenje, a nekada kao i rješenje) važno je napomenuti da fetva izdata u jednom slučaju nije obavezivala kadiju u čijoj je nadležnosti presuđivanje spora. On je bio dužan da u slučaju razilaženja autoriteta izabere najispravnije i najjače mišljenje, pa je prihvatao ponuđenu fetvu ukoliko je njen sadržaj smatrao takvim. Osim toga, muftija je davao mišljenja i savjete licima koja su to tražila u vezi sa stavom islamskog učenja prema svakodnevnim poslovima. Stoga je muftija obično, pored jurisprudencijalne funkcije vršio i funkciju predavača u mjesnoj medresi ili vaiza.¹⁹⁰

Sudsku funkciju vršio je sudija, koji je bio smatran zastupnikom halife, a mogao je imati rang mulle, kadije i naiba. Ova kategoriza-

¹⁸⁷ Žorž Korm, *Prilog proučavanju multikonfesionalnih zajednica*, Sarajevo, 1977, str. 152.

¹⁸⁸ M. Handžić, *Pogled na sudstvo u Bosni i Hercegovini za vrijeme turske vlasti*, Sarajevo, 1941, str. 10-11.

¹⁸⁹ Vid., M. Handžić, "Nekoliko fetvi naših muftija iz turske dobe", *Kalendar Gajret*, Sarajevo, 1938, str. 206-217; *Katalog arapskih, turskih i perzijskih rukopisa Gazi Husrevbegove biblioteke* (obradio Kasim Dobrača), II, Sarajevo, 1979, str. 711-825.

¹⁹⁰ Up., Šejh Sejfuddin Kemura, *Sarajevske muftije od 926 (1519) do 1334 (1916) god.*, Sarajevo, 1916; Hivzija Hasandedić, "Mostarske muftije-prilog kulturnoj povijesti Mostara", *Glasnik*, br. 9-10/1975, str. 432-451.

cija je bila rezultat čvrste hijerarhije u redovima uleme provedene u okviru Osmanske carevine s obzirom na školsku spremu i visinu prihoda.¹⁹¹ U Bosni i Hercegovini jedino je u Sarajevu sudsku funkciju vršilo lice s rangom mulle i pravom postavljanja naiba u okolnim nahijama. U drugim mjestima ovu funkciju su obično vršile kadije.¹⁹²

Uopšteno govoreći, na muslimane je primjenjivano šerijatsko pravo i osmansko državno pravo. Ove propise primjenjivali su sudski organi, osim ako usljed statusa pojedinca u pitanju nije bio nadležan drugi organ. Tako su, naprimjer, u stvarima pripadnika vojničkih redova bile nadležne njihove starješine.¹⁹³ Za klasični period Osmanske države karakteristično je da su kadije, pored šerijatskog prava za muslimane, primjenjivale državne zakone za sve podanike, te da su, izuzetno, primjenjivale i na nemuslimane propise šerijatskog prava u slučajevima kad oni zatraže državnu intervenciju. U literaturi su izneseni slučajevi sklapanja braka, osnivanja zadužbina i drugi.¹⁹⁴

U pogledu organizacije i nadležnosti šerijatskih sudova u okviru Osmanske carevine nastupila je nova situacija provođenjem reformi započetih *Hatti-šerifom* od Gulhane 26. šabana 1255. (3. novembar 1839.) i *Hatti humajunom* od 16. februara 1856. U procesu uvođenja novog državnog poretka (*nizam-i cedid*) došlo je do promjena i u sudskoj organizaciji.¹⁹⁵ Nadležnost šerijatskih sudova se ograničava na stvari bračnog, porodičnog i nasljednog prava muslimana, vakufske stvari i izvjesne radnje u izvanparničnom postupku. Novoosnovani trgovački i građanski sudovi (*ticâret mehâkimi, mehâkim-i medeniye*) dobili su u nadležnost trgovačke sporove i neke druge građanske stvari, te krivičnu jurisdikciju nad cjelokupnim stanovništvom. Ovi sudovi su bili trostepeni i njihova organizacija je bila provedena u Vilajetu Bosna. Reformnim mjerama šerijatski sudovi, koji su imali

¹⁹¹ H. Inaldžik, *n. dj.*, str. 243-244.

¹⁹² M. Handžić, *Pogled na sudstvo*, str. 7.

¹⁹³ Hamid Hadžibegić, "Prilog proučavanju nadležnosti sudova u turskom periodu", *Istorijskopравни zbornik*, br. 3-4/1950, str. 241.

¹⁹⁴ Vladimir Skarić, *Srpski pravoslavni narod i crkva u Sarajevu u XVII i XVIII vijeku*, Sarajevo, 1928, str. 8-9.

¹⁹⁵ Š. Sikrić, *n. dj.*, str. 6-9.

karakter sudova opšte nadležnosti, pretvaraju se u specijalne sudove. Iako su redovni sudovi nastali kao rezultat sve izraženijeg diferenciranja vjerske i svjetovne vlasti u Osmanskoj državi i približavanja evropskim državnim modelima, ipak su i oni dijelom primjenjivali norme crpljene iz šerijatskog prava kao što je bio slučaj i sa prvom, djelimičnom kodifikacijom *Medžellom*.

I u organizacionom pogledu šerijatski sudovi su bili u vezi sa redovnim sudstvom. Predsjednik Velikog apelacionog suda u Sarajevu (*Büyük meclisi temyizi hukûk*), najviše instance redovnog sudstva u Vilajetu Bosna, imenovan je od strane sultana, a na prijedlog najviše vjerske vlasti (*šejhul-islâm*). Istovremeno, njemu je bio povjeren nadzor nad šerijatskim sudovima u Bosni i Hercegovini.¹⁹⁶ Ovakvi odnosi između reformisanih i šerijatskih sudova proizilaze iz činjenice da su obje vrste sudova državni organi koji vrše u krajnjoj liniji istu funkciju (očuvanje određenog sistema vrijednosti pravnim sredstvima). Izuzimanje krivičnih i znatnog dijela građanskih stvari ispod jurisdikcije šerijatskih sudova (i u odnosu na muslimane) sužavalo je primjenu ovog prava i umanjivalo njihov značaj. Pošto važnost stvari u kojima je nadležan jedan sud stoji u direktnoj vezi s njegovim značenjem i mjestom u sudskoj organizaciji, to je jasna nadzorna uloga šefa reformisanog sudstva nad šerijatskim sudovima. Reformisani sudovi, su, naime, svoju važnost i značaj crpili iz činjenica da su bili nadležni izricati krivične i građanske sankcije, koje su vezane za najznačajnija ljudska dobra, pa prema tome i najvažniji u jednom državnom pravnom sistemu.

Muftije su, uglavnom, dovođene u vezu sa vjerskoprosvjernim poslovima, a tek posredno sa primjenom šerijatskog prava putem djelatnosti državnih organa.

U okvirima određenim osmanskim reformama šerijatsko sudstvo će postojati i djelovati i u izmijenjenim državopolitičkim okvirima.

Okupiranjem Bosne i Hercegovine od strane Austrougarske Monarhije muslimani su dovedeni u poseban položaj. U okviru Osman-

¹⁹⁶ Vid., Ahmed Aličić, "Uredba o organizaciji vilajeta iz 1867. g.", *POF*, XII-XIII, str. 219-237.

ske države oni nisu imali posebne vjerske organizacije kao druge vjerske zajednice, pa su okupacijom od jedne kršćanske sile izgubili neposrednu vezu a vjerskim starješinstvom (*Mešihat*) u Carigradu. Pošto islamski propisi regulišu ne samo vjerske odnose već i šire, sam život je tražio institucionalizovanje svih takvih poslova, neovisno od rješenja državnopravnog statusa Bosne i Hercegovine. Austro-Ugarska se još proglasom generala Josipa Filipovića obavezala na regulisanje okupacije Bosne i Hercegovine od 21. aprila 1879. god. (Carigradska konvencija) da će “sa najvećom pažnjom bdjeti da se na nikakav način ne povrede čast, običaji, sloboda vjeroispovijedanja, sigurnost osoba i imovine muslimana.”¹⁹⁷ Okupaciona uprava se tako našla u situaciji da poštuje ranije zakone i da istovremeno preduzima mjere koje će muslimane odvojiti od hilafeta, za što je imala politički interes.

U pogledu primjene šerijatskog prava, Austro-Ugarska je u prvo vrijeme sankcionisala osmanski zakon o nadležnosti šerijatskih sudova iz 1860. Osim toga, ovim sudovima su date u nadležnost i stvari na koje se, usljed pravnog kontinuiteta, primjenjuje osmansko pravo, nepoznato novim sudijama građanskih sudova. U procesu pravnog izgrađivanja austrougarske vlasti 29. avgusta 1883. donesena je Naredba o ustrojstvu i djelokrugu šerijatskih sudova.¹⁹⁸ Pitanje imenovanja, otpuštanja i premještanja šerijatskih sudija bilo je riješeno carskom naredbom iz 1881. Ovim normiranjem bila je sankcionisana dvostepenost šerijatskih sudova (kotarski i Vrhovni sud) dok se njihova nadležnost odnosila na bračne i porodične stvari muslimana, nasljeđivanje na mulk nekretninama i predmete tutorstva i kuratele.¹⁹⁹ Naredbama Zemaljske vlade ova nadležnost je proširivana pa je obuhvatila: ispitivanje valjanosti punomoćja, odnosno legalizaciju potpisa na punomoćjima, administraciju u vakufskim poslovima, sporove privatnopravne prirode koji se tiču vakufa, a u kojima nije sporno

¹⁹⁷ Vladimir-Đuro Degan, “Međunarodnopravno uređenje položaja Muslimana sa osvrtom na uređenje položaja drugih vjerskih i narodnosnih skupina na području Jugoslavije”, *Prilozi Instituta za istoriju radničkog pokreta u Sarajevu*, br. 8/1972, str. 66.

¹⁹⁸ *Zbornik zakona i naredaba za Bosnu i Hercegovinu*, 1883, str. 538-542.

¹⁹⁹ Š. Sikirić, *n. dj.*, str. 18.

samo vakufsko svojstvo stvari, nasljeđivanje muslimana na mirije nekretninama po osmanskim propisima i privremeno raspravljanje ostavštine nemuslimana, pošto su kadije dobro poznavale i njihovo običajno pravo.²⁰⁰

Ovakvim regulisanjem primjena šerijatskog prava je stavljena u nadležnost šerijatskih sudova, koji imaju status državnih organa, a muslimanskoj vjerskoj strukturi koja se formirala u duhu modernih nacionalnih vjerskih zajednica ostavljeni su obredni, vjerskoprosvjjetni i djelimično vakufski poslovi. Takvo rješenje se razlikovalo od onoga za koje se zalagala Porta prilikom rješavanja problema postavljanja vjerskog poglavara bosanskohercegovačkih muslimana. Ona je 9. februara 1882. odredila tadašnjeg sarajevskog muftiju Hilmi-efendiju Omerovića da rukovodi vjerskim i uopšte šerijatskim poslovima muslimana s pravom da u odgovarajućim okruzima i kotarima imenuje najsposobnije naibe (zamjenike) i da postavlja kadije, da bi se na taj način očuvalo pravo šejhul-islama u pogledu postavljanja vjerskosudskih funkcionera. Međutim, Hilmi-efendija nije prihvatio ovo proširenje kompetencija, koje pogotovo nije konveniralo Austro-Ugarskoj. Tako je novopostavljeni bosanski muftija, kao i ostali, i dalje izdavao fetve i predavao u medresi, a postavljanje kadija ostalo je u nadležnosti državne vlasti.²⁰¹ Međutim, u odnosu na ranije stanje postojala je znatna razlika. Više se nije radilo o jednoj islamskoj državi koja bi postavljala šerijatske sudije po logici svoje prirode i funkcije, već o jednoj kršćanskoj državi. U Osmanskoj državi u krajnjoj liniji je ostvarivana kontrola Mešihata nad šerijatskim sudstvom. Pod austrougarskom okupacijom ovi sudovi su dovedeni u posrednu vezu sa vjerskom organizacijom bosanskohercegovačkih muslimana. Ona se manifestovala kroz obaveznu da kadijski kandidati polažu stručni ispit pred Ulema medžlisom pod predsjedavanjem reisul-uleme, pred kojim se polažu i godišnji

²⁰⁰ O naredbama koje regulišu organizaciju i nadležnost šerijatskih sudova, vid., Eugen Sladović, *Priručnik zakona i naredaba za upravnu službu u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 1915, str. 329-333.

²⁰¹ Nusret Šehić, *Autonomni pokret Muslimana za vrijeme austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 1980, str. 23-24.

ispiti u školi za pripremu šerijatskih sudija. Osim toga, Vrhovni šerijatski sud morao je prije svake odluke zatražiti mišljenje Ulema međžlisa. Pri takvim vezama nastavljen je različit razvoj institucija u čijoj je nadležnosti primjena različitih aspekata islamskog učenja (pravnih i vjerskoobrazovnih). Pitanje odnosa šerijatskih sudija i vjerskog starješinstva (Rijaset) bilo je postavljeno u pregovorima muslimanskih opozicionih predstavnika i austrougarske uprave u Bosni i Hercegovini januara 1908. Predstavnik Zemaljske vlade priznao je da reisul-ulema nema neposredni utjecaj na imenovanje šerijatskih sudija, koje se vrši na osnovu državnih propisa o imenovanju činovnika pri čemu nije obavezno traženje njihovog mišljenja. Zemaljska vlada se saglasila sa zahtjevom muslimanske opozicije da se omogući veći utjecaj Rijasetu u ovoj oblasti putem izdavanja murasele.²⁰² Ovaj stav je našao odraz u paragrafu 140. Autonomnog statuta.²⁰³

Stvaranjem prve zajedničke države jugoslovenskih naroda u pogledu primjene šerijatskog prava stanje se nije izmijenilo. I pored različitih stavova o muslimanima, istaknuta je ravnopravnost pravoslavne, rimokatoličke i islamske vjeroispovijesti. U pogledu regulisanja odnosa države i vjerskih zajednica stalo se na poziciju vjerskog pariteta sa državnim zakonodavstvom.²⁰⁴ S obzirom da za muslimane islam ne predstavlja samo vjerovanje, već i svakodnevno ponašanje, u toku priprema za uspostavljanje prve jugoslovenske države spomenuto je pitanje primjene šerijatskog prava.²⁰⁵

²⁰² U šerijatskopravnoj stilistici *murasela* znači dopis jednog kadije drugom kadiji ili nekom licu kojim ga ovlašćuje da izvrši u njegovo ime određeni pravni posao, odnosno kojim se saopštava presuda u nekom sporu. U praksi šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini tako se zvalo i ovlašćenje koje daje reisul-ulema kadiji u svojstvu vjerskog starješine, a tiče se poslova primjene šerijatskog prava. (Derviš Buturović, "Murasela kadije i muftije Neretvanske nahije Feraišćije Osmana od 3. ramazana 1235", *Glasnik*, br. 7/1942, str. 203.)

²⁰³ N. Šehić, *n. dj.*, str. 278.

²⁰⁴ Dragoslav Janković, *Jugoslovensko pitanje i Krfska deklaracija 1917. godine*, Beograd, 1967, str. 277.

²⁰⁵ Smatrajući da sve vjere treba da budu izjednačene, uključujući i muslimansku, Nikola Pašić je rekao: "Njihova vjera je i njihov građanski zakon. U tome će biti poteškoća. S državnog gledišta ipak, ne mogu smetati." (D. Janković, *n. dj.*, str. 275.)

Ugovorom o zaštiti manjina zaključenim u Sen Žermenu 10. septembra 1919. Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca se obavezala (čl. 10) da “za muslimane, ukoliko se tiče njihovog porodičnog i ličnog statusa, donese odredbe koje dopuštaju da se ta pitanja regulišu po muslimanskim običajima.”²⁰⁶ Iako je ovaj ugovor, koji je kasnije postao dio unutrašnjeg pravnog poretka, obavezivao novostvorenu državu na donošenje propisa koji dopuštaju da se pitanja porodičnog i ličnog statusa regulišu po muslimanskim običajima, u Vidovdanskom ustavu je sadržana opšta proklamacija da u “porodičnim i nasljednim stvarima muslimana sude državne šerijatske sudije.” Na taj način, za muslimane u Jugoslaviji primjena šerijatskog prava nije bila mogućnost, već obaveza. Na organizacionom planu, kao i u doba Austro-Ugarske, primjena šerijatskog prava nije bila stvar vjerske autonomije, već posebno uređena grana državnog pravosuđa.²⁰⁷

U davanju posebnog sudstva muslimanima u navedenim sferama značajnu ulogu je odigrala Jugoslovenska muslimanska organizacija (JMO), koja je u svom programu istakla da će se zalagati za dobijanje ustavnih garancija da će i u novoj državi ostati netaknuta ustanova šerijatskih sudova kao državnih vlasti za sudovanje po propisima šerijatskih sudova u djelokrugu koji se ima proširiti.²⁰⁸ Ova partija je, osim toga, pri stupanju u koaliciju sa Nikolom Pašićem i pri pružanju saradnje zahtijevala donošenje jedinstvenog zakona o šerijatskim sudovima.

Do donošenja takvog zakona nije došlo sve do 21. marta 1929. kada je proglašen Zakon o uređenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama.²⁰⁹ Ovim zakonom uređenje šerijatskog sudstva u Bosni i Hercegovini protegnuto je i na druge jugoslovenske krajeve gdje žive muslimani. Faktički, to u potpunosti nije učinjeno sve do kraja postojanja stare Jugoslavije.

²⁰⁶ V. Degan, *n. dj.*, str. 90-91.

²⁰⁷ Bertold Eisner, “Nadležnost u porodičnim i nasljednim stvarima muslimana i primjena šerijatskog prava”, *Arhiv*, br. 3/1922, str. 235.

²⁰⁸ Atif Purivatra, *Jugoslovenska muslimanska organizacija u političkom životu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Sarajevo, 1977, str. 418-419.

²⁰⁹ *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 73-XXIX od 28. III 1929.

Primjenjivanje šerijatskog prava putem državnog sudstva kritizirano je od pojedinih tadašnjih pravnikâ. Tako je Mihajlo Zobkow smatrao da su kadije u prvom redu vjerska lica, pa kada presuđuju u bračnim sporovima, ostaju i dalje duhovna lica i nemaju naslov sudije.²¹⁰ Ovakav stav je mogao biti posljedica nedovoljnog poznavanja islamskog koncepta prava i države i posmatranja islamskih institucija kroz kategorije kršćanske tradicije. U islamu brak nije sakrament i nije po tom osnovu doveden u vezu sa kadijama, već na osnovu zahtjeva da se cjelokupni život regulira normama šerijatskog prava. Zato se u islamu bračna pitanja ne izdvajaju u posebnu oblast. S druge strane, sužavanje primjene šerijatskog prava na oblast porodičnih i nasljednih odnosa posljedica je specifičnog historijskog razvoja muslimanskog društva i islamske pravne nauke. Prema tome, kadija ne sudjeluje pri sklapanju različitih poslova kao duhovno lice, jer takve islam ne poznaje, već kao znalac prava i ovlašćeno lice.

Profesor Milan Bartoš je kritizirajući shvatanje da je primjena šerijatskog prava obavezna za muslimane u Jugoslaviji iznio primjer tadašnjih francuskih kolonija, posebno Alžira, u kojima su se muslimani mogli koristiti svojim pravom ali nisu morali. Oni su se mogli pred nadležnim sudijom (*judge de paix*) izričito izjasniti da napuštaju svoj lični status i da se potčinjavaju opštem građanskom pravu. Profesor Bartoš je predlagao kopiranje alžirskog primjera, smatrajući da ne postoji društvena potreba prinudnog održavanja šerijatskog prava kada su ga i neke muslimanske države odbacile.²¹¹ Stav profesora Bartoša je bio u skladu sa konceptom građanske demokratske države, jedinstvenog prava za njene građane i principom sekularizacije. Međutim, pri samom poređenju jugoslovenskih muslimana sa alžirskim radi se o dvije potpuno različite situacije. U jednom slučaju riječ je o odnosu kolonijalne vlasti prema domorodačkom stanovništvu i odnosu tog stanovništva prema stranom pravu. U drugom slučaju, radi se o regulisanju položaja jugoslovenskih muslimana u vlastitoj državi. Osim toga, u uvjetima kulturne ugroženosti muslimana, pri-

²¹⁰ M. Zobkow, *n. dj.*, str. 58.

²¹¹ Milan Bartoš, "Obaveznost šerijatskog prava", *Arhiv*, br. 6/1933, str. 502.

mjena šerijatskog prava je bila faktor očuvanja njihove posebnosti, iako je i samo ovo pravo zbog karakterističnog historijskog razvoja bilo opterećeno suvišnim tradicionalizmom. Što se tiče prigovora da su i same muslimanske države počele odbacivati šerijatsko pravo, pri čemu se prvenstveno mislilo na tadašnju Tursku, može se reći da slučaj ove zemlje nije tipičan za muslimanski svijet. Radilo se o jednom odgovoru na konkretne protivrječnosti turskog društva, koji je pod utjecajem zapadnoevropskog iskustva pronađen u laicizaciji države i prava. U drugim muslimanskim državama istovremeno je nuđen drugi odgovor kroz reformu šerijatskog prava u dijelovima ostavljenim ljudskoj inicijativi.

U praksi, stav profesora Bartoša nije prihvaćen. Rješenje koje je on predložio predstavljalo je udar na tradicionalistička raspoloženja muslimanskih masa, čiji je politički reprezentant (JMO) imao ministre u većini tadašnjih vlada. Do radikalne promjene u rješavanju pitanja primjene šerijatskog prava došlo je zajedno sa cjelokupnim preobražajem jugoslovenskog društva.

Primjena šerijatskog prava u uslovima nepostojanja državnih šerijatskih sudova

Predsjedništvo Narodne skupštine Republike Bosne i Hercegovine donijelo je 5. marta 1946. Zakon o ukidanju šerijatskih sudova na području Narodne Republike Bosne i Hercegovine.²¹² Ovim zakonom ukinuti su šerijatski sudovi, a predmeti koji su ranije spadali u njihovu nadležnost dati su na raspravljanje građanskim sudovima i drugim državnim organima.

Od ovog momenta više se ne može govoriti s normativnopravnog aspekta o šerijatskom pravu u Bosni i Hercegovini u smislu skupa normi posebne vrste koji je dio pozitivnog prava u jednoj državi. Međutim, u sociološkom smislu može se govoriti o šerijatskom pravu u mjeri u kojoj živi u svijesti ljudi i utječe na njihovo ponašanje.²¹³

²¹² *Službeni list NR BiH*, br. 10 od 6. III 1946.

²¹³ O društvenom vidu prava, vid., R. Lukić, *n. dj.*, str. 85.

Historija je već pokazala da pravo u većini slučajeva nadživi državu, odnosno strukturu putem koje je prinudno provođeno. I kada nestane takve države, ono je već dugotrajnim vršenjem prešlo u običaj i u takvom obliku se dalje održava. Tako se i sadržaji šerijatskopравnih normi mogu i dalje ostvarivati kroz moral i običaj. Za samo postizanje cilja šerijatskog prava (ostvarenje određenog oblika ponašanja) normativno-pravni aspekt, vidjeli smo, nije neophodan. Osim toga, u određenim pravnim stvarima s kojima se slobodno raspolaže, moguće je kao ličnu volju izraziti šerijatskopравna rješenja. Organi islamske zajednice u svom radu vezani su propisima šerijatskog prava. Takav je slučaj sa osnivanjem vakufa, izvršavanjem odredbi vakufnama, sklapanjem brakova i slično.²¹⁴

Zbog odsustva normativnog elementa u ovom periodu se uglavnom govori o prakticiranju islamskog načina života, usaglašenosti prakse sa Kur'anom i Sunnetom, što u osnovi označava primjenu šerijatskog prava u najširem smislu. Dokle god šerijatskopравna norma utječe na ponašanje ljudi, bez obzira na jačinu i raširenost utjecaja, ona živi i mi možemo govoriti o društvenom vidu šerijatskog prava. Za donošenje konkretnih zaključaka bit će potrebno ispitivati žive muslimanske običaje i upoređivati ih sa šerijatskopравnim normama.²¹⁵

Zaključak

Šerijatsko pravo predstavlja pravni aspekt islamskog učenja, pa za muslimane ima poseban značaj. Njegovo poštovanje vjerno odražava stepen privrženosti samom islamu.

U ovom radu je u osnovnim crtama prikazano pitanje primjene šerijatskog prava kod bosanskohercegovačkih muslimana. S obzirom

²¹⁴ Ustav Islamske zajednice u SFRJ od 5. XI 1969, čl. 6 i 7.

²¹⁵ Tako bi, naprimjer, za određivanje stepena efikasnosti šerijatskog prava u sociološkom smislu bilo potrebno ustanoviti ne samo broj brakova sklopljenih pred organima Islamske zajednice već i utjecaj tih normi na dalje ponašanje supružnika (u slučaju razvoda braka, da li muž ispunjava obavezu u pogledu mehra u okolnostima kada se na to može prisiliti i slično).

na način njegovog rješavanja, vrijeme od primanja islama do današnjih dana podijeljeno je na dva perioda.

U prvom periodu, koji teče od uspostavljanja osmanske vlasti pa do završetka Drugog svjetskog rata, primjena šerijatskog prava vezana je za postojanje i djelatnost državnih šerijatskih sudova. Šerijatsko pravo čini dio pozitivnog prava. Pred kraj osmanske uprave dolazi do sužavanja njegove primjene i svođenja na porodične, nasljedne i vakufske odnose. Šerijatski sudovi od opštih postaju specijalne sudske institucije. U promijenjenim historijskim i političkim okolnostima oni će biti preuzeti u strukture austrougarske monarhije i jugoslovenske građanske države, čineći cjelinu relativno nezavisnu od muslimanske vjerske organizacije uspostavljene na principima duhovne hijerarhije. Obim primjene šerijatskog prava u bitnom nije izmijenjen. Njegova primjena, i pored nedostataka koji su posljedica stagniranja islamske pravne nauke i faktičkog stanja šerijatskog sudstva, pozitivno je utjecala na očuvanje posebnosti muslimana, posebno u uslovima kulturne ugroženosti.

Drugi period počinje teći od ukidanja šerijatskih sudova nakon Drugog svjetskog rata. S normativnopravnog aspekta više se ne može govoriti o šerijatskom pravu pošto nije sankcionisano državnom prisudom. Međutim, možemo govoriti o društvenom vidu ovog prava sve dok njegove norme žive u svijesti vjernika i utječu na njihovo ponašanje. Sadržina šerijatskopравnih normi ostvaruje se putem morala, običaja i djelatnosti vjerskih organa.

Izvor: *Zbornik radova ITF-a*, br. 1/1982, str. 213-226.

JEDNA VAŽNA FETVA O PITANJU ISELJAVANJA BOSANSKIH MUSLIMANA U VRIJEME AUSTROUGARSKE UPRAVE ²¹⁶

U literaturi o problemu iseljavanja bosanskih muslimana u postosmanskom periodu, vjerskopравни aspekt iseljenja nije šire razmatran. Ako se ima u vidu da islamski vjerovakon (*šerijat*) za muslimane ima važne funkcije i izvan pozitivnopravne sfere kao politički, ideološki i psihološki faktor, te element društveno-normativne kulture, očigledno je da i pojava iseljavanja bosanskih muslimana (*hidžret*) u postosmanskom periodu ne može biti svestrano istražena bez tretiranja vjerskopravne dimenzije.

Osnovno pitanje koje se tom kontekstu postavlja jeste kakvu su vjerskopravnu kvalifikaciju iseljavanja dali muslimanski učenjaci. Kako je poznato, takve kvalifikacije daju se u vidu vjerskopравnih mišljenja (*fetva*), koja na upit zainteresovanih lica izdaju muslimanski učenjaci ili u vidu posebnih rasprava (*risala*).

U slučaju iseljavanja bosanskih muslimana u vrijeme austroугarske uprave postoje, prema našim saznanjima, dva teksta koja se sa šerijatskopравnog aspekta bave hidžretom.

Prvi tekst je *Poslanica o hidžri (Risale fi l-hidžre)* koju je napisao poznati bosanski alim i prvi *reisul-ulema* Mehmed Teufik Azapagić (1838-1918). Kao tuzlanski muftija on je 1884. napisao tu poslanicu na arapskom jeziku, da bi je dvije godine kasnije list *Vatan* štampao na turskom jeziku, u nešto skraćenoj formi. U ovom radu M. T. Azapagić dokazivao je da ne postoje šerijatski razlozi za iseljenje muslimana nakon okupacije Bosne i Hercegovine od strane Austro-Ugarske Monarhije. Tekst je široko distribuiran da bi smanjio talas

²¹⁶ Koautor ovog teksta je Mustafa Jahić.

prvih bosanskih muhadžira. Sam sadržaj *Poslanice o hidžri* ostao je nepoznat izvan kruga muslimanskih učenjaka i osmanista sve do 1990.godine, kada je Osman Lavić, bibliotekar Gazi Husrev-begove biblioteke u Sarajevu, objavio njen prijevod (*Anali Gazi Husrev-begove biblioteke*, knj. XV-XVI, str. 197-22).

Drugi tekst je fetva koju je objavio egipatski učenjak Muhamed Rešid Rida u časopisu *el-Menar* 1909. (knj. XII, str. 410-415). Ova fetva uslijedila je kao odgovor na pitanje koje je jedan čitalac iz Bosne postavio uredniku i vlasniku čuvenog *el-Menara*. Pitanje i odgovor objavljeni su pod naslovom *Hidžra i propisi u vezi s njom koji se odnose na muslimane u Bosni (El-Hidžretu ve hukmu muslimi Busna fiha)*. Ova fetva smatra se veoma značajnom te je uvrštena u bibliografsku bilješku uz odrednicu "Hidžra", objavljenu u drugom izdanju *Enciklopedije islama (The Encyclopaedia of Islam, New Edition, Supplement, fascicules 5-6, Leiden 1982, str. 368)*. I pored svega toga u našoj nauci o ovoj fetvi nema pomena. U namjeri da skrenemo pažnju na ovaj važan dokument, odlučili smo se za integralan prijevod njegovog teksta, uz odgovarajuće bilješke, te kratku analizu njegovog sadržaja i okolnosti njegovog nastanka.

Inicijativu za donošenje ove fetve dao je čitalac *el-Menara* iz Bosne, potpisan kao "Muhamed Z. H. D. Tarabar, učenik Fejzije medrese u Travniku." Daljim istraživanjem utvrdili smo da je riječ o Muhamedu Zahirudinu Tarabaru (1882-1957), koji je nakon završene osnovne škole u Zenici pohađao i završio medresu Fejziju u Travniku. Kasnije je službovao kao muderis, imam, muallim i hatib u Derventi. Služio se sa sva tri islamska orijentalna jezika i redovno je primao časopise iz islamskog svijeta. Očigledno je da je takvo usmjerenje ponio iz učeničkih dana kada je čitao glasilo islamskog reformističkog pokreta i u pismu njegovom uredniku iskazao dobro poznavanje arapskog jezika.²¹⁷

Molba za izdavanje fetve o problemu iseljavanja bosanskih muslimana upućena je Muhammedu Rešidu Ridau (1865-1935), ista-

²¹⁷ Za podatke o M. Z. Tarabaru zahvaljujem mr. Džemaludinu Šestiću iz Zenice i hafizu Muhmudu Traljiću iz Sarajeva.

knutoj ličnosti islamskog reformističkog pokreta s kraja 19. i prvih decenija 20. vijeka. M. R. Rida je najpoznatiji učenik čuvenog egipatskog reformatora Muhammeda Abduhua (1849-1905). M.R. Rida je u Abduhuovu ideju reforme unio brojne elemente obnoviteljske ideologije hanbelijske vjerskopravne škole. Takva pozicija u literaturi je označena kao egipatsko-sirijska selefije škola, odnosno ortodokсни reformizam.²

Radi širenja reformističkih ideja M. R. Rida je 1898. pokrenuo časopis *el-Menar (Svjetionik)*, koji je uređivao sve do svoje smrti. Ovaj časopis je bio veoma utjecajan među muslimanskim obrazovanim krugovima od Singapura do Kazana. Posebno je bila čitana rubrika "Vjerskopravna mišljenja" (*el-Fetava*). Odgovarajući na pitanje čitalaca, M. R. Rida davao je ideji reforme konkretan oblik. Časopis *el-Menar* imao je čitaoce i u našim krugovima. O tome svjedoči i određen broj prevedenih članaka iz *el-Menara* koji su objavljeni u bosanskoj muslimanskoj periodici. Na tim člancima obrazovali su se predstavnici muslimanskog reformističkog pokreta koji se i u Bosni i Hercegovini javio prvih decenija austrougarske vlasti.²¹⁸

Pitanje koje je M. Z. Tarabar uputio M. R. Ridau tiče se šerijatskopравnih posljedica austrougarske aneksije Bosne i Hercegovine. Ova zemlja je, naime, kao osmanska pokrajina spadala u *darul-islam* (islamsku zemlju), što znači zemlju kojom upravlja muslimanski vladar, odnosno u kojoj vlada islamsko pravo. Akt austrougarske okupacije nije promijenio šerijatskopравnu kvalifikaciju Bosne i Hercegovine, pošto time nije pravno dirano u pitanje osmanskog suvereniteta. Nove okolnosti nastupile su aktom aneksije, kada je Bosna i Hercegovina pripojena Dvojnoj Monarhiji. Među ulemom se javila dilema: da li je Bosna i Hercegovina nakon akta aneksije i dalje očuvala karakter *darul-islama* ili je postala teritorijom *darul-harb* (neprijateljska zemlja). S tom kvalifikacijom povezano je i pitanje iseljavanja muslimanskog stanovništva. Prema klasičnoj pravnoj doktrini hidžret iz *darul-harba* u *darul-islam* je preporučljiv akt, a ukoliko su muslimani spriječeni da u slobodi praktikuju svoju vjeru, iseljavanje

²¹⁸ Više o tome, vidi dr. Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*, Sarajevo, 1990, str. 126-131.

postaje obaveza.²¹⁹ Neki nepoznati turski propovjednik (*vaiz*) upravo je zastupao mišljenje da je Bosna i Hercegovina postala područje “neprijateljske zemlje”, da su muslimanima nevaljani vjerski obredi koji se vrše pod austrougarskom vlašću uključujući i sklapanje brakova i da su zbog toga muslimani obavezni da se isele u neku “islamsku zemlju.” Takvi stavovi uznemirili su lokalno muslimansko stanovništvo pa je M. Z. Tarabar zamolio vlasnika i urednika *el-Menara* za autoritativno šerijatskopravno tumačenje.

U dužem i veoma argumentiranom odgovoru M. R. Rida u cjelini je odbacio ocjenu i mišljenje nepoznatog turskog vaiza. Nakon iscrpnog pregleda stavova muslimanskih učenjaka o ustanovi hidžre, M. R. Rida je zaključio da među islamskom ulemom postoji suglasnost o tome da je hidžra za muslimane obavezna u dva slučaja. Prvi slučaj je ukoliko im je nemoguće u jednoj zemlji održati vjeru zbog smutnje, prisilnog prevjeravanja ili navođenja na kršenje vjerskih propisa. Drugi slučaj je, ukoliko je potrebno da muslimani iz jednog kraja učestvuju u legalnoj odbrani muslimanske zajednice (*džihad*). Konstatujući da se ova posljednja situacija očigledno ne veže za bosanske muslimane, M. R. Rida zaključuje da se na njih ne odnosi ni prvi slučaj, “mada to oni sami bolje znaju”. Veliki reformator je, također, odbacio i ocjenu turskog vaiza o nevaljanosti vršenja islamskih obreda i sklapanja brakova u Bosni i Hercegovini. Istakao je da na valjanost ovih poslova nemaju utjecaja vjerskopravne kvalifikacije jedne zemlje.

M. R. Rida nije nigdje u ovoj fetvi dao vlastitu vjerskopravnu kvalifikaciju Bosne i Hercegovine nakon austrougarske aneksije. Smatrao je, vjerovatno, da to bosanski alimi dobro znaju. Međutim, konačni sud u njegovoj fetvi i valjanosti vršenja vjerskih obreda govori u prilog tezi da je on smatrao da Bosna i Hercegovina i dalje zadržava svojstvo *darul-islama*.

Takvu konstataciju izrekao je 1884. bosanski alim M. T. Azapagić, obrazlažući to okolnošću da za vjerskopravnu kvalifikaciju jedne teritorije nije presudno ko drži političku vlast, već koje pravo se

²¹⁹ Vidi F. Karčić, *op. cit.*, str. 197-241.

primjenjuje. To se najbolje vidi u pravničkom definiranju uslova koji se traže za zaključak da je jedna “islamska zemlja” postala “neprijateljskom zemljom”. Naime, klasični pravnici definisali su *darul-harb* kao zemlju u kojoj vlast pripada nemuslimanima, odnosno u kojoj je potpuno nemoguće primjenjivati islamski vjerozakon. To je, dalje, zemlja koja nema prijateljske odnose sa muslimanskim svijetom i koja je stalni izvor opasnosti za *darul-islam*. Nije, dakle, svaka nemuslimanska država “neprijateljski teritorij.”²²⁰

Ako u jednoj zemlji u kojoj politička vlast pripada nemuslimanima muslimani imaju pravo da javno praktikuju svoju vjeru (*ezan, džemat, namaz, hadž*, itd.) i primjenjuju šerijatsko pravo, makar u personalnim pitanjima, ta zemlja ima s vjerskopravnog stanovišta karakter *darul-islama*.²²¹ Takav stav usvojili su šerijatski pravnici i nakon mongolske invazije na Abasijski hilafet, kada su zaključili da je teritorij pod mongolskom upravom i dalje *darul-islam*, pošto muslimani u njemu mogu javno iskazivati svoju vjeru i pošto su kadije za njih i dalje nadležna vlast.

O tome kakve je konkretne efekte proizvela fetva M. R. Ridaa u Bosni i Hercegovini i kakav je bio njen prijem u redovima bosanske uleme potrebno je izvršiti dalja istraživanja. Osnovano se može pretpostaviti, s obzirom na autoritet učenjaka koji je ovu *fetvu* izdao, da je njen utjecaj na zaustavljanje ili usporavanje procesa iseljavanja muslimanskog stanovništva bio značajan.

Hidžra i propisi u vezi s njom koji se odnose na muslimane u Bosni (Pitanje 25) od čitaoca iz Bosne.²²²

Nakon pozdrava Vama, časni, veliki učitelju, bez premca učeni razboriti i odlučni, islamski autoritetu, vođo sljedbenika istine i po-

²²⁰ “Hidžra”, *The Encyclopaedia of Islam*, New Edition, Supplement, Fascicules 5-6, Leiden 1982, str. 368.

²²¹ Džemaluddin Atijje, *En-Nazarije el-‘amme li eš-šeri’a el-islamijje*, (-), 1988, str. 272.

²²² Čitalac koji moli za odgovor je veliki simpatizer i prijatelj *Menara*. Pretjerano nas hvali biranim riječima zbog čega nam je i nezgodno. Njegovo pismo, ipak, u cjelini objavljujemo postupajući onako kako smo i do sada radili: da objavimo doslovni tekst pitanja, što je, inače, praksa naših ranijih učenjaka. Dopuštali smo jedino ispravke nekih jezičkih grešaka. Izvor: *El-Menar*, Vol. XII (1327), str. 410-415.

nosu ljudskog roda, priznati, potpuni i istaknuti učenjaku prekičaru, pronicljivi naučnice, precizni, mudri filozofe, oštromni spisatelju, najistaknutiji u ovome dobu, gospodine naš, prijatelju i duhovni vođo, šejh Muhamed Rašid Rida - da mu Allah podari dug život i da ga proživi na najbolji način.

U ime Boga Milostivog i Premilosnog. Hvala Bogu Uzvišenom i Veličanstvenom. Neka je milost i spas na našeg starješinu, pomagača i utjehu, Njegovog Poslanika, propovjednika Božijeg puta, našeg starješinu Muhammeda, zatim na njegovu porodicu kao i njegove časne i neporočne drugove, sljedbenike njegovog puta, kao i one koji su njih slijedili u dobročinstvu sve do Dana sakupljanja i polaganja računa.

Obavijestilo me je nekoliko prijatelja da je jedan istaknuti istanbulski učenjak pristao da održi vaz u jednoj gradskoj džamiji kod nas. Između ostalog govorio je i o obavezi hidžre za nas, zatim nevaljanosti sklapanja braka i tome slično zbog toga što je Austrija anektirala Bosnu i Hercegovinu pripojivši je kao dio vlastitog teritorija. Također je istakao i nevaljanost vršenja osnovnih islamskih obaveza pod njenom vlašću, općenito namaza u šta ulazi i džuma-namaz, zatim posta, hadža i zekata. Većina prisutnih koji su to čuli dosta se uznemirila misleći da je istina to što je rekao.

Zato, gospodine moj, prijatelju i utjeho, pomagaču istine i Sunneta, koritelju prezrenih i odvratnih novotarija u vjeri, rastjerivaču tmine sa ovoga naroda kome je ukazana milost, sljedbeniče Ummeta, uzoru među vođama, milosti Božija ovom pravovjernom narodu!

Želio bih, Vaša uzoritosti, da izvolite s jasnim i nedvosmislenim odgovorom na ovog učenjaka, ravnajući se pri tome prema Knjizi i lijepome Sunnetu, kako to Vi inače činite, sa jakim i zadovoljavajućim šerijatskim argumentima i dokazima, za što se također zalažete na stranicama sjajnoga *Menara* - Allah ga obasipao svojim svjetlom - sve do Dana sakupljanja i odluke a u životu blagoslovio uzoritog njegovog vlasnika i urednika kao što inače postupa sa onima koji su mu bliski među bogobojaznim robovima. Nagradio ga, također kao što nagrađuje dobročinitelje među svojim iskrenim robovima. On je moćan da učini sve što želi.

Molilac i predlagač

Čitalac svijetlog *Menara* i *Vaš* iskreni i pokorni prijatelj, prijatelj prijatelja svjetloga *Menara* i njegovog vlasnika, njihov ljubitelj i neprijatelj njihovih neprijatelja nemoćan, slabi i bijedni, onaj kome je potrebna milost Moćnog Velikog Gospodara, prašina s nogu poma-gača istine Muhammed Z. H. D. (Zahirudin) Tarabar, učenik Fezjije medrese u Travniku (Bosna).

Odgovor

Nema sumnje da je ovaj Turčin u cjelini pogriješio u vezi s onim što je rekao. Ispravno je da *hidžra* nije potrebna kao lična obaveza za onoga ko može praktikovati svoju vjeru siguran da ga u tome niko ne uznemirava, bilo to u vidu prisile da napusti vjeru ili zabrane vršenja njenih obreda i postupanja prema njenim propisima. O tome govori Aiša²²³, kako se navodi u Buhariji.²²⁴ Kada je pitana o *hidžri*, rekla je: “Nema hidžre danas kao onda kad je vjernik bježao sa svojom vjerom Allahu i Njegovom Poslaniku bojeći se da ne bude zaveden. A što se tiče današnjeg vremena, Allah je objavio islam tako da vjernik služi svome Gospodaru gdje god želi.” Osnova ovog pitanja je ajet (IV:97) “Kada budu uzimali duše onima koji su se prema sebi ogriješili, meleki će upitati...” (o ovome će biti riječi kasnije). O tome postoje hadisi i mišljenja učenjaka od kojih ćemo spomenuti najvažnija. Ispravno je ono što je s ovim u vezi navedeno u hadisu Ibn Abbasa²²⁵ od Ahmeda,²²⁶ dvojice šejhova²²⁷ i autora tri Sunena²²⁸ kada su prenijeli da je Vjerovjesnik, Božiji mir i spas

²²³ Časna supruga Muhammeda (a.s.), prenosilac brojnih obavijesti o praksi Božijeg poslanika.

²²⁴ Zbirka hadisa sa punim naslovom *el-Džami' u es-sahih*, koju je sačinio jedan od najvećih autoriteta za islamsku tradiciju Muhammed ibn Ismail Buhari (810-870).

²²⁵ Abdullah ibn Abbas (u.687), drug Božijeg Poslanika.

²²⁶ Enes ibn Malik (u.709), drug Božijeg Poslanika.

²²⁷ Pod “dvojom šejhova” u hadiskoj nauci misli se na učenjake Muhammeda ibn Ismaila Buharija i Muslima ibn Hadžadža (820-875).

²²⁸ Autori “tri Sunena” (posebna zbirka hadisa) su Ebu Davud (817-889), Tirmizi (824-892) i Nesai (830-910).

na njega i njegovu porodicu, rekao: “Nema hidžre poslije osvojenja (*feth*), ali postoji džihad i težnja pa ako se bojite a vi bježite.” Slično se prenosi od Aiše u oba Sahiha. Prenose Ahmed,²²⁹ Nesai,²³⁰ Ibn Madže,²³¹ Taberani²³² i drugi od Abdulaha ibn Sa‘da²³³ da je Vjerovjesnik, Božiji mir i spas na njega i njegovu porodicu, rekao: “Hidžra ne prestaje sve dok traje borba sa neprijateljem.” S ovim je u suglasnosti i hadis Ibn Abbasa o obavezi odlaska u borbu onih koji su pozvani na legalni džihad i napuštanje domovine zbog toga. Toga, međutim, danas nema.

Sto se tiče hadisa Džerira ibn Abdullaha²³⁴ koji su naveli Ebu Davud²³⁵ i Tirmizi²³⁶ a koji glasi “Odričem se svakog muslimana koji živi među mnogobošcima” i komentara tog hadisa riječima “Oni se ne viđaju”, njegovu predaju potvrđuje Buhari i Ebu Hatim²³⁷ i drugi vežu ga za Kajsu Ibn Ebi Hazima,²³⁸ dok u dokazivanju prenosilaca postoji poznato mimoilaženje u izvorima. Taberani ga prenosi kao “povezanu” predaju. Taj hadis se međutim, ne odnosi na stanovnike Bosne jer oni ne žive među mnogobošcima. Islam je imao posebnu politiku prema arapskim mnogobošcima. Na tu temu postoji i hadis od Muavije,²³⁹ koga prenose Ahmed, Ebu Davud i Nesai, na koji smo ukazali u prethodnom pasusu a to je kada veli da je čuo Božijeg Poslanika gdje kaže: “Hidžra neće prestati sve dok ne prestane pokajanje. Pokajanje neće prestati sve dok sunce ne izađe sa zapada.” Za ovaj hadis Hitabi²⁴⁰ kaže da za njegov lanac prenosilaca ima prigovora.

²²⁹ Ahmed ibn Hanbel (780-856), poznati autoritet u hadisu i učenjak za koga se veže jedna od četiri vjerskopravne škole u sunijskom islamu.

²³⁰ Vidi bilj. 6.

²³¹ Isto.

²³² Ebu Kasim Sulejman Taberani (873-970), hadiski autoritet.

²³³ Abdullah ibn Said (u. 696.), drug Božijeg Poslanika.

²³⁴ Džerir ibn Abdullah (u. oko 684), drug Božijeg Poslanika.

²³⁵ Vidi bilj. 6.

²³⁶ Isto.

²³⁷ Ebu Hatim Busti (u. 965), historičar, geograf i muhaddis.

²³⁸ Kajs ibn Hazim (u. oko 717), drug Božijeg Poslanika.

²³⁹ Emevijski (omajadski) halifa. Vladao je 660-679.

²⁴⁰ Hamed ibn Muhammed el-Hitabi (929-998), muhaddis.

Što se tiče mišljenja učenjaka o propisima koji proizilaze iz ovih hadisa, spomenut ćemo Ševkanija,²⁴¹ koji u komentaru djela *Munteka* između ostalog kaže: “Oko usaglašavanja hadisa koji se tiču ovog pitanja postoje mimoilaženja.” Tako Hitabi i još neki tvrde da je hidžra u početku islama bila stroga obaveza (farz) za one koji su prihvatili islam. To je bilo zbog toga što su muslimani u Medini bili malobrojni i bilo je potrebno da se formira društvena zajednica. Međutim, pošto je Mekka osvojena i stanovništvo počelo masovno prihvatati islam, prestala je obaveznost hidžre u Medinu. Ostali su samo *džihad* i težnja kao obaveza za one koje neprijatelj napadne ili dođe do njih. Hafiz (Ibn Hadžer)²⁴² kaže da je cilj propisa o obaveznosti hidžre da se novoobraćeni muslimani spasu od progona nevjernika koji su nastojali da ih na taj način odvrate od vjere islama. Tim povodom objavljen je ajet: “Kada budu uzimali duše onima koji su se prema sebi ogriješili, meleki će upitati: - Šta je bilo s vama? - Bili smo potlačeni na Zemlji - odgovorit će. - Zar Allahova zemlja nije prostrana i zar se niste mogli nekud iseliti? - reći će meleki, i zato će njihovo prebivalište biti džehennem, užasno je on boravište.” (IV: 97). Ovaj ajet ostaje da važi kao odredba koja daje pravo onome ko primi islam u nevjerničkoj zemlji (*darul-kufr*) da je napusti ukoliko je u mogućnosti da to učini. Maverdi²⁴³ kaže da ukoliko je neko u mogućnosti da javno manifestuje svoju vjeru u nekoj nevjerničkoj zemlji, ta zemlja za njega postaje islamska zemlja (*darul-islam*), pa je bolje da u njoj živi nego da je napusti, jer postoji nada da će još neko primiti islam. Ne postoji nikakva bojazan da je ovo mišljenje u sukobu sa hadisima koji govore o zabrani prebivanja u nevjerničkoj zemlji. Hitabi, također, tvrdi da je hidžra propisana kao farz nakon što je Vjerovjesnik, Božiji mir i spas na njega i njegovu porodicu, preselio u Medinu da bi mu se muslimani pridružili u borbi i da bi od njega naučili vjerske propise. Allah, dž. š., to potvrđuje u mnogim ajetima uključujući čak i kidanje obaveze zaštite između onih koji su

²⁴¹ Muhammed ibn Ali Ševkani (1759-1834), iz Jemena, jedan od začetnika islamskog reformističkog pokreta u moderno doba. Često citiran u djelima M. Rešida Ridaa.

²⁴² Ibn Hadžer Askalani (1372-1449), istaknuti stručnjak u hadisu, historiji i fikhu.

²⁴³ Ali ibn Muhammed Maverdi (u. 1031), istaknuti šerijatski pravnik klasičnog perioda.

odselili i koji su ostali. ("A onima koji vjeruju, a koji se nisu iselili - vi ne možete sve dok se ne isele, zaštitnici biti" - VIII:72). Međutim, pošto je Mekka osvojena a narod iz svih plemena prihvatio islam, hidžra je prestala biti obaveznom a ostala preporukom. Begavi²⁴⁴ u djelu *Šerh es-sunne* navodi i druge mogućnosti usaglašavanja teksta hadisa pa riječi "Nema hidžre poslije osvojenja" znače iz Mekke u Medinu" a riječi "ne prestaje" znače da onaj ko prihvati islam ima pravo da preseli iz *nevjerničke zemlje* u islamsku zemlju. Isto tako smatra da postoji mogućnost i drugačijeg razumijevanja, a to je da "Nema hidžre" znači da nema seobe Vjerovjesniku, Božiji mir i spas na njega i njegovu porodicu, iz zemlje u koju se može vratiti samo uz dozvolu. Riječi "ne prestaje" odnose se na Arape i njima slične koji sele na drukčiji način od gore opisanog. Ibn Omer²⁴⁵ jasno objašnjava namjeru iskaza Ismailija²⁴⁶ da poslije osvojenja (Mekke) prestaje hidžra Božijem Poslaniku, Božiji mir i spas na njega i njegovu porodicu, ali ne prestaje ondje gdje se vode borbe s nevjernicima, to jeste sve dok na svijetu postoji nevjernička država. Hidžra je iz takve zemlje obavezna za onoga ko primi islam a boji se da ne bude zaveden. Smisao ovoga je da bi prestao razlog za hidžru onda kada bi bilo moguće da na svijetu ne bude nevjerničkih država. Ibn Tin²⁴⁷ je iznio stav da je hidžra iz Mekke u Medinu bila obavezna i da je onaj koji je bez opravdana razloga ostao u Mekki nakon hidžre Vjerovjesnika postao nevjernik. Ovo je tvrdio i Hafiz, ali to kao stav nije prihvaćeno. Prema Ibn Arebiju²⁴⁸ hidžra je izlazak iz neprijateljske zemlje (*darul-harb*) u islamsku zemlju i u vrijeme Vjerovjesnika, Božiji mir i spas na njega i njegovu porodicu, bila je farz. Nakon Vjerovjesnika hidžra je i dalje farz za onoga ko se boji za sebe. U djelu Bahr²⁴⁹ kaže se da je hidžra iz nevjerničke zemlje obavezna

²⁴⁴ Ebu Muhammed Husejn Begavi (u. 1117 ili 1122), poznati komentator Kur'ana.

²⁴⁵ Abdullah ibn Omer (u. 692 ili 693), drug Božijeg Poslanika, sin halife Omera, jedan od autoriteta rane medinske škole.

²⁴⁶ Ebu Bekr Ismaili (u.?).

²⁴⁷ Nemamo bliže identifikacije.

²⁴⁸ Ibn Arebi (1165-1240), glasoviti muslimanski mističar panteističkog smjera.

²⁴⁹ *el-Bahru-ra'ik*, zbornik hanefijske vjerskoppravne škole čiji je autor Ibn Nudžejm (1520-1563).

na osnovu jednoglasnog mišljenja učenjaka tamo gdje se muslimani potiču na masovno grijehenje činjenjem ili nečinjenjem ili pritiskom od strane vladara. Džafer ibn Mubešir²⁵⁰ i još neki učenjaci smatrali su da je hidžra obavezna i iz grješničke zemlje (*darul-fisk*) analogno obavezi hidžre iz nevjerničke zemlje. Međutim, ova analogija nije valjana. Ispravno je da hidžra nije obavezna iz grješničke zemlje jer je to islamska zemlja. Poistovjećivati islamsku zemlju sa nevjerničkom zemljom samo zato što se u njoj javno griješi nije saglasno sa naukom o predajama niti sa naukom o sadržini tih predaja. Postoji više djela vjerskih pravnika u kojima se obrazlažu kategorije država i razlozi koji opravdavaju odustajanje od hidžre.

Međutim, nije potrebno da ih ovdje navodimo. Suština svega što je rečeno o komentarima hadisa koji se odnose na ovu temu jeste navod Ševkanija.

Mogu reći da se učenjaci razilaze u svim aspektima ovog problema osim u dva. Saglasni su, naime, bez izuzetka da je hidžra obavezna u dva slučaja. Prvo, kada je muslimanima nemoguće održati vjeru zbog smutnje koja muslimane tjera u nevjerstvo ili navodi na kršenje vjerskih odredaba bilo činjenjem, nečinjenjem ili iz neznanja. Drugo, borba za vjeru odnosno za zaštitu islamske misije i sigurnost muslimana u svojoj vjeri i istini. To znači da je hidžra obavezna za onoga ko ne može održati svoju vjeru bilo kao pojedinac bilo kao skupina i za onoga ko je potreban za vođenje džihada te njegovo učešće ojačava muslimane i koristi im u nužnoj zakonitoj odbrani. Sto se tiče ovog drugog slučaja, očigledno je da se on ne odnosi na stanovnike Bosne, kako je već navedeno. Ne mislim, također, da se i prvi slučaj kod njih događa, mada to oni sami bolje znaju.

U kategoriji prvog slučaja hidžre kao obaveza radi sticanja znanja ukoliko za to postoji potreba. Tako, ukoliko neko ne otputuje da bi se obrazovao i druge podučavao kada se vrati, grijehni su svi oni koji su ostali uskraćeni za tu nauku u svojoj domovini. Postoji takoreći i hidžra iz mjesta u kome je zavladao grijehenje i javno vršenje ružnih djela a odgoj u duhu bogobojažnosti i dobročinstva postao nemoguć.

²⁵⁰ Nemamo bliže identifikacije.

Ibn Vehb²⁵¹ prenosi od Malika da je ovaj rekao: "Treba napustiti onu zemlju u kojoj se otvoreno čine pokuđene stvari i u takvoj zemlji se ne može nastaniti." U *Sahihu* se prenosi da je Ebu Derda²⁵² kao razlog napuštanja Muavijine države naveo okolnost da je ovaj objavio poslovanje s kamatom i dozvolio prodaju zlatnih čaša za cijenu veću od njihove težine. Na jednom drugom mjestu Malik kaže da kada u jednoj zemlji prevlada laž nad istinom u njoj zavlada nered a u zemlji u kojoj se postupa protivpravno ne treba živjeti.

Na ovo mogu da kažem da se prethodni stav odnosi na pojedince koji ne mogu da otklone vršenje zabranjenih djela. Međutim, ukoliko se nađe grupa koja je u stanju da to učini, obaveza im je da otklanjaju vršenje zabranjenih djela, a ne da čine hidžru.

Ukoliko neko kaže da ovo što smo naveli spada u prvi slučaj obaveznosti hidžre, mi ti kažemo da ga smatraš drugim slučajem, jer je to formalno pitanje. Međutim, nema nikakve potrebe za analogijom između nevjerovanja i grijeha da bi se opravdala hidžra iz mjesta u kome je zavladao grijeh a otežano dobročinstvo ili tamo gdje je teško biti pobožan i činiti dobra djela.

Suština rečenog je u tome da je musliman obavezan da bude pravedan i da čini dobra djela kako ga na to upućuje njegova vjera. Ukoliko ne bude mogao tako raditi u jednoj zemlji, dužan je odseliti tamo gdje to može. U protivnom, učinio je nasilje prema samom sebi. Takvome će se na Sudnjem danu, kada se bude opravdavao tlačenjem nevjernika i grijehnika koji su ga spriječili da radi kako mu vjera nalaže, reći: "Zar Allahova zemlja nije prostrana i zar se niste mogli nekud iseliti?"

Sto se tiče tvrdnji vaiza da je neispravno sklapanje muslimanskih brakova i vršenje islamskih obreda u Bosni nakon što ju je Austrija anektirala - takva tvrdnja je neispravna. Tako nešto može reći samo neznalica, pa čak kada bi se dopuštalo nešto što je Allah, dž.š., zabranio muslimanima, jer je ovaj neznalica muslimane koji su slušali njegov vaz doveo u situaciju da posumnjaju u svoje obrede i sklo-

²⁵¹ Vjerovatno se radi o istaknutom pravniku malikijske vjerskoppravne škole (u. 812).

²⁵² Ebu Derda Ensari Hazredži (u. 652), drug Božijeg Poslanika.

pljene brakove. Kako je poznato, vaz je objašnjavanje Božije Knjige i Sunneta Božijeg Poslanika i ne može u sebi sadržavati ovakve tvrdnje i neistine. Tako, kada neko od muslimana koji se drže Božijeg užeta zamoli za objašnjenje od nekog ko se pokuša čak i našaliti na račun njihove vjere, oni od njega zatraže da to potkrijepi Kur'anom i Sunnetom. Ako to potvrdi sa oba izvora, muslimani ga prihvate, inače se suprotstavljaju tome i odbacuju ga.

U pitanjima vjerskih obreda i braka nema nikakve razlike između muslimana koji žive u *nevjerničkoj zemlji* ili u *islamskoj zemlji*. Postoje, međutim, propisi koji su u vezi sa politikom, građanskim i vojnim odnosima, s tim što neki u sferu politike ubrajaju i džumanamaz. Nesporno je da hidžra nije ustanova koja ima obaveznost kao što je to bilo u vrijeme Vjerovjesnika, Božiji mir i spas na njega i njegovu porodicu, da bi mu muslimani pomogli i od njega učili. Osim toga, muslimani su žestoko progonjeni prije osvojenja Mekke a uz to u Sunnetu nije ništa spomenuto u pogledu kazne za one koji nisu iselili, kako tvrdi ovaj propovijednik neznalica. Ahmed, Muslim, autori *Sunena* i drugi prenose hadis od Burejde da je Božiji Poslanik rekao: "Kada sretneš protivnike mnogobošce, pozovi ih na tri stvari. Pa na koje god to potvrdno odgovore, a ti prihvati i budi zadovoljan. Prvo, pozovi ih u islam. Ukoliko odgovore potvrdno, a ti prihvati i budi zadovoljan. Zatim ih pozovi da se pridruže iseljenim muslimanima i upoznaj ih da im u tom slučaju pripada isto ono što pripada i muhadžirima. Ako odbiju da se isele, ukaži im da će imati položaj muslimana-beduina, da će potpadati pod propise koje važe za vjernike i neće imati udio u ratnom plijenu ukoliko se ne budu borili zajedno sa muslimanima. Ukoliko i to odbiju, kaži im da plaćaju glavarinu, pa ako potvrdno odgovore, a ti prihvati i budi zadovoljan..."

Što se tiče rasprave o nevjerničkoj zemlji i islamskoj zemlji, nema potrebe da o tome ovdje govorimo. O tome ima jedna naša ranija rasprava pa neka se na nju obrati onaj ko želi da se šire upozna.

O UTICAJU ŠERIJATA NA PREDRATNO JUGOSLOVENSKO PRAVO

Osmanska osvajanja na Balkanu dovela su jugoslovenske narode u vezu sa islamskim društveno-političkim sistemom. Zbog stalnijeg karaktera vlasti, narodi Bosne i Hercegovine, Makedonije i Kosova, Srbije i Crne Gore potpunije su se uključili u osmansku državnu zajednicu zasnovanu na principima islamskog prava (šerijata). Stepen islamizacije pojedinih krajeva odredio je nivo uključenosti njihovog stanovništva u muslimanski kulturmo-politički krug.

Za sve vrijeme osmanske vlasti u našim krajevima šerijat je bio pozitivno pravo za muslimane. Državno pravo (kanuni), koje je moralo biti u saglasnosti sa šerijatom, u cilju zaštite postojećih proizvodnih odnosa primjenjivano je na cjelokupno stanovništvo. Hrišćani i Jevreji, nazvani u islamskoj pravnoj terminologiji "zimmije" (zaštićeni), uživali su vjersku i građanskopravnu autonomiju.

I po prestanku osmanske vlasti šerijat je primjenjivan na porodične i nasljednopravne predmete jugoslovenskih muslimana. Njegova primjena je, kao što ćemo vidjeti, bila šira u Bosni nego u drugim krajevima.

Važno je istaći da je svagdašnja primjena islamskog prava otvorila mogućnost njegovog utjecaja na narodnopravnu svijest odakle je kodifikacijom prodrlo i u zakonodavstvo.

Prije nego što počnemo razmatranje obima i sfera ovog utjecaja, obratit ćemo pažnju na izvore i karakteristike šerijatskog prava i upoznati se sa pozitivnim građanskopravnim propisima jugoslovenske buržoaske države.

1. Izvori i karakteristike šerijatskog prava

Za razliku od islamske političke teorije koja ne govori o potpuno jedinstvenom obliku muslimanske države, islamsko pravo je mnogo koherentnije.²⁵³ Polazeći od proklamovanog jedinstva učenja i prakse, u islamu je gotovo neizvediva podjela na pravo i teologiju u smislu poimanja savremene nauke.²⁵⁴ Pošto islam izražava tendenciju zahvaćanja svih oblika ljudskog života i islamsko pravo nije ograničeno na određeno područje odnosa, već je uključeno u sistem religioznih dužnosti.

Sumarni pregled izvora islamskog prava ukazaće nam na neke njegove bitne karakteristike.

Glavni izvori Šerijata su Kur'an, hadis, idžma' i kijas.

Kur'an je, za muslimane, Allahova objava (*Kitabullah*) sukcesivno objavljivana Muhammedu, a. s., a sadrži opšte principe univerzalne vjere. Kur'anski ajeti pravnog karaktera uglavnom regulišu odnose iz oblasti ratnog, krivičnog, porodičnog i nasljednog prava. Ovaj izvor daje šerijatu Božanski autoritet.

Hadis (Sunnet) su izreke i postupci Muhameda, a. s., u što spada i prešutno odobrenje tuđeg ponašanja (*hadis el-kavli ve el-fi'li ve et-takriri*). Značaj ovog izvora proizlazi iz Muhammedovog a.s. religiozno-moralnog autoriteta. Muslimani prave oštru distinkciju između Kur'ana i Hadisa.

Idžma-ul-ummet je saglasno mišljenje islamske zajednice, odnosno njenih učenjaka o nekom pitanju. Ima za cilj onemogućenje individualističkih i sektaških mišljenja. Dajući tumačenje Kur'ana i utvrđujući hadis, idžma', ustvari, predstavlja prijelaz ka autonomnom pravu.

Kijas, u stvari, ne predstavlja izvor u pravom smislu riječi već više metodu podvođenja pod opće propise predmeta za koje ne postoji rješenje u Kur'anu i Hadisu uz uvažavanje savremenih uslova i potreba.

²⁵³ Opširnije o tome, vidi, Mustafa Imamović, "Islamski koncept države", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1974., str. 403-406.

²⁵⁴ Nerkez Smailagić, *Klasična kultura islama*, II, Zagreb, 1976.

Izvori šerijata su još običaji (*adet, urf*) selektivno preuzimani iz predislamskog društva i slobodno mišljenje (*idžtihad er-re'j*). Međutim, već u XI vijeku usljed opšte situacije u muslimanskom svijetu samostalno i neposredno tumačenje osnovnih izvora preobražava se u mehaničku primjenu analogije.

Pored prirode izvora na formiranje karakternih crta šerijatskog prava uticao je i historijski razvoj islamskog društva. Kao bitne karakteristike obično se navode slijedeće²⁵⁵:

Islamsko pravo je sakralno. Ova karakteristika proističe iz glavnih izvora i sadržana je, između ostalog, u dvostrukosti sankcije za prekršaj ustanovljenih normi ponašanja. Iako sadrži neke iracionalne elemente (proklinjanje-*lian*, kletva-*kasam*), šerijat je svoj intelektualistički lik zaokružio interpretacijom i primjenom.

Prema mišljenju islamskih pravnika (*fukaha*), potpunost je druga karakteristika koja izvire iz Božanskog porijekla šerijata. Izvori sadrže osnove rješenja za sve predmete, te je sudija dužan presuditi svaki spor.

Prestanak samostalnog i neposrednog tumačenja izvora ("zatvaranje vrata idžtihadu") odredio je šerijatsko pravo kao tradicionalno. Nastao je jedinstven pojam pravne nauke, koju karakteriše uporedno postojanje više pravnih škola (*mezheba*).

Po načinu izgradnje šerijatsko pravo je pravničko a u sistem je uređeno metodom analogije što je odredilo njegovu obradu kao kazuističku. Ima personalno važenje, a izuzetno se, na sopstveno traženje, može primijeniti i na nemuslimane.²⁵⁶

Izvori šerijata uglavnom nisu sadržavali norme o uređenju i djelovanju javne vlasti (*order public*). U zavisnosti od ranijeg društveno-ekonomskog razvoja, u pojedinim krajevima muslimanskog svijeta nalazimo različite ekonomske, političke i administrativne ustanove. Vođena potrebom pravnog normiranja društva u razvoju, sredinom XI vijeka u muslimanskom zakonodavstvu se ustalila praksa izdava-

²⁵⁵ Mehmed Begović, *Šeriatsko bračno pravo sa kratkim uvodom u izučavanje šeriatskog prava*, Beograd, 1936., 23-25; Nerkez Smailagić, *n. dj.*, str. 63-68.

²⁵⁶ Kur'an, Maide, 5.

nja kanuna, državnih zakona, temeljenih na racionalnim osnovama, koji su sadržavali odredbe finansijskog, administrativnog i krivičnog prava. Smatralo se da je kanun legalan ukoliko u šerijatu nema rješenja nekog konkretnog pitanja, ako je u skladu sa općeprihvaćenim običajem ili analogan nekom principu, te da je donesen za dobro islamske zajednice.²⁵⁷ Kanuni su imali teritorijalno važenje.

Značajno mjesto među izvorima prava u Osmanskoj državi imali su običaji i sudska praksa, pošto su Turci kao pripadnici hanefijske pravne škole²⁵⁸ priznavali običaj kao jedan od načina popunjavanja pravnih praznina, a pri tumačenju se držali duha pravnih propisa.

Sve do XIX vijeka šerijatsko pravo nije bilo kodifikovano. Sudilo se na osnovu djela islamskih pravnika. Veliki ugled kod hanefija uživalo je djelo "Multekal-ebhur" Ibrahima el-Halebije, nastalo u vrijeme vladavine sultana Sulejmana (1520-1566). Osim toga, važnost se pridavala mišljenjima poznatih pravnika.

Polovinom XIX vijeka u Osmanskoj carevini se vrši kodifikacija odredaba šerijata koje se odnose na stvarno, obligaciono i procesno pravo. Ovaj zakonik, u literaturi poznat kao *Medželle-i ahkami šer'ijje*, sukcesivno je objavljivan u glasilu "Destur", a posljednje poglavlje (knjiga XVI) stupilo je na snagu 26. šabana 1293. hidžretske godine (16. septembra 1867). Komisija turskih pravnika izradila je građanski zakonik oslanjajući se, kako su sami naveli u izvještaju velikom veziru, "na djela najpriznatijih hanefijskih pravnika koji su raspravljili one dijelove prava koji se tiču građanskopravnih poslova"²⁵⁹. Istovremeno je izvršena kodifikacija i porodičnog prava ("Ailei kararnamesi").

2. O jugoslovenskom buržoaskom pravu

Jugoslovenski narodi su ušli u zajedničku državu, stvorenu proklamacijom regenta Aleksandra Karađorđevića od 1. decembra 1918. god., sa svojim zasebnim pravima razvijenim u okvirima tu-

²⁵⁷ Halil Inaldžik, *Osmansko Carstvo*, Beograd 1974., str. 99.

²⁵⁸ Nazvana po osnivaču Imam-i azam Ebu Hanifi (699-767).

²⁵⁹ Mehmed Begović, "Sličnosti između *Medželle* i Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru", *POF*, V, Sarajevo, 1975, str. 33.

đih ili sopstvenih država. I pored izražene težnje državnih organa da unificiraju pravo, pravni partikularizam je ostao bitna karakteristika stanja u jugoslovenskoj buržoaskoj državi. Unificirano pravo obuhvatilo je, uglavnom, organizaciju i funkcionisanje organa vlasti, dok je imovinskopravno područje bilo neunificirano.²⁶⁰ Pravni partikularizam se izražavao kroz postojanje šest pravnih područja: hrvatsko-slavenskog, dalmatinsko-slovenskog, vojvođanskog, srbijanskog, crnogorskog i bosanskohercegovačkog. Uprkos postojanju ovih šest pravnih područja opravdano je govoriti o jugoslovenskom pravnom sistemu kao izrazu unutrašnjeg jedinstva i povezanosti tih pravnih propisa. Iako heterogene, te norme su odražavale isti društveno-ekonomski sistem, dok je njihova obaveznost u interesu vladajuće klase bila obezbijeđena jedinstvenom državnom prinudom.²⁶¹

Mi ćemo obratiti pažnju na ona područja na čije je pravo šerijat imao uticaj. Srbijansko područje je obuhvatalo teritoriju Kasacionog suda u Beogradu i Apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju. Važio je Srpski građanski zakonik (SGZ) od 25. marta 1844. i drugi propisi bivše Kraljevine Srbije ukoliko nisu izmijenjeni jugoslovenskim pravnim propisima.

Crnogorsko pravno područje prostiralo se na teritoriji Velikog suda u Podgorici, a bio je na snazi Opšti imovinski zakonik za Kneževinu Crnu Goru (OIZ) od 25. marta 1888.

Bosanskohercegovačko područje u administrativnom pogledu je obuhvatalo teritoriju Vrhovnog suda u Sarajevu a važili su, pored propisa jugoslovenske buržoaske države, bosanskohercegovački propisi doneseni do 29. oktobra 1918. i neki propisi Države SHS u čijem je sastavu BiH bila do 1. decembra 1918. godine.

U Bosni i Hercegovini je vladala posebna situacija u pogledu građanskog prava.

Austro-Ugarska nakon okupacije 1878. nije dirala u postojeći pravni poredak. Podloga takvom odnosu nalazila se u Carskoj pro-

²⁶⁰ Ferdo Čulinović, *Državnopravna historija jugoslovenskih zemalja u XIX i XX vijeku*, II, Zagreb, 1954, str. 303-308.

²⁶¹ Isto, str. 332-333.

klamaciji za narod BiH iz 1878. u kojoj se garantuje primjena starih zakona dok se ne izdaju novi.²⁶² Austrougarske sudije zbog nepoznavanja turskog jezika nisu mogle koristiti *Medžellu*. Iz Beča je doduše bio poslat jedan primjerak francuskog prijevoda važnijih osmanskih zakona,²⁶³ a i *Medžella* je naredbom Zemaljske vlade prevedena 1890. na srpskohrvatski jezik. Međutim, niti je to bio službeni prijevod niti je *Medžella* zvanično proglašena zakonikom u Bosni i Hercegovini.

U takvim okolnostima bilo je teško primijeniti pravo koje faktički postoji pa je to korigovano principom da se, ukoliko takvo pravo ne postoji ili je nedovoljno, imaju analogijom primijeniti važeći zakoni Austro-Ugarske Monarhije. Austrijski građanski zakonik (AGZ) počinje se *via facti* primjenjivati. Ova neslužbena recepcija AGZ završena je naredbom Zemaljske vlade od 27. oktobra 1911. u kojoj je preporučeno sudovima da ne primjenjuju *Medžellu* ukoliko su njeni propisi "protivni modernom shvatanju".²⁶⁴

Osim toga Austro-Ugarska je u oblasti građanskog prava donijela i nove zakone kao Gruntovni zakon za Bosnu i Hercegovinu od 13. septembra 1886., kojim je dokinut tapijski sistem, Zakon o formama posljednje volje pripadnika svih vjera osim muslimanske od 11. januara 1912.

Od osmanskih zakona primjenjivani su, uglavnom na području stvarnog prava:

Medželle-i ahkami šer'ijje;

Erazi kanunnama - Zakon od 7. ramazana 1274. (21. aprila 1858) republikovan u Bosni i Hercegovim naredbom Zemaljske vlade za BiH od 27. avgusta 1879. god. br. 16 762 sa dopunama i izmjenama;

Zakon od 17. muharrema 1284. (21. maja 1867.), koji je normirao nasljeđivanje erazimirije;

Zakon od 4. redžepa 1272. (1855) dopunjen naredbom o ekspropriacionom postupku od 20. januara 1880.

²⁶² Mihailo Zobkow, *Primjenjivanje Austrijskog općeg građanskog zakonika u Bosni i Hercegovini*, Zagreb, 1921, str. 4.

²⁶³ *Legislation ottomane* par. Aristarchi Bey, Constantinople, 1874.

²⁶⁴ Vojislav Spaić, *Građansko pravo – opšti dio i stvarno pravo*, Sarajevo, 1971, str. 72.

Propisi gornjih zakona primjenjivali su se u vrijeme jugoslovenske buržoaske države na sve građane BiH u postupku pred redovnim sudovima.

Nasljeđivanje mulk imovine od strane muslimana, regulisanje odnosa iz oblasti porodičnog života i vakufa, vršeno je prema odredbama šerijata na osnovu čl. 10 Sen Žermenskog ugovora od 10. septembra 1919., što je potvrđeno Vidovdanskim ustavom od 28. juna 1921. (čl. 109) i ustavom Kraljevine Jugoslavije od 3. septembra 1931. (čl. 100).

Organizaciju i nadležnost šerijatskih sudova regulisao je Zakon o uređenju šerijatskih sudova i šerijatskim sudijama od 21. marta 1929. Pošto su bili dvostepeni, jurisdikcija ovih, po karakteru državnih, sudova bila je potpuna, a njihova nadležnost u odnosu na muslimane specijalna i obavezna.²⁶⁵

Osim toga u pogledu mulk imovine za nemuslimane je važio AGZ. Zakon o bivšim kmetovskim selištima i stečenim beglucima od 17. maja 1928. proklamovao je naročit nasljedni red u odnosu na zemljišta stečena na osnovu ovog zakona. Običajno pravo je primjenjivano kod nemuslimanskog seoskog stanovništva.

Sve ovo govori o pravnom konglomeratu u građanskom pravu Bosne i Hercegovine u jugoslovenskoj državi.

3. Sfere i obim uticaja

U Bosni i Hercegovini najznačajniji utjecaj šerijata izvršen je u oblasti stvarnog prava, posebno u normiranju odnosa povodom zemlje kao prirodnog sredstva za proizvodnju. I u srbijanskom i crnogorskom stvarnom pravu takođe nailazimo na institute na čiju je konstrukciju i rješenja utjecalo šerijatsko pravo.

Taj uticaj je nešto slabiji u oblasti obligacionog prava zbog toga što tradicionalna šerijatska norma nije mogla obuhvatiti odnose kapitalističkog društva u razvoju.

²⁶⁵ Mehmed Begović, *Šerijatsko bračno pravo*, str. 1-2.

U oblasti nasljednog prava šerijat je uticao na običaje koji su regulisali ovu oblast pravnih odnosa zbog tijesne povezanosti sa religijom i moralom.

A) *Stvarno pravo*

Polazeći od važnosti regulisanja svojinskih odnosa nad zemljom kao “neposredno datim uslovom proizvodnje” obratit ćemo pažnju na uticaj šerijata u ovoj oblasti.

Pravna priroda zemljišta. Islamski pojam svojine je specifičan i izvire iz teokratskog kolektivismu. Zemlja pripada Allahu dž.š. i on je dodjeljuje pojedincima i grupama. Tradicionalna podjela je polazila od dvije kategorije: erazi-memluke (zemlja u potpunom vlasništvu) i erazi-gajri memluke (zemljište koje je moglo biti samo u posjedu i korištenju pojedinaca i zajednice).²⁶⁶

Za islamsko shvaćanje svojine karakteristično je postojanje raznih formi kolektivnog vlasništva, ograničenje apsolutne slobode raspolaganja i zaštita nedjeljivosti svojine obezbijeđena, između ostalog i institutom prava preče kupovine.²⁶⁷

Dalji razvoj islamskog učenja o svojini, determinisan potrebom regulisanja novih odnosa, doveo je do jedne kvalitativno nove kategorije - erazi miri (zemlja vladara). To je ustanova državnog zakonodavstva iz doba Kanuni Sulejmana, a njena zakonitost (mešru'ijet) dovodi se u vezu sa praksom rane islamske zajednice. Novoosvojena i druga zemljišta karaktera državnog dobra sultan je dodjeljivao zaslužnim ratnicima, o čemu su izdane isprave (tapije) od centralne zemljišnoknjižne kancelarije u Carigradu.

Za naše razmatranje značajna je kategorizacija zemljišta u Erazi kanunnami (Ramazanskom zakonu). Ovaj zakon poznaje pet vrsta zemljišta:

²⁶⁶ Opširnije o tome, Mehmed Ali Ćerimović, “O erazi miriji”, *Glasnik IVZ*, 7, 1935, str. 329-337.

²⁶⁷ Nerkez Smailagić, *n. dj.*, str. 25-28.

Erazi-memluke (mulk, milć) - neograničeno privatno vlasništvo u smislu evropske pravne nauke. Obuhvata kuću sa okućnicom (arsa) u površini od 500 m².

Erazi-miri - zemljište na koje država ima pravo vrhovne svojine (rekaba), dok držaocu pripada hakki-tesarruf (iusutendi et fruendi). Međutim prava držaoca su šira od običnog uživanja. Vrhovno vlasništvo države ogledalo se u tome što su se ova zemljišta mogla steći samo dodjeljivanjem od države uz izdavanje tapije, prijenos inter vivos bio je vezan za odobrenje vlasti (61. 36. Ramazanskog zakonika). U slučaju smrti, bez obzira na vjeru posjednika nasljeđuje se po zakonskom nasljednom redu (zakon od 17. muharrema 1284), a ako takvih nema zemljište pripada državi i država kontroliše obrađivanje ovog zemljišta.²⁶⁸ Ovaj institut odgovara donekle rimskom *res fiscales, loca que sunt in fisci patrimonio*.²⁶⁹

Erazi-mevkufe - vakufske zemlje. Vakuf je ustanova šerijatskog prava zasnovana na Hadisu, a znači stavljanje neke stvari naređenjem vlasnika izvan prometa (*extra commercium*) i zavještanje u vjerskoprosvjetne, socijalne i druge humanitarne svrhe.²⁷⁰ Može se porediti sa *res sacre et religiose* (res divini iuris) rimskog prava.

Erazi-metrake su zemljišta ostavljena opštoj upotrebi (erazi mevfeka) kao ceste, putevi, ulice ili samo nekim teritorijalnim jedinicama u šta spadaju zajednička ispasišta (mer'a) i sl.

Erazi-mevat (mrtve zemlje - res nullius) su nekultivisana zemljišta bez ikakvih prinosa, koju niko ne posjeduje a udaljena su od ljudskih naselja jednu i po milju.

Kroz dalju zakonodavnu djelatnost osmanske vlasti izražava se tendencija proširivanja obima mulk vlasništva tako da se zemljištem u punoj svojini smatraju pored arse i zemljišta izdvojena iz erazi mirije na temelju temliki-sahiha, zemljišta ušrije (prilikom osvoje-

²⁶⁸ Bertold Ajsner, "O općem građanskom pravu u BiH", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, knj. I, 2, str. 90.

²⁶⁹ Mihailo Zobkow, *Alienacija mirijskih zemljišta u BiH*, Zagreb 1909.

²⁷⁰ Opširnije o tome, Mehmed Begović, *Vakufi u Jugoslaviji*, SANU, 1963., Mehmed Ali Čerimović, *O vakufu*, Separat iz *Glasnika IVZ*, 1935.

nja data muslimanima uz plaćanje desetine) i haradžije (ostavljena uglavnom nemuslimanima uz plaćanje procentualnog ili stalnog tributa).

Sva preostala zemljišta spadaju pod pravni režim mirije.

Zakon od 28. redžepa 1291. (1874) još više je proširio obim mulk vlasništva smatrajući neograničenim privatnim vlasništvom i sva mirijska zemljišta na kojima se nalaze zgrade i nasadi privatnih vlasnika.

Prema tome može se govoriti samo o dvije vrste zemljišta o mulku i miriji.²⁷¹

Austrijska uprava je mirijske zemlje upisala kao "privatno vlasništvo" posjednika, a u posebnoj rubrici je navedeno da li se radi o mulku ili miriji. Grunтовnički zakon je zadržao pravnu prirodu u grunтовnici upisanih nekretnina. Naredbom Zemaljske vlade od 25. aprila 1910. dozvoljeno je mulkiziranje mirije ako za to postoje propisani uslovi. Zakon od 29. decembra 1912. ukinuo je ograničenje raspolaganja mirijom u vezi sa odobrenjem vlasti.

Podjelu na mulk i miriju preuzeo je i Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga od 18. maja 1930. (čl. 80).

Dakle, u jugoslovenskoj buržoaskoj državi u odnosu na nekretnine postojalo je slijedeće pravno stanje:²⁷²

Nepokretnosti se dijele na mulk i miriju; na miriju je primjenjivano osmansko državno zakonodavstvo, a na mulk *Medžella* kao djelimična kodifikacija šerijata ukoliko nije u suprotnosti sa formalno recipiranim austrijskim zakonodavstvom. Faktički njeni propisi su primjenjivani na pravo preče kupnje i rokove zastare.

Zemljišnoknjižni sistem

Usljed zainteresovanosti države za odnose povodom nekretnina zbog utvrđivanja visine poreza i unošenja sigurnosti u pravni promet,

²⁷¹ Ljudevit Farkaš, *Zemljišno zakonodavstvo u BiH*, Arhiv, 1925., str. 182.

²⁷² Bertold Ajsner, *n. dj.*, str. 97-99.

u jugoslovenskoj buržoaskoj državi došlo je do uvođenja zemljišnih knjiga austrijsko-njemačkog tipa. Međutim, te knjige nisu uvedene na cijeloj teritoriji. U većem dijelu Srbije, Crnoj Gori i Makedoniji ostao je osmanski zemljišnoknjižni red (tapijski sistem).²⁷³

Osmanske zemljišne knjige (tapu defteri), preuzete od Seldžuka, slične su modernim zemljišnim knjigama samo po davanju opisa zemljišta i sadržavanju podataka o posjedniku. Pošto su sadržavale feudalne i poreske obaveze raje, one su predstavljale faktor ograničenja feudalnog pritiska i zadržavanja eksploatacije u okvirima snošljivog. Prilikom podjele zemljišta ili prijenosa od strane centralne zemljišnoknjižne kancelarije (Defter emaneti) izdavana je tapija. To je isprava koja potvrđuje da određeno lice posjeduje određena prava povodom nekih nekretnina i služi kao dokaz o zakonskom načinu pribavljanja. Provođenjem reformi u Osmanskoj carevini u XIX vijeku je reorganizovano vođenje zemljišnih knjiga što je našlo svoj pravni izraz u Tapu nizamnami od 8. džumadel-evvela 1275. god. (1859).

Tapijski sistem nije bio baziran na katastarskom premjeru zemljišta, već na podacima uzetim od imama i muhtara. Zbog uopćenog i nepreciznog načina označavanja granica zemljišta nije se mogla dobiti vjerna slika faktičkog stanja. Pošto je vođenje bilo centralizovano, imena zemljišta i posjednika unošena su pogrešno, te je to unosilo pometnju u pravni promet. Iz tapijskih knjiga nisu bili vidljivi svi odnosi povodom zemljišta, a službenosti, kmetovski odnosi i realni tereti nisu nigdje unošeni. Zalaganje je upisivano u posebne knjige.

Radi unošenja sigurnosti u pravni promet u krajevima u kojima je u jugoslovenskoj buržoaskoj državi važio, tapijski sistem je regulisan izdavanjem Zakona o izdavanju tapija na području Apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i Velikog suda u Podgorici od 14. decembra 1929. sa Pravilnikom od 1. februara 1930. Prema propisima ovog zakona, tapiju kao javnu ispravu o pravu svojine u pogledu nekog zemljišta izdaju opštine nakon izvršenih izviđaja o tačnosti podataka iznesenih u molbi zainteresiranog lica. U samoj tapiji zemljište se

²⁷³ O tapijskom sistemu, vid, Vojislav Spaić, "Zemljišnoknjižni sistem u Bosni i Hercegovini za vrijeme Turaka", *IP Zbornik*, 3-4, Sarajevo, 1950, str. 15-37.

označava nazivom parcele, potesa, vrstom kulture, površinom i opisom graničnih zemljišta, te konstatacijom da li u vrijeme izdavanja ove isprave na zemljištu postoji građevina ili ne. Ukoliko je molbi za izdavanje tapije priložena kopija katastarskog plana dovoljno je da se u tapiji pozove na njega i u tom slučaju on čini sastavni dio tapije. Opštinski sud poslije oglašavanja i potvrđivanja tapiju šalje nadležnoj policijskoj vlasti koja ovjerava potpis i pečat opštinskog suda, a zatim se tapija prosljeđuje na potvrdu prvostepenom (okružnom) sudu, koji je zavodi u Knjigu tapija. Knjiga tapija sadrži podatke o licu koje traži izdavanje tapije, osnov i dokaze o pribavljanju sopstvenosti, naziv, veličinu, oznaku i vrstu kulture predmetne parcele i imena graničara.²⁷⁴

Prvo osnivanje modernih zemljišnih knjiga na području Apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i Velikog suda u Podgorici bilo je predviđeno Zakonom o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga od 18. maja 1930. (čl. 61), koji u tom smislu sadrži posebno naređenje.

U jugoslovenskoj buržoaskoj državi ovo nije provedeno te se u navedenim krajevima i danas primjenjuju pravila Zakona o izdavanju tapija.

Pravo građenja

U šerijatskom pravu ne vrijedi načelo *superficies solo cedit*, te zgrade i stabla, koje su smatrane za pokretne stvari, iako nisu rastavljene od zemljišta, mogu imati drugog vlasnika. U Bosni je ovo rješenje preuzeo i Gruntovnički zakon propisujući (čl. 5 i 6) da se zgrade i stabla koja su mulkovno vlasništvo trećeg lica imaju posebno evidentirati. Do ovakvog stanja moglo je doći naslijedom ili ugovorom o građenju na tuđem zemljištu (mukata).²⁷⁵

Ugovor o mukati je često praktikovan u doba osmanske vlasti. Poseban interes za sklapanje ovog ugovora imali su vlasnici neizgra-

²⁷⁴ Zakon o izdavanju tapija na području Apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju i Velikog suda u Podgorici, pr. Rad. Anđelković, Beograd, 1930.

²⁷⁵ Mehmed Begović, "Utjecaj šerijatskog prava na jugoslovenske pravne običaje", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 1974, str. 378-379.

đenog gradskog zemljišta i vakufi. Kao što je poznato, vakufsko zemljište se nije moglo otuđiti, ali je licu koje je gradilo na osnovu ugovora stičući potpuno vlasništvo nad zgradama, priznavan i posjed zemljišta uz obavezu plaćanja godišnje zakupnine (*mukatai-zenin*). Osnivanjem zemljišnih knjiga ovi posjednici su upisani kao vlasnici zemljišta, a u teretovnici je mukata upisana kao realni teret. Ako je neko gradio ili zasadio voćnjak na mirijskom zemljištu, postaje vlasnik tih tzv. mulk objekata ako je to vršio sa odobrenjem vlasti, ili bez odobrenja pod uslovom nesmetanog trogodišnjeg posjeda. Mulki objekti ne dijele sudbinu zemljišta.

SGZ u čl. 280. svjedoči o praktikovanju ugovora o mukati u gradskim naseljima Srbije. Rješavanje takvih slučajeva predviđeno je posebnom naredbom od 3. aprila 1840. godine.

Odstupajući od svoga principa “čija zemlja toga i dvorovi, čija njiva toga i usjev”, OIZ dopušta čl. 717-718. ugovor o građenju na zemljištu u Crnoj Gori.

Zalog nekretnina

Usljed razvoja robno-novčanih odnosa i povećane tražnje kredita, strogi propisi Kur'ana o zabrani kamate zaobilazili su se “pravnim doskočicama” (hijal). Tako se dobit ostvarivala:

- a) putem zalogu gdje povjerilac na osnovu ugovora zadržava pravo plodouživanja (*rehn*);
- b) prodajom s pravom otkupa (*bej' bil-vefa*) ili s pravom da prodavač prodanu stvar zadrži kao zakupac ((*bej' bil-istiglal*). Na ovaj način se vršilo zalaganje nekretnina.
- c) Stvaranjem udruge s nejednakim dijelovima ili davanje određene sume na priplod trgovcu ili zanatliji (*ribh*).

Osnovna karakteristika rehna je pravo založnog povjerioca da uživa plodove založene stvari a da ih nije dužan uračunati u otplatu duga (čl. 750 *Medželle*). Rehn je, dakle, identičan sa antihrezom rimskog prava. Međutim, antihreza je već od Justinijana bila zabranjena. AGZ je takođe izričito zabranjuje (čl. 1372). I pored, toga ovu vrstu

zaloga nalazimo i u SGZ-u (čl. 315, 318) i u OIZ-u i (61. 864) pod nazivima rem, reum, urem (sve od ar. rehn) i podloga.

SGZ nije ovu instituciju mogao preuzeti ni iz rimskog prava niti iz AGZ po ugledu na koga je pisan. Stoga se opravdano zaključuje da je preuzet iz šerijatskog prava koje je ostavilo duboke tragove u privatnopravnom životu jugoslovenskih naroda.²⁷⁶ Isto tako smatra se da je šerijat u tom smislu uticao na crnogorske narodnopravne običaje što je našlo mjesta i u Bogišićevoj kodifikaciji.

SGZ poznaje naprijed spomenutu šerijatskopravnu ustanovu bej' bil-vefa. Prema čl. 661. nekretnine su se mogle založiti prodajom uz pravo otkupa.

Službenosti

Od stvarnih službenosti islamsko pravo poznaje između ostalih: pravo na prijelaz, pravo na tok i zahvat vode, pravo na crpljenje vode ili napajanje životinja i sl. Zbog geografsko-klimatskih uslova voda je za narode Bliskog istoka imala ogroman značaj. Odnose koji tim povodom nastaju regulisalo je staro egipatsko, asirsko i arapsko običajno pravo.

Zbog važnosti vode za muslimane i privrednih potreba, šerijat sadrži precizne odredbe o njenoj upotrebi. Značajne su dvije službenosti:

- pravo vodopoja (*hakk-i šefe*) o kome govori Medžella u čl. 1262-1260;
- pravo natapanja (*hakk-i šerb*) regulisano čl. 1321-1328. *Medželle*.

U doba osmanske vlasti u Srbiji i Crnoj Gori natapanje se počelo koristiti u cilju intenziviranja poljoprivrede, posebno uzgoja kukuruza i krompira.

Upoređivanjem se može zaključiti da *Medžella* i SGZ sadrže istovjetna pravna rješenja za: upotrebu vode iz javne rijeke, prelazak pre-

²⁷⁶ Konstatin H. Terzije, "O zalozi (Tragovi turskog zakonodavstva u srpskom građanskom zakoniku)", *Arhiv*, 1932, 1-2, str. 50-59.

ko susjedne zemlje u vezi s natapanjem, red natapanja, snošenje troškova za čišćenje i opravljavanje vodovoda i sluzenje vodom sa izvora.²⁷⁷

O preuzimanju ovih ustanova iz šerijatskog prava pored njihove vezanosti za lokalitete u kojima se osmanska vlast duže održala, svjedoče i arapsko-turski termini u crnogorskom običajnom pravu vezani za upotrebu vode (fazla, iledžila i sl).

B) Obligaciono pravo

U oblasti obligacionog prava utjecaj šerijata je evidentan u krajevima sa preovlađujućom naturalnom privredom i nedovoljno razvijenim oblicima robno-novčane razmjene.

Pravo preče kupnje

Pod pravom preče kupnje podrazumijeva se pravo određenih lica da prilikom otuđenja neke nekretnine imaju prednost pred drugima, što se ogleda u tome da mogu tužbom stvar "natrag povući" (retrahere). Kao što se vidi pravo preče kupnje predstavlja ograničenju apsolutne slobode raspolaganja. Za razliku od evropskog prava, koje ovu ustanovu uglavnom poznaje kao ugovornu, u šerijatskom pravu po svojoj prirodi pravo preče kupnje je zakonsko.

Osmansko zakonodavstvo poznaje pravo preče kupnje (*hakk-i šufa, šefiluk*) na mulk i pravo prvenstva (*hakk-i rudžhan*) na mirijskom zemljištu.²⁷⁸ O šefiluku se govori u čl. 950-956 i 1008-1044, te prema tome pravo preče kupnje ima: suvlasnik, zajedničar u pravu koje pripada prodanom zemljištu i neposredni susjed čije je zemljište mulk. Pravo se vrši navedenim redom. Po svom karakteru, ovo je strogo lično pravo i ne prelazi singularnim ni univerzalnim nasljednicima, niti se može oneroznim ni lukrativnim pravnim poslovima prenijeti trećim licima. Za realizaciju ovog prava propisane su određene strogo formalne radnje (*talabi*).

²⁷⁷ Mehmed Begović, "Sličnosti između *Medželle* i ...", str. 38.

²⁷⁸ Opširnije o tome vidi: Mihailo Zobkow, *Pravo preče kupnje u otomansko-bosanskom zakonodavstvu*, Sarajevo, 1926.

Pravo šufe poznaje i SGZ i OIZ. SGZ ovu materiju reguliše u čl. 670-676. U §670. se kaže: “Što se nepokretnih dobara tiče kao miljkova i baština, zakon daje nekim licima pravo da imaju prvenstvo na kupovinu. Takva lica su smjesnici ili zajedničari, rodbina najbliža, koja bi pravo nasljedstva u prednjim dobrima imala, koja bi po zakonu nasljedila i susedi prvi i komšije”. Zakonskim rješenjem od 14. maja 1847. pod utjecajem germanskog shvatanja, ovo pravo oduzeto je “prvim susedima i komšijama”.

Činjenica da se u SGZ-u govori o miljkovima, da se ovo pravo daje suvlasnicima i prvim susjedima, što nije u skladu sa shvatanjem slovenskog i germanskog prava, kao i što je pravu preče kupnje dat zakonski karakter, ukazuje na preuzimanje rješenja ove ustanove iz šerijatskog prava.

OIZ (čl. 47-64) priznaje pravo preče kupnje koje je “od davnine u običaju” pri prodaji nekretnina, bratstveniku, međašu, seljanima i uopće plemenicima.

Pravo preče kupnje u onom obliku u kome ga je poznavalo šerijatsko pravo ušlo je u pravnu svijest naroda odakle je preuzeto u zakonodavstvo.²⁷⁹ Valtazar Bogišić je, kao što je poznato, temeljito proučavao običaje Slovena, a posebno Crnogoraca, a i redaktori SGZ-a obratili su pažnju na “postojeće običaje”.

Gruntovni zakon u Bosni i Hercegovini prihvatio je pravo preče kupnje smatrajući ga stvarnim pravom. Međutim, zabilježenjem (Anmerkung) u zemljišne knjige ovo pravo zadržava svoj obligacioni karakter, iako dobiva apsolutno dejstvo (erga omnes).²⁸⁰

Fakultativna prodaja

Šerijatsko pravo poznaje tzv. fakultativnu prodaju (*hiari šertile bej*) koja postoji u slučaju kada prodavač pokretnu stvar preda kupcu ugovarajući da mu se po isteku ugovorenog vremena kupovna cijena

²⁷⁹ Terzije K. H., “Šefiluk (preče pravo kupovine) – tragovi turskog zakonodavstva u srpskom građanskom zakoniku”, *Arhiv*, 1930, str. 91-92.

²⁸⁰ Vojislav Spaić, *Građansko pravo*, str. 366.

isplati u ratama ili odjednom (*hiari nakt*). U protivnom prodaja se ruši i stvari se vraćaju u pređašnje stanje.

Ova ustanova se razvila iz potrebe seljaka za kreditom u cilju nabavke oruđa imajući istovremeno prednosti nad kupovinom na početak (pošto su interesi prodavca bili potpuno zaštićeni). Kupac nema pravo na naknadu troškova čak ni korisnih, prodana stvar ne ulazi u kupčevu stečajnu masu u slučaju stečaja sve dok se prodavač ne namiri.

Iz tih razloga iz osmanskog zakonodavstva je preuzeta ova institucija u srpsko građansko pravo (čl. 669. SGZ), iako odredbe koje ga regulišu nisu potpuno precizne, stoga što se redaktori nisu koristili kodifikacijom šerijata već onim što se očuvalo u narodnom građansko-pravnom sjećanju.²⁸¹

Kesim

U običajnom pravu naših krajeva koji su bili pod osmanskom upravom zadržala se posebna vrsta ugovora o zakupu (obično stoke) gdje je pastir odgovarao za svaku propast pa i za slučaj. S druge strane imao je pravo na pripašu i sve koristi, a dužan je vlasniku dati izvjesnu korist u stočnim proizvodima. Primjenom ove vrste zakupa vlasnik je obezbjeđivao svoje interese a pastir dobivao u izgled zaradu.

SGZ je preuzeo *kesim* kao zakup stoke (čl. 693-699) kao i OIZ, koji o njemu potanko raspravlja (čl. 322-327).

Davanje zemlje na napolicu

U doba osmanske države gradsko muslimansko stanovništvo je praktikovalo davanje zemlje pod zakup kod koga se zakupnina plaćala dijelom prinosa. Na osnovu podudarnih rješenja *Medželle* (čl. 1431-1440) i OIZ (čl. 309-312) o uslovima i punovažnosti ovog ugovora i međusobnim pravima i dužnostima kontrahenata drži se u naci da je i ova institucija preuzeta iz šerijata.²⁸²

²⁸¹ K. H. Terzije, "Prodaja iz čl. 669 Srpskog građanskog zakonika (tragovi turskog zakonodavstva u Srpskom građanskom zakoniku)", *Arhiv*, 1931, str. 34-39.

²⁸² Mehmed Begović, "Sličnosti između *Medželle* i ...", str. 41.

Amanet

Amanet predstavlja naročitu vrstu ostave kod koje se od čuvara traži posebno povjerenje i izuzetna odgovornost. SGZ držaoca jedino ekskulpira u slučaju oštećenja ili propasti pod dejstvom više sile (čl. 575). OIZ preciznije preuzima odredbe šerijata razlikujući amanet i ostavu (čl. 310, 378-387).

Šerijat, naime, poznaje dvije vrste ostave: *amanet* i *vediu*. Vedia je ostava u običnom smislu riječi - kada se neko dobro ostavi drugom na čuvanje (*Medžella*, čl. 763). Amanet je čuvanje određenog dobra po bilo kojem osnovu kod koga čuvar odgovara za oštećenje ili gubitak stvari ukoliko je to nastupalo njegovim nemarom (*Medžella* čl. 762).

U našem narodu se sve do danas sačuvalo ne samo ime (ar. amanet) već i shvatanje ove ustanove u smislu šerijata.

C) Nasljedno pravo

Zbog personalnog važenja šerijata, predmeti porodičnog i nasljednog prava nemuslimana rješavani su uglavnom po običajnom a manje po vjerskom (milletskom) pravu u pogledu mulk imovine. Nasljeđivanje mirije, kako je već spomenuto, vršeno je po državnom pravu.

Na mulk ostavštinu nemuslimana mogle su se ex lege primijeniti norme šerijata u cilju zaštite interesa maloljetnih, duševno bolesnih i odsutnih nasljednika kao i u slučaju da se odrasli nasljednici obrate šerijatskom sudu, koji je isključivo sudio po šerijatu.²⁸³

Ova praksa je u Bosni i Hercegovini dovela do vidnog utjecaja šerijata na nasljednopravne običaje tako da se šerijat smatrao i primjenjivao kao običajno pravo.²⁸⁴ Naredbom bivše Zemaljske vlade od 25. januara 1918. prestala je ovakva praksa a počela recepcija na-

²⁸³ Više o tome, Vojislav Spaić, "Pravni režim u BiH za vrijeme Turaka", *IP Zbornik*, 2, Sarajevo, 1949, str. 101-115.

²⁸⁴ O utjecaju šerijata na nasljednopravne običaje u BiH u nauci je skrenuo pažnju Vojislav Spaić raspravom *Nasljednopravni običaji u BiH nakon austro-ugarske okupacije*, Radovi ANU BiH XXXII, Sarajevo 1967, knj.11, str. 53 i dalje.

sljednopravnih propisa AGZ-a. Narod se, međutim, izbjegavajući primjenu

AGZ-a, i nadalje izjašnjavao za rješenja šerijatskog prava poistovjećujući ih sa običajima.

Neovisno od toga, mi ćemo obratiti pažnju na utjecaj šerijata u oblikovanju nasljednopravnih običaja, koji su odgovarajući potrebama seoske privrede i načina života i u jugoslovenskoj buržoaskoj državi regulisali nasljeđivanje nemuslimana.

Srodstvo po mlijeku

Običajno pravo naroda Bosne i Hercegovine poznaje jednu specifičnu šerijatsku ustanovu-srodstvo po mlijeku (*reda*). Ova vrsta srodstva vodi porijeklo iz arapskog običajnog prava, a nastaje u slučaju kada jedna žena zadoji dijete mlađe od dvije godine, ili ako ono na neki drugi način apsorbuje njeno mlijeko. Srodstvo se zasniva između djeteta i dojilje, njenog muža i njenih bližih krvnih srodnika.

Srodstvo po mlijeku šeriat smatra bračnom zaprekom koja ima iste pravne posljedice kao i srodstvo po krvi.

U Bosni i Hercegovini srodstvo po mlijeku postoji u običajima pravoslavnog i muslimanskog stanovništva.

Sistem reprezentacije

Pod uticajem šerijatskog nasljednog prava (*feraiiz*) nasljednopravni običaji priznaju pravo predstavljanja (*ius representationis*) samo unučadima, a ne i drugim srodnicima.

Nasljeđivanje žene u nekretninama

Prema starom bosanskom običajnom pravu, žene su jedino pokretne stvari nasljeđivale jednako sa muškarcima, dok su po pravilu bile isključene iz nasljeđivanja kmetovskih zemalja (potreba obrađivanja zemlje, strah od komadanja posjeda). Pod utjecajem šerijata ženi se priznaje pravo naslijeđa na dijelu mulk imanja koji odgova-

ra polovini dijela muškarca. Priznajući i udatoj ženi pravo na nasljedstvo svojih srodnika, šerijat revidira stav starog običajnog prava da udata žena od svojih srodnika ne može ništa naslijediti, a posebno ne zemlju.

Zakonsko nasljeđivanje supružnika

Sve do XVI vijeka običajno pravo u Bosni i Hercegovini je bračnom drugu priznavalo jedino doživotno uživanje na imovinu preminulog supružnika. Negdje od tog vremena u narodnopravnu svijest ulazi stav šerijata o zakonskom (intestatnom) nasljeđivanju supružnika.

Odgovornost nasljednika za dugove ostavitelja

Običajno pravo je takođe preuzelo šerijatski propis da nasljednik za dugove ostavitelja odgovara samo do visine vrijednosti naslijede-nog dijela.

D) Pravna sistematika

Osim što je utjecao na određene pravne institute i njihova rješenja, šerijat je izvršio uticaj i na sistem kodifikacije građanskog prava.

Od evropskih građanskih zakonika jedino *Medžella* i OIZ sadržavaju opšta pravna pravila i izreke (*Medžella* u čl. 1-100 - O definiciji i podjeli pravničke nauke i O pravnim pravilima, OIZ u čl. 987-1031 - Neke zakonjačke (pravničke) izreke i postavke koje, iako ne mogu zakona ni preinačiti ni zamijeniti, mogu mu, ipak, objasniti razum i smisao).

Oba zakonika, nadalje, ne sadržavaju, osim izuzetno, propise porodičnog i nasljednog prava.

Na osnovu ovih i drugih sličnosti, smatra se da se Bogišić u određenim pitanjima zakonske sistematike ugledao na *Medžellu*.

Autoritet šerijata kao pozitivnog prava sankcionisanog državnom prinudom i njegova izuzetna primjena na nemuslimane koji se obra-

te šerijatskom sudu doprinijeli su da nazori islamskog prava prodru u pravnu svijest jugoslovenskih naroda. U takvom stanju šerijatska rješenja nekih pitanja i određeni instituti preuzeti su u kodifikacije građanskog prava koje su često svojim odredbama samo formulisali narodnopravnu svijest. Bez obzira da li se radi o nekom dijelu građanskog prava ili o nasljednom pravu, šerijat je, uglavnom, utjecao na odnose bazirane na naturalnoj ili nedovoljno razvijenoj robno-novčanoj privredi, što je karakteristično za Osmansku carevinu u kojoj je šerijat djelimično kodifikovan u doba kada je tradicionalizam već poodavno bio njegovo bitno obilježje.

Izvor: *Glasnik VIS*, XLI/1978, br. 5, str. 469-483.

ŠERIJATSKO PRAVO U USTAVIMA SAVREMENIH MUSLIMANSKIH ZEMALJA

I. Uvod

Šerijat za muslimane predstavlja normativni izraz njihove vjere, čiji su glavni izvori objavljena Božija riječ (Kur'an) i praksa Božijeg Poslanika. Te norme razvijene su u jedinstveni vjersko-etički i pravni sistem putem nezavisnog pravničkog rasuđivanja (*idžtihad*) u različitim formama, uvažavanja običaja (*adet*), opšte koristi (*masleha*) itd. Zbog funkcionalne povezanosti sa vjerom, šerijat za sve muslimane svijeta ima ulogu referentnog okvira i kriterija za ocjenjivanje valjanosti pojedinačnih i kolektivnih akata.²⁸⁵

U općoj historiji prava, šerijat zauzima mjesto jednog od najuticajnijih pravnih sistema koji su se pojavili među civilizovanim narodima. Za razliku od brojnih prava koja su se gasila sa nestankom država koje su ih kreirale, šerijat je nadživio brojne historijske muslimanske političke organizacije i društvene sisteme. Kroz petnaest proteklih vijekova, on je regulisao način vršenja vjerskih obreda muslimana ali i bitno uticao na porodičnu strukturu najrazličitijih muslimanskih etničkih grupa i igrao ulogu vezujućeg faktora među njima, uređivao imovinske transakcije, temelje državne organizacije i osiguravao pravila njihove međunarodne komunikacije. Uz rimsko i anglosaksonsko pravo, šerijat je danas jedan od tri najznačajnija izvora inspiracije pozitivnog prava savremenih nacionalnih država.

Nacionalne države su u naše doba opšteprihvaćeni državnopravni okvir u kome žive muslimani. Raspad Osmanske države nakon Prvog svjetskog rata bio je simboličan kraj ere muslimanskih višena-

²⁸⁵ Mohammad Hashim Kamali, "Source, Nature and Objectives of Shariah", *Islamic Quarterly*, vol. 33 (1989), str. 215-233.

cionalnih imperija i početak doba muslimanskih nacionalnih država. To su države u kojima muslimani određenog etničkog porijekla predstavljaju većinu stanovništva, i u kojima se vlast izvodi iz principa narodnog suvereniteta.²⁸⁶ Politički sistem, temelji državne organizacije i pravnog poretka ovih zemalja utvrđeni su pisanim ustavom. Zbog važnosti šerijata za muslimane, odnos pravnog sistema muslimanskih nacionalnih država prema Objavljenom pravu redovito je uređen, na ovaj ili onaj način, ustavnim odredbama. Zbog toga, proučavanje šerijata u savremenom svijetu logično započinje raspravom o njegovoj ustavnopravnoj poziciji u muslimanskim nacionalnim državama. U ovom radu pokušat ćemo dati kratak prikaz razvoja ustavnosti u muslimanskim zemljama i identifikovati modalitete uređenja odnosa šerijata i nacionalnog prava. Pojedini modaliteti bit će analizirani na reprezentativnim slučajevima više u cilju pružanja adekvatnih primjera iz različitih kulturnih zona muslimanskog svijeta a manje s ciljem davanja iscrpnog pregleda. O primjeni šerijata u pojedinim muslimanskim zemljama i zajednicama postoji danas iscrpna literatura a gotovo svaki novi ustavni tekst predmet je detaljne analize.²⁸⁷ U tom svjetlu, rad koji ima za cilj da razmatra ustavnopravno regulisanje odnosa šerijata i pozitivnog prava u više od pedeset savremenih muslimanskih zemalja i zajednica po svojoj prirodi nije se mogao baviti kompleksnim historijsko-pravnim, društvenim, političkim i ideološkim aspektima koji su doveli do usvajanja određenog ustavnog rješenja.

Pošto znatan broj muslimana danas živi u statusu manjine u nemuslimanskim zemljama, u ovom radu bit će posvećena pažnja i takvim državama, što može pružiti odgovarajuću podlogu za poređenje većinske i manjinske situacije. Prirodno, glavni metodi korišteni u ovom radu bit će deskriptivni i komparativni.

²⁸⁶ Vidi, Erwin I. J. Rosenthal, *Islam in the Modern Nation State*, Cambridge: Cambridge University Press, 1965. O odnosu muslimana prema konceptu nacionalne države vidi, James P. Piscatori, *Islam in a World of Nation States*, Cambridge: Cambridge University Press: 1986, str. 76-101.

²⁸⁷ Djelimične informacije o toj bogatoj literaturi mogu se naći u: Laila al-Zwaini, *A Bibliography of Islamic Law 1980-1993*, Leiden: E. J. Brill, 1994.

II. Razvoj ustavnosti u muslimanskim zemljama

Historija moderne ustavnosti, u smislu uvođenja formalnog, kodifikovanog akta koji uređuje funkcionisanje države, u muslimanskim zemljama započinje polovinom 19. stoljeća. Od tog doba pa nadalje u muslimanskim zemljama su proglašeni brojni dokumenti koji predstavljaju međaše na putu razvoja savremene muslimanske ustavnosti. U takve dokumente spadaju: *Hatt-i šerif* od Gülhane od 3. novembra 1839. god., *Hatti humajun* od 18. februara 1856. god., Osmanski ustav (*Kanun-i esasi*) od 23. decembra 1876. god., tuniski Temeljni pakt (*Ahd el-eman*) od 9. septembra 1857. god., egipatski Osnovni zakon (*el-Laiha el-esasijje*) od 7. februara 1882. god., iranski Osnovni zakon od 5. augusta 1906. god., afganistanski Osnovni zakon (*Nizam-nama-i esasi-i devlet-i alijje-i Afganisatan*) iz aprila 1923. god. itd.²⁸⁸

Termini korišteni da označe ustav u prvom periodu razvoja moderne ustavnosti u muslimanskim zemljama pokazuju da je konstitucionalizam bio naslonjen i teorijski opravdan praksom političkih muslimanskih autoriteta da u tom svojstvu izdaju pravne propise (*kanun*) u oblastima i pitanjima koja nisu bila detaljno regulirana šerijatom.²⁸⁹ Glavni izvori šerijata tretirali su uređenje države na načelan način i vrlo brzo, već od druge polovine 1. vijeka po H./7. vijeka n. e. političke vlasti preuzele su nadležnost u tom području. Muslimanskim pravicima (*fukaha*) ostalo je samo da teorijski elaboriraju i obrazlažu akte političke vlasti i da se bave pretežno pitanjima privatnopravne prirode. Uređenje države je čak i teorijski tretirano u djelima koja su skupno nazvana *el-ahkam es-sultanijje* (vladarski propisi) ili *es-sijase eš-šeri'ijje* (šerijatska politika).²⁹⁰

Historijski proces razdvajanja muslimanskog vjerskog i političkog vođstva nakon uspostavljanja dinastije Emevija (*Benu Umejje*) našao je izraza, između ostalog, i u zasebnom grupisanju propisa o organizaciji vlasti u cjelini fikha (islamske pravne nauke). Taj proces kao i autoritarne tendencije u mnogim muslimanskim državama

²⁸⁸ "Dustur", *Encyclopaedia of Islam* (EI), 2-nd ed., vol. I, str. 638-677.

²⁸⁹ "Kanun", EI, vol. IV, str. 556-562.

²⁹⁰ Najpoznatija takva djela su *Es-sijase eš-šeri'ijje* hanbelijskog autora Ibn Tejmije (u. 728/1328) i *El-ahkam es-sultanijje* šafijskog učenjaka El-Maverdija (u.450/1058).

tokom historije doveli su do toga da je rano započeti razvoj ustavnosti kod muslimana, označen Medinskim ustavom (*Sahifa*) iz doba Božijeg Poslanika, zaustavljen da bi bio nastavljen tek polovinom 19. stoljeća.²⁹¹ Muslimanska moderna ustavnost bila je, kao i drugdje, rezultat borbe za ograničenje apsolutizma vladara i zaštitu prava i sloboda građana i vodila se pod uticajem evropskih ideja. Evropski utjecaj nije bio samo rezultat politike modernizacije koja je slijedila evropsko iskustvo te kretanja ka izvjesnoj pravnoj i kulturnoj globalizaciji već i činjenice da šerijat, koji je u tradicionalnim muslimanskim društvima imao funkciju ograničenja samovolje vladara, nije to mogao više efikasno da vrši zbog nekompetentnosti i kompromisnosti njegovih tumača.

Pojava nacionalnih muslimanskih država na Srednjem istoku nakon raspada višenacionalne Osmanske države i nakon završetka procesa dekolonizacije u drugim dijelovima muslimanskog svijeta, intenzivirala je razvoj ustavnosti. Novouspostavljene i novoosnovane države donijele su većinom vlastite pisane ustave naslonjene i formom i sadržinom na evropske, odnosno zapadne modele. Za razliku od ranog perioda, kada su evropski ustavi, kao što su francuski i belgijski, bili korišteni kao uzori, u doba nakon Drugog svjetskog rata biva mnogo uticajnije anglosaksonsko poimanje ustavnosti. To je bila posljedica činjenice da je znatan broj dekolonizovanih muslimanskih zemalja bio u sastavu Britanskog carstva kao i toga da je nakon Drugog svjetskog rata centar zapadnog svijeta pomjeren preko Atlantskog okeana.

Posjedovanje pisanog ustava postala je uobičajena karakteristika pravnih sistema savremenih muslimanskih zemalja, tako da danas, dvije godine prije kraja 20. stoljeća, čak i najtradicionalnije muslimanske zemlje imaju najviši formalni akt takvog naziva. Ustaljivanje pravne prakse imalo je za posljedicu i ustaljivanje terminologije. U arapskoj kulturnoj zoni muslimanskog svijeta usvojen je termin *dustur* u značenju ustava ili ustavne povelje. Indikativno je da je to

²⁹¹ Muhammad Hamidullah, *The First Written Constitution in the World: an Important Document of the Time of the Holy Prophet*, Lahore: Sh. Muhammad Ashraf, 1981, 75.

bio naziv službenog glasila Osmanske carevine u kome su objavljivi zakoni iz doba *tanzimata*, projekta državne modernizacije 1839-1876. god., koji je označio novu epohu u historiji prava muslimanskih država.

U ustavima savremenih muslimanskih zemalja mogu se naći uticaji različitih pravnih ideologija. Neki ustavi odražavaju ideje evropskog klasičnog liberalizma (parlamentarne republike i monarhije), drugi se i dalje koriste terminologijom već zaboravljenog marksizma (tzv. narodne demokratije), treći pokušavaju da spoje islamske principe i evropske forme (islamske republike). Ovi uiecaji, zajedno sa čestim promjenama političkog vođstva, dominantnom ulogom vojske, oscilacijama u ideološkoj orijentaciji i sl. govore po sebi o traganju muslimanskog svijeta za vlastitim identitetom i adekvatnim formama njegovog iskazivanja.

III. Modaliteti ustavnopravnog uređjenja odnosa šerijata i pozitivnog prava muslimanskih zemalja

Ustavi svih muslimanskih zemalja, na određeni način, spominju islam i njegove simbole. To, svakako, ne daje islamski karakter pojedinom ustavnopravnom dokumentu, nego samo odražava činjenicu da je islam u svim muslimanskim zemljama bitna društvena činjenica, koja se ne može ignorisati. Referiranje na islam i njegove simbole obično se vrši u preambuli ili normativnom dijelu ustava koji se tiču definisanja karaktera države, ustanovljenja državne religije, religijskih sloboda, vjere šefa države, zakletve javnih službenika, izvora nacionalnog zakonodavstva i organizacije sudstva.

Ustavnopravne odredbe o poziciji islama, odnosno njegovog normativnog izraza - šerijata - treba da budu operacionalizovani putem odgovarajućeg zakonodavstva a zatim prevedeni u stvarnost. To znači da analiza ustava muslimanskih zemalja pruža sliku samo ustavne pozicije šerijata i bi trebalo da je slijedi analiza odgovarajućih zakona koji treba da provedu ustavne naloge. U ovom radu, analiza ustavnih tekstova bit će, kad god je to bilo moguće, praćena podacima o provedbenim zakonima.

Međutim, za saznanje stvarne pozicije koju šerijat ima u muslimanskim društvima bilo bi potrebno ići izvan ustavnopravne, odnosno pozitivnopravne sfere i istraživati šerijat kao politički, ideološki i psihološki faktor, te kao dio pravne kulture muslimanskih zemalja.²⁹² Politička funkcija šerijata ogleda se u njegovoj mogućnosti da bude korišten kao osnova političke legitimacije režima u muslimanskim zemljama ali isto i ograničavanja samovolje tih režima. Kao ideološki faktor, šerijat služi kao sredstvo političke mobilizacije, te vrednovanja pozitivnog prava u muslimanskim zemljama, slično konceptu prirodnog prava u evropskoj tradiciji. Psihološki aspekt šerijata ogleda se u činjenici da se u svijesti većine muslimana on pojavljuje kao funkcionalni izraz religije i jedinstvena cjelina religijskih, moralnih i pravnih normi ponašanja. Kao dio pravne kulture muslimana, šerijat se i u situacijama kada ne predstavlja formalno pravo, pojavljuje kao pravo koje praktikuju muslimanske zajednice ili, u najmanju ruku, kao njihov kodeks privatne i društvene etike.

Ovi pokazatelji stvarne pozicije šerijata u muslimanskim društvima neće, zbog karaktera ovog rada, biti predmet naše pažnje.

U ustavima savremenih muslimanskih zemalja mogu se identifikovati tri modaliteta uređenja odnosa šerijata i nacionalnog zakonodavstva. Manji broj zemalja proglasio je šerijat jedinim izvorom pozitivnog prava. Jednako mali broj muslimanskih zemalja formalno pravno je dokinuo šerijat kao izvor nacionalnog prava. Većina muslimanskih zemalja prihvatila je srednju poziciju po kojoj je šerijat jedan od izvora pozitivnog prava, obično u oblasti ličnog statusa muslimana.

3.1. Šerijat kao jedini izvor pozitivnog prava

Ovu poziciju šerijat ima u ustavima dvije vrste muslimanskih zemalja: tradicionalnim muslimanskim monarhijama bez predstavničkih ustanova zapadnog tipa, s vrlo jakim plemenskim tradicijama, i u "islamskim republikama" i drugim ideološkim državama koje su

²⁹² L. R. Sjukijajnen, *Musulmanskoje pravo: voprosy teorii i praktiki*, Moskva 1986, str. 109.

proglasile islamizaciju cjelokupnog društvenog i političkog sistema. U prvu kategoriju mogu se ubrojiti Saudijska Arabija, Jemen, Oman i Afganistan, a u drugu kategoriju Pakistan, Mauritanija, Iran, Libija i Sudan.

Saudijska Arabija, država uspostavljena 1932. god., ujedinjenjem pokrajina Hidžaza i Nedžda pod vodstvom Abdul Aziza ibn Sauda (1881-1953), dobila je svoj važeći ustav 1992. Prije toga na snazi je bio adoptirani ustav Hidžaza iz 1926. god., koji je proglasio šerijat za osnovni zakon zemlje i faktor ograničenja kraljeve vlasti.²⁹³ Ustavna reforma izvršena je marta 1992. usvajanjem Osnovnog zakona o vladi i brojnih drugih zakona ustavnog karaktera (o savjetodavnoj skupštini, savjetu ministara i sl.) donijetih tokom 1993.

Član 1. Osnovnog zakona o vladi definira Kraljevinu Saudijsku Arabiju kao "suverenu islamsku arapsku državu, čija je religija islam, Božija Knjiga i Sunnet Njegova Poslanika (s.a.w.s.) njen ustav, službeni jezik arapski a Rijad glavni grad".²⁹⁴ Kur'an i Sunnet, dva glavna izvora šerijata, proglašeni su ovim aktom za suštinski ustav zemlje.

U Saudijskoj Arabiji službeno se primjenjuje hanbelijsko tumačenje šerijata, ali sudovi mogu da slijede i tumačenje ostalih sunijskih pravnih škola ukoliko je to u opštem interesu.²⁹⁵ Nova pitanja koja donosi ubrzana modernizacija društvenog života, posebno nakon zalivskog rata, uređuju se putem kraljevskih uredbi (*nizam*) i dekreta (*mersum*) te uredbi državne administracije. Šerijatski sudovi su osnovni sudovi opšte nadležnosti i uređeni su na principu višestepenosti.

Republika Jemen proglašena je 23. maja 1990. ujedinjenjem Jemenske Arapske Republike (Sjeverni Jemen) i Narodne Demokrat-

²⁹³ Subhi Rajab Mahmessani, *el-Evda' et-tešri' iije fi ed-duvel el-arabijje: madiha ve hadiruha*, Bejrut: Dar el-ilm lil-melajin, 1981, str. 387.

²⁹⁴ Svi ustavni citati u ovom radu, ukoliko to nije drukčije navedeno, predstavljaju autorov prijevod tekstova koji je osigurao sa interneta Univerzitet Wuerzburg (International Constitutional Law) i Centar za islamsko i srednje istočno pravo (Cimel) pod naslovom *Islamic and Middle Eastern Law Materials on the Net* URL: <http://www.uni-wuerzburg.de/law/ym>. i www.temple.l.demon.co.uk/materials.html.

²⁹⁵ Razali bin Haji Nawawi, *The Machinery of Islamic Justice in the Kingdom of Saudi Arabia and Malaysia*, M. A. Thesis, Kulliyah of Laws, International Islamic University Malaysia, 1991.

ske Republike Jemen (Južni Jemen). Važeći ustav nove države usvojen je 16. maja 1991. Član 2. ovog ustava proglašava islam za državnu religiju a član 3. islamsku pravnu nauku za glavni izvor zakonodavstva. Član 4. deklarše princip narodne suverenosti a član 5. navodi da će se “država pridržavati Povelje UN-a, Opšte deklaracije o ljudskim pravima, Povelje Lige arapskih država i opšteprihvaćenih normi međunarodnog prava.”

U Jemenu je tradicionalno utjecajna zejdijska pravna škola u domenu tumačenja šerijata.²⁹⁶ Običajno pravo (*urf*) funkcioniše kao kriterij regulisanja sporova između pojedinaca, porodica, klanova i plemena u ruralnim predjelima. Prije ujedinjenja porodično pravo bilo je različito regulisano u sjevernom i južnom dijelu zemlje. Na sjeveru je bilo kodifikovano tradicionalno zejdijsko pravo (Porodični zakon br. 3/1978) dok je na jugu socijalistička vlada donijela modernistički zakon 1974. Nakon ujedinjenja pravo ličnog statusa je ujednačeno u cijeloj zemlji putem Zakona broj 20/1992. slijedeći tradicionalni model bivšeg Sjevernog Jemena,²⁹⁷

Omanski vladar sultan Kabus bin Seid uveo je dekretom od 6. novembra 1996. pisani ustav pod nazivom Bijela knjiga - Osnovni zakon Sultanata Oman. Specifičnost ovog akta jeste uključivanje u ustav “zakona o pravima” (Bill of Rights), ustavne garancije liste ljudskih prava, što je bez presedana za zemlje Zaliva. Član 2. Osnovnog zakona proklamuje da je islam državna vjera a “islamski šerijat osnova zakonodavstva”.

U današnjem Afganistanu pravna situacija je konfuzna jednako kao i faktičko upravljanje zemljom. Postoje tri stvarne vlasti koje kontrolišu zasebne dijelove Afganistana. Centralni i sjeverni dio je pod kontrolom generala Abdul Rašida Dostuma i njegove uzbečke milicije, sjeveroistočni je pod utjecajem svrgnutog predsjednika Burhanuddina Rabbanija a jugozapadni i istočni pod kontrolom po-

²⁹⁶ Zejdije, pravna škola (mezheb) vezana za ime imama Zejd b. Ali Zejn el-Abidin (u.122/724). Umjerena šiijaska grupa najbliža sunnijama. Od početka 4/10. stoljeća učvršćena u Jemenu, gdje i danas čine više od 40% stanovništva.

²⁹⁷ Anna Wurth, “A Sana Court: The Family and Ability to Negotiate”, *Islamic Law and Society Journal*, vol. 2 (1995), str. 324-325.

kreta talibana, uglavnom polaznika vjerskih škola koje karakteriše krajnje pojednostavljeno razumijevanje islama. Njihov vođa mulla Muhammad Omer Mudžabed nosi titulu *emir el-muminin*, koja je pripadala muslimanskim halifama.²⁹⁸ Dvije trećine nacionalne teritorije je pod kontrolom ovog posljednjeg pokreta. Nakon 27. septembra 1996. godine, kada su talibani zauzeli Kabul, proglasili su uspostavljanje “Islamskog emirata Afganistan”, potpunu primjenu islamskog prava, imenujući vlastitu radio stanicu kao Radio šerijat²⁹⁹ Međunarodno priznanje, međutim, i dalje uživa vlada predsjednika Rabbanija.

Posljednji ustav Afganistana bio je usvojen 1990. U članu 2. bilo je navedeno: “Sveta religija islam je religija Afganistana. U Republici Afganistan ne može se donijeti ni jedan zakon koji je protivan svetoj religiji islamu i ostalim vrijednostima utjelovljenim u ovom ustavu.” Član 112. određuje da će sudovi u odsustvu pisanih zakona donositi odluke slijedeći odredbe islamskog šerijata.³⁰⁰ Ove dvije odredbe davale su šerijatu status “zemaljskog prava” Afganistana.

Druga vrsta zemalja koje su proglasile šerijat kao jedini izvor pozitivnog prava jesu države koje su za svoj politički cilj proklamirale uspostavljanje “islamskog poretka” a šerijat prihvatile kao neophodno sredstvo za njegovo ostvarenje. Neke od tih država službeno su se proglasile za “islamske”, neke su se opredijelile za “islamizaciju” pravnog sistema bez promjene svoga službenog naziva.

Prvi pokušaj izgradnje “islamske republike” vezan je za Pakistan, državu osnovanu sa ciljem da bude domovina muslimana na indijskom potkontinentu. U Rezoluciji o ciljevima (osnivanja Pakistana), koju je pakistanska Stalna skupština usvojila 1949. navedeno je da će to biti država gdje će “muslimanima biti omogućeno da žive svoj život, individualno i kolektivno u skladu sa učenjima i zahtjevima is-

²⁹⁸ Vidi posebni dio o Afganistanu u časopisu *The Firmest Bond/ El-urve el-vuska* (Geneva), ur. Abdul Hakim Tabibi, Summer-Fall 1977, str. 20-34.

²⁹⁹ Prijevod nekoliko odluka talibanske vlade o primjeni “pravog islamskog puta i sprečavanju zla” dat je u časopisu *The Firmest Bond* (vidi bilj. 14), str. 27-29.

³⁰⁰ Tekst ovog ustava objavljen je u zbirci *Constitutions of the World*, ed. Albert P. Blansetin and Cisbert H. Flour, New York: Oceana Publications, 1992.

lama, onako kako su izraženi u Časnom Kur'anu i Sunnetu.”³⁰¹ Ovaj dokument unijet je u preambule svih kasnijih ustava Pakistana uključujući važeći ustav usvojen 12. aprila 1973.

U preambuli ovog ustava adresira se i važno teorijsko pitanje suvereniteta u islamskoj državi. Pakistanski ustavotvorac kaže: “Budući da suverenitet nad cijelim kosmosom pripada jedino Svemogućem Allahu, vlast koju će narod Pakistana vršiti unutar granica koje je On odredio jeste sveti amanet.” Ovo rješenje drži da *de jure* suverenitet pripada Bogu a *de facto* suverenitet pripada narodu.³⁰² Islam je proglašen za državnu religiju Pakistana (član 2). Pravna posljedica ova dva stava bila je ustavna odredba, sadržana u članu 198, da se neće proglasiti ni jedan zakon koji je suprotan propisima islama izraženim u časnom Kur'anu i Sunnetu. Kontrola saglasnosti zakona sa propisima islama, data je prema posljednjim izmjenama ustava (čl. 203/d/) Federalnom šerijatskom sudu. Ovaj sud je ovlašten da, po vlastitoj ocjeni, ili na osnovu prijedloga građana, federalne ili provincijske vlade, ispituje i odlučuje o tome da li je neki zakon ili zakonska odredba suprotna propisima islama. U slučaju da se takva suprotnost ustanovi, sporni zakon ili zakonska odredba gube pravnu snagu a nadležne državne vlasti su obavezne da preduzmu mjere usaglašavanja.

Ustav iz 1973. pružio je pravni okvir za politiku “islamizacije” pravnog sistema Pakistana u vrijeme vladavine generala Ziaul-Hakka. Prvog januara 1978, on je, u svojstvu glavnog administratora vanrednog stanja, inicirao usaglašavanje postojećeg zakonodavstva sa islamom, što je rezultiralo uvođenjem šerijatskog prava uglavnom u oblasti krivičnog prava i finansija. Politika proširenja domena važnija šerijatskog prava, dovela je, sa svoje strane i do izvjesnih izmjena ustava, posebno u dijelu koji govori o formiranju Vrhovnog šerijatskog suda i njegovoj nadležnosti.³⁰³

³⁰¹ Citirano prema tekstu ustava, URL:<http://www-leland.stanford.edu/group/pakistan/constitution>.

³⁰² Vidi, Syed Abul Ala Maudoodi, *Islamic Law and Constitution*, Lahore: Islamic Publications, 1986, str. 412.

³⁰³ Više o tome, Tanzil-ur-Rahman, *Islamization of Pakistan Law*, Karachi: Hamdard Academy, 1978, str. 95; A. G. Muslim, “Islamization of Laws in Pakistan: Problems and Prospects”, *Islamic Studies*, vol. 26:3,1987, str. 265-276.

U Mauritaniji je nakon sticanja nezavisnosti 28. septembra 1958. proglašena islamska republika. To ime je izabrano da bi se osigurala državna ideologija koja bi pomogla izgradnju nacionalnog identiteta sa islamom kao bitnim kulturnim elementom. Šerijatsko, običajno i francusko kodifikovano pravo ostali su da funkcionišu kao komponente nacionalnog pravnog sistema. Početkom 1980. započeto je sa širom primjenom šerijatskog prava i osnivanjem islamskog suda pravde. Juna 1983. donijeta je odluka o primjeni šerijata u svim domenima života.³⁰⁴

Važeći ustav Mauritanije, usvojen 12. jula 1991. u vrijeme vladavine vojnog režima, sankcionisao je ovaj razvoj. Islam je proglašen za "narodnu i državnu religiju" (član 5). Mauritanija je definisana kao "demokratska i socijalna islamska republika (član 1) u kojoj se vlast izvodi iz principa suvereniteta naroda (član 2) i načelom vladavine prava (član 4). Predsjednik države mora biti musliman (član 23). Njemu pomaže u radu Visoki islamski savjet, sastavljen od pet članova, ovlašten da daje mišljenja o stavovima islama prema pitanjima koja iskrsnu. Dominantni utjecaj u tumačenju šerijata u ovoj zemlji ima malikijska pravna škola.

Nakon revolucije februara 1979. narod Irana prihvatio je putem referenduma 29. i 30. marta islamsku republiku kao formu vladavine. Novi ustav usvojen je 24. oktobra 1979. Važni amandmani na ustav prihvaćeni su 28. jula 1989. Cijeli projekt islamske republike i ustav kao njegov formalni pravni izraz predstavljaju pokušaj da se ponudi institucionalni model za islamsku organizaciju društva, u ovom slučaju prema tumačenju šiijskog pravca. U tom smislu ustav referira na šerijat, odnosno njegove glavne izvore, ne samo kada je u pitanju pravo nego i cjelokupna organizacija društva.

Ideološka funkcija šerijata vidi se u članu 2. u kome se navodi da je islamska republika sistem utemeljen na vjerovanju u jednog i jedinog Boga, Njegov isključivi suverenitet, pravo da donosi propise i neophodnost stvorenja da se podvrgavaju tim propisima; vjerovanje

³⁰⁴ "Mauritania" *The Oxford Encyclopedia of Modern Islamic World*, Oxford University Press, 1995. vol. III, str. 70-71.

u Božiju Objavu i njenu temeljnu ulogu u donošenju zakona, povratak Bogu na budućem svijetu i pozitivnu ulogu ovog vjerovanja na odnos čovjeka prema Bogu, Božiju pravdu u stvaranju i davanju zakona, kontinuirano vođstvo i njegovu ključnu ulogu u neprekinutom procesu islamske revolucije itd.

Odnos šerijata prema nacionalnom zakonodavstvu vidi se iz odredbe člana 4. koja glasi: "Svi građanski, krivični, finansijski, ekonomski, administrativni, kulturni, vojni, politički i ostali zakoni i propisi moraju biti utemeljeni na islamskim kriterijima. Ovaj princip primjenjuje se apsolutno i generalno na sve članove Ustava kao i na ostale zakone i propise, a muslimanski pravници (fuqaha) su sudije u ovim pitanjima." Savjet čuvara (*Šura-i Negahban*), sastavljen od šest pravednih znalaca šerijata i šest muslimanskih pravnika specijaliziranih u različitim oblastima, ima zadatak da čuva islamske propise i Ustav i ispituje saglasnost zakona koje je usvojila Nacionalna savjetodavna skupština, sa islamskim kriterijima (član 91).

Službena religija Irana je islam a službena pravna škola džafe-rijski mezheb. Ostale islamske škole mišljenja uživaju poštovanje a njihovim sljedbenicima garantuje se da djeluju i obavljaju vjerske obrede u skladu sa svojom pravnom naukom. U pitanjima vjerskog obrazovanja, ličnog statusa (brak, razvod, naslijeđe i oporuka) i s tim povezanim sudskim postupcima, ostale islamske pravne škole uživaju službeni status (član 12).

Zoroastrovci, jevreji i kršćani su priznate religijske manjine kojima se garantuje vjerska sloboda u granicama zakona. Oni imaju pravo da slijede vlastite kanone u stvarima personalnog statusa i vjerskog obrazovanja (član 13).

U Iranu postoji jedinstven sistem sudova, u koje spadaju redovni, vojni i administrativni sudovi. Nakon proglašenja Ustava izvršeno je usaglašavanje nacionalnog zakonodavstva sa šerijatom kako je protumačen u okviru džafe-rijske pravne škole.³⁰⁵ Donijeti su ili izmijenjeni slijedeći zakoni: Građanski zakonik (1982), Zakon o *hududu* i *kisasu* (1982), Zakon o *ta'ziru* (1983), Trgovački zakonik (1983) itd.

³⁰⁵ S.H. Amin, *Middle East Legal Systems*, Glasgow: Royston Limited, 1985, str. 62-98.

U Sudanu je od novembra 1996. u toku postupak donošenja novog ustava. U međuvremenu praktički se vlada predsjedničkim dekretima. U odsustvu novousvojenog teksta ili njegovog nacрта, ovdje ćemo se osvrnuti na ustav od 12. aprila 1973. Ovaj ustav proglasio je šerijat i običaje za glavni izvor zakonodavstva. Lična pitanja nemuslimana bit će pod nadležnosti njihovih personalnih prava (član 9). Član 16. garantirao je jednaku zaštitu islama, kršćanstva i ostalih nebeskih religija.³⁰⁶

Kao i u drugim zemljama, formirana je posebna komisija s ciljem da usaglasi važeće zakone sa šerijatom. Zadatak je ostao neizvršen sve do ljeta 1983. kada je Džafer el-Numeiri proglasio plan za islamizaciju pravnog sistema. Započela je intenzivna zakonodavna djelatnost koja je rezultirala tokom godine donošenjem novih kodifikacija građanskog, trgovačkog, krivičnog prava, postupka i organizacije sudstva tokom 1983-84. Unutrašnja vrijednost ovih kodifikacija umanjena je činjenicom da su one proglašene u vrijeme vladavine vojnog režima i da su po mnogim kritičarima bile više izraz političkog oportunitizma nego vjerskog uvjerenja vođstva.³⁰⁷ Samim tim, kada je El-Numeiri skinut s vlasti pučem 6. aprila 1984. javio se zahtjev za ukidanje ovih zakona. Iz unutrašnjopolitičkih razloga to nije učinjeno ali su neki od njih, kao Zakon o krivičnom pravu, izmijenjeni (1991). Naredni režimi, vojni iz 1989. god., prelazna vlada iz 1993. i izabrana vlada 1996. god., nisu bitnije promijenili poziciju šerijata u nacionalnom zakonodavstvu. To ostaje kao važno unutrašnje političko pitanje, koje ima posebnu težinu za regulisanje odnosa između vlade u Kartumu i pobunjenika na jugu zemlje.

Nakon obaranja kraljevskog režima u Libiji, novo vođstvo, oličeno u Savjetu komande revolucije, izdalo je 11. decembra 1969. Ustavnu proklamaciju koja je, iako predviđena kao privremeni akt, i dalje na snazi. Drugi važan ustavnopravni akt je Deklaracija o uspostavljanju vlasti naroda od 2. marta 1977. U Ustavnoj proklamaciji

³⁰⁶ Carolyn Flucher-Lobban, *Islamic Law and Society in the Sudan*, London: Frank Cass, 1987, str. 271-272.

³⁰⁷ Safiya Safwat, "Islamic Laws in Sudan", u *Islamic Law: Social and Historical Context*, ed. by A. Al-Azmeh, London and New York: Routledge, 1988, str. 242.

Libija je definisana kao “arapska, demokratska i slobodna republika u kojoj suverenitet pripada narodu” (član 1). Islam je državna religija a arapski službeni jezik. Država štiti religijske slobode u skladu sa ustanovljenim običajima (član 2). Cilj države je realizacija socijalizma putem primjene društvene pravde koja zabranjuje bilo koji oblik eksploatacije. Država nastoji da putem izgradnje socijalističke zajednice postigne samodovoljnost u proizvodnji i pravедnost u raspodjeli. Ona se inspiriše svojim arapskim i islamskim naslijeđem, humanističkim vrijednostima i specifičnim uslovima libijskog društva (član 6). U pogledu šerijata kao izvora prava, ova proklamacija spominje samo da je nasljedno pravo građana regulisano islamskim šerijatom (član 8).

Odnos libijskog revolucionarnog vođstva prema šerijatu lavirao je tokom dvije decenije upravljanja zemljom. Smjenjivale su se faze verbalne odanosti islamizaciji, revolucionarnog zakonodavstva, novog koncepta ljudskih prava a zatim opet islamizacije.³⁰⁸ Ova politika “meandriranja” (Ann Elizabeth Mayer) kao i česti eksperimenti sa pravnim i političkim institucijama otežavaju ocjenu stvarnog utjecaja šerijata na zakonodavstvo.

Oktoobra 1971. predsjednik Savjeta komande revolucije Muamer El-Gadafi inicirao je prve korake ka proglašenju šerijata za jedini izvor zakonodavstva. Tada je komisija za reviziju zakonodavstva, pod predsjedništvom predsjednika Vrhovnog suda, dobila zadatak da dovede sve zakone - statusne, građanske, krivične i trgovačke - u sklad sa osnovnim principima šerijata i da eliminiira tradicionalnu podjelu šerijatskih i građanskih sudova.³⁰⁹ Nakon toga uslijedilo je proglašenje kodifikacije bračnog prava (decembra 1972), zabrana kamata u dužničkim odnosima između fizičkih lica, ukidanje zasebnih šerijatskih sudova (1973), primjene *hudud* kazni (oktoobra 1983) itd. Nakon proglašenja kulturne revolucije u Zuari 15. aprila 1973. god.,

³⁰⁸ Ann Elizabeth Mayer, “In Search of Sacred Law: the Meandering Course of Qadhafis Legal Policy”, u *Qadhafis Libya 1969-1994*, ed. by Dirk Vandewalle, New York: St. Martins Press, 1995, str. 113-137.

³⁰⁹ Muhammad A. El-Khalas, *Qaddafi: His ideology in Theory and Practise*, Brattleboron, Vermont: Amana Books, 1986, str. 85.

suspendovano je cjelokupno postojeće zakonodavstvo da bi se uklonila prepreka revolucionarnoj promjeni društva. Islamske pravne ustanove su također kritikovane.

Deklaracija o uspostavljanju vlasti naroda iz 1977. god., koja je faktički potisnula postrevolucionarni ustav, u svojoj preambuli deklarirše pristajanje uz socijalizam, ali i pridržavanje "Allahove knjige kao vječnog izvora upute i uređenja društva." Član 2. ove deklaracije proglašava: "Časni Kur'an je ustav Socijalističke Narodne Libijske Arapske Džamahirije" Ovaj dokumenat referira samo na Kur'an i ne spominje Sunnet, kao drugi izvor šerijata, i fikh, kao muslimansko pravno naslijeđe. Takav pristup otvorio je mogućnost tumačenja šerijata bez oslanjanja na njegovu pravnu nauku i intervenisanje političkih faktora u domen učenjaka.

Kratak pogled na skorou političku historiju zemalja koje su se opredijelile za "islamizaciju" nacionalnog pravnog sistema i društva uopšte, otkriva neke važne činjenice. Prvo, u svim ovim zemljama do proglašenja šerijata za jedini ili glavni izvor prava došlo je tokom vladavine vojnih režima (Pakistan, Mauritanija, Sudan, Libija) ili u toku revolucionarnog preobražaja društva (Iran). Pošto je priroda vojnih i revolucionarnih režima takva da ograničava ili eliminiše ulogu predstavničkih tijela i sužava područje ljudskih prava i sloboda, uvođenje šerijata se nerijetko svodilo na primjenu krivičnih sankcija. Cijelo Božansko pravo, umjesto da dovede do ostvarenja opšteg blagostanja, u takvim prilikama stavljano je u funkciju političke represije. Opšti ciljevi šerijata (*mekasid*) su bili zapostavljeni, kodifikaciji šerijatskih normi nije prethodilo odvajanje objavljenih propisa od njihovog historijskog tumačenja, a primjeni sankcija nije prethodila garancija prava i sloboda.

Drugo, proglašenje šerijata za jedini izvor nacionalnog prava imalo je različite posljedice na identifikovanje izvora suvereniteta i pozicije zakonodavne vlasti i sudstva u ovim zemljama. Pakistan i Iran su pokušali da razviju model države koji u sebi objedinjuje republikanski oblik vladavine, preuzet iz evropske historije, i islamsku ideologiju. Rezultat je bio koncept "islamske republike" (islam i *res publica*). Libija je pokušala integrirati islam u novo razumijevanje

“odumiranja države”. Rezultat je koncept “države širokih narodnih masa” (*džamahirija*). Mauritanija i Sudan pokušali su da republikanski oblik vladavine impregniraju islamskim principima i ustanovama. Pakistan i Iran su proglasili *de jure* Božiji suverenitet, zakonodavnu vlast parlamenta ograničili saglasnošću sa Božijim zakonom, šerijat podigli na nivo iznad pozitivnih propisa. Mauritanija, Sudan i Libija su proglasili suverenitet naroda. U prvom slučaju, šerijat daje legitimitet odlukama zakonodavnih tijela, u drugom slučaju zakonodavna tijela odlučuju o obimu primjene šerijata.

U Pakistanu, Iranu i donekle Mauritaniji postoje posebna tijela za osiguranje saglasnosti pozitivnih zakona sa šerijatom. U Pakistanu je to Federalni šerijatski sud, u Iranu Savjet čuvara a u Mauritaniji Visoki islamski savjet. U svakom slučaju, muslimanskim pravnim stručnjacima data je uloga čuvara dominantne pozicije šerijata, slično ulozi sudija ustavnih ili vrhovnih sudova u zapadnim zemljama koji bdiju nad ustavnošću zakona. U Libiji i Sudanu nije predviđeno posebno tijelo koje bi obavljalo tu funkciju. Samim tim, ta funkcija je u domenu politike a ne struke.

Treće, u svim ovim slučajevima do “islamizacije” pravnog sistema došlo je 1980-tih i 1990-tih godina u okviru globalnog fenomena islamske obnove (*el-sahva el-islamijja*).³¹⁰ U tom gibanju naglašavan je islamski identitet naspram pozapadnjačenja i Božije pravo naspram ljudskog prava. U nekim slučajevima uvodeći šerijat kao jedino pravo zemlje, vladajuće elite su odgovorile zahtjevima islamskih pokreta i masa, u drugim slučajevima su u šerijatu pokušale da nađu zamjenu za izgublenu legitimnost. Dvije decenije nakon početka velikog talasa islamske obnove među utjecajnim protagonistima ovog pokreta može se čuti mišljenje da je dat suviše veliki naglasak pitanju države i dometima prava kao instrumenta društvene promjene te da je u toj oblasti potrebna “promjena paradigme”.³¹¹

³¹⁰ O ovom fenomenu vidi, Ali E. Dessouki (ed.) *Islamic Resurgence ili the Arab World*, New York: Praeger, 1982.

³¹¹ Primjer takvog pristupa može se naći u: Fathi Osman, *Sharia in Contemporary Society: the Dynamics of Change in the Islamic Law*, Los Angeles: Multimedia Vera International, 1994.

3.2. Šerijat kao jedan od izvora pozitivnog prava

Najveći broj savremenih muslimanskih zemalja daje u svojim ustavima šerijatu mjesto jednog od izvora pozitivnog prava. Pravne sisteme takvih zemalja karakteriše heterogenost: pravne norme crpe se iz različitih izvora kao što su lokalno običajno pravo, šerijat i recipirano evropsko (zapadno) pravo. To stanje rezultat je unutrašnjeg pravnog razvoja tih zemalja (interakcija šerijat - kanun - urf) i stranih kulturnih utjecaja, posebno u doba kolonijalne prevlasti. Pravna heterogenost u većini slučajeva praćena je raznolikošću sudskog sistema.

Ustav Arapske Republike Egipat, proglašen 11. septembra 1971. a dopunjen 20. aprila 1980. god., sadrži u članu 2. odredbu da je islam državna vjera, arapski zvanični jezik a principi islamskog šerijata glavni izvor zakonodavstva.³¹² Ova odredba uvedena je u ustav nakon egipatskog poraza u šestodnevnom ratu sa Izraelom 1967. god., kome je slijedilo preispitivanje idejne orijentacije nacije i rast islamskog revivalizma. Islamske grupe u zemlji tumačile su ustavnu odredbu iz člana 2. kao osnovu za izmjenu cjelokupnog zakonodavstva i njegovo usklađivanje sa šerijatom. Vlada je zauzela stav da je šerijat jedino efektivan izvor prava u području ličnog statusa i djelimično građanskog prava, pošto je uključen kao jedan od dopunskih izvora Građanskog zakonika iz 1948.

Više pokušaja kodifikovanja i ostalih grana prava na osnovi šerijata tokom 1980-ih ostalo je bez praktičnih rezultata.³¹³

Šerijatsko pravo u oblasti ličnog statusa muslimana primjenjuju od 1955. nacionalni sudovi opće nadležnosti, a ne posebni šerijatski sudovi. Nemuslimani, ukoliko pripadaju istoj religijskoj skupini, pod jurisdikcijom su svojih konfesionalnih sudova, koji, u okviru javnog poretka, sude po svom kanonskom pravu.³¹⁴

³¹² Mark S. W. Hoyle, "The Egyptian Constitution", *Arab Law Quarterly*, vol. 7 (January 1992 - January 1993).

³¹³ Vidi, Rudolf Peters, "Divine Law or Man-made Law? Egypt and the Application of Sharia", *Arab Law Quarterly*, vol. 3 (January-November 1988), str. 231-253; Fauzi M Najjar, "The Application of Sharia Laws in Egypt", *Middle East Policy*, vol. I (1992), str. 62-73.

³¹⁴ Kihan Balz, "Submitting Faith to Judicial Scrutiny through the Family Trial: the Abu Zayd Case", *Die Welt des Islams*, vol, 37, no. 2 (July 1997), str. 144.

Važeći ustav Sirije, usvojen 13. marta 1973. god., definiše ovu zemlju kao “demokratsku, narodnu, socijalističku i suverenu državu” (član 1). Ideološku osnovu ustava čini socijalističko učenje u interpretaciji Partije arapskog socijalističkog preporoda (*Baas*) i u tom kontekstu treba posmatrati poziciju islama i šerijata. Ustav se temelji, kako je navedeno u njegovoj preambuli, na četiri glavna principa: neophodnosti cjelovite arapske revolucije, arapskom jedinstvu, izgradnji socijalizma uz anticionizam i antiimperijalizam, slobodama i narodnoj demokratiji.

Član 3. proglašava (1) da vjera predsjednika Republike mora biti islam i (2) da je islamska pravna nauka glavni izvor zakonodavstva. Pravo na naslijeđe garantovano je u skladu sa zakonom (Član 17), bez određenja šta je izvor tog zakona. Religijske slobode su garantovane i država respektuje sve religije (član 39). Ove odredbe prevedene su u praksu na taj način da šerijat čini suštinu prava ličnog statusa muslimana, kodifikovanog još 1953, i jedan od izvora Građanskog zakonika iz 1949, izrađenog na temelju egipatskog uzora.

Privremeni ustav Iraka iz 1990. definira ovu zemlju kao narodnu demokratsku republiku čiji je cilj izgradnja jedinstvene arapske države i socijalističkog sistema (član 1). Narod je izvor vlasti i legitimiteta (član 2) a islam je državna religija (član 4). Sloboda vjerovanja i vjerskih obreda je garantovana u skladu sa odredbama ustava i zakona i skladno javnom poretku i moralu (član 25).

Šerijatsko pravo za muslimane relevantno je u oblasti ličnog statusa i u nadležnosti je šerijatskih sudova.³¹⁵ Šerijat je također jedan od izvora Građanskog zakonika iz 1951. izgrađenog pod utjecajem egipatskog pravnika Abdurrezaka Senhurija.³¹⁶

Ustav Kuvajta od 11. novembra 1962, slično Egiptu, u članu 2. proglašava islam za državnu religiju a islamski šerijat za glavni izvor zakonodavstva. Država je obavezna da čuva “islamsku i arap-

³¹⁵ Vidi, S. H. Amin, *The Legal System of Iraq*, Glasgow: Royston Ltd., 1989.

³¹⁶ Vidi, Muhamed Abduldževad Muhamed, “Razvoj zakonodavstva u islamskom svijetu s posebnim osvrtom na posljednji period osmanskog hilafeta”, s arapskog Fikret Karčić, *Islamska misao*, br. 61 (Januar 1984), str. 25.

sku baštinu i doprinosi unapređenju ljudske civilizacije” (član 12). Nasljeđivanje je garantirano kao pravo uređeno šerijatom (član 18). Praktično, primjena šerijata koncentrisana je u oblasti ličnog statusa muslimana i ima izvjestan utjecaj i na neke druge privatano-pravne grane.³¹⁷

Ustav Hašimijske Kraljevine Jordana od 1. januara 1952. proglašava u Članu 2. islam za državnu religiju. Član 103. Ustava daje šerijatskim sudovima isključivu jurisdikciju u sporovima gdje su obje strane muslimani. Stvarna nadležnost šerijatskih sudova, a samim tim i obim primjene šerijatskog prava, obuhvata: stvari personalnog statusa muslimana, stvari koje se tiču krvarine gdje su obje strane muslimani ili gdje jedna strana nije musliman ali su se saglasili da prihvate nadležnost šerijatskog suda (član 104). Personalni status nemuslimana u nadležnosti je njihovih vjerskih zajednica.

Liban nema državnu religiju, već njegov Ustav iz 1990. u članu 9. garantuje građanima slobodu savjesti. Država poštuje sve vjeroispovijesti i osigurava slobodno vršenje svih vrsta obreda pod uslovom da to nije u suprotnosti sa javnim poretkom. Država, također, garantuje da će lični status i vjerski interesi građana bilo koje konfesije biti poštovani. U ovoj viševjerskoj državi, pogođenoj višegodišnjim ratom, zadržano je pravilo pravne autonomije više od petnaest vjerskih zajednica u stvarima ličnog statusa. U tom kontekstu, šerijat predstavlja izvor državnog zakonodavstva u porodičnim, nasljednim i vakufskim stvarima muslimana. Sunnije slijede hanefijski fikh, šiije džafferijsko pravno tumačenje, dok drugi imaju svoju posebnu kodifikaciju.³¹⁸

Ustav Narodne Republike Alžira, usvojen na referendumu 23. februara 1989. god., u svojoj preambuli referira nekoliko puta na islam. Tako se navodi da je islam jedna od temeljnih komponenti alžirskog identiteta i da je Alžir “zemlja islama”. Član 2. ovog ustava

³¹⁷ Kiran B. Jain, “Constitution and the Law in the State of Kuwait: Highlights and Sidelights”, *Islamic and Comparative Law Quarterly*, vol. 6, no. 4 (1986), str. 244-246.

³¹⁸ Vidi, Antions Elias El-Gemayet, *The Libanese Legal System*, Georgetown (UK) International Law Institute, 1994.

navodi: "Islam je državna religija." Sloboda vjerovanja i mišljenja je nepovrediva (član 36). Domen primjene šerijatskog prava je privatnopravna oblast: lični status muslimana i neki aspekti građanskog prava. To je našlo odraz u Građanskom zakoniku od 28. septembra 1975. i Porodičnom zakoniku iz juna 1984. Šerijatsko pravo primjenjuju nacionalni sudovi opšte nadležnosti.

Tuniski ustav iz 1991. u preambuli proglašava volju naroda Tunisa da ostane, između ostalog, vjeran učenju islama. Član 1. ovog ustava proglašava islam za državnu religiju. Sloboda vjerovanja je zagarantovana pod uslovom da ne remeti javni mir (član 5). Vjera predsjednika republike jeste islam (član 38). Pozitivnopravna posljedica ovih odredaba jeste da šerijat čini materijalni izvor zakonodavstva o ličnom statusu i ima izvjestan utjecaj na druge grane privatnog prava.

Ustav Kraljevine Maroka iz 1992. godine u preambuli definira Maroko kao "nezavisnu muslimansku državu". Islam je državna religija a država svim građanima garantuje slobodu vjeroispovijesti (član 6). Kralj, koji nosi tradicionalnu titulu *Emir el-muminin* (zapovjednik pravovjernih), osigurava, između ostalog, poštovanje islama i ustava (član 19). Praktično, šerijat čini suštinu porodičnog prava, kodifikovanog 1957. god., i nekih drugih privatnopravnih grana, kao što je zemljišno pravo.

U Nigeriji, od maja 1994. teče postupak donošenja novog ustava. Juna 1995. Ustavna konferencija usvojila je nacrt o kojem je trebalo diskutovati do 1. oktobra 1995. U odsustvu podataka o ovom nacrtu i tome da li je usvojen kao ustav, analizirat ćemo situaciju prema ustavu iz 1979.

Ustav Federalne Republike Nigerije iz 1979. u odsjeku o sudstvu predviđa formiranje Šerijatskog apelacionog suda za svaku državu koja to zatraži (član 240/1/). Ovi sudovi su nadležni u građanskim stvarima koje uključuju: pitanja braka, razvoda, bračnih odnosa, starateljstva, vakufa, poklona i nasljeđivanja pod uslovom da su obje strane muslimani ili ako nisu muslimani a zatraže primjenu šerijatskog prava (član 242/2/a-e).

Ova pozicija šerijata u Nigeriji rezultat je pravne reforme koju je inicirao 1959. tadašnji predsjednik Ahmed Belo. Ta reforma, u kojoj je učestvovao poznati britanski orijentalist Jerom N. D. Anderson, ograničila je primjenu šerijatskog prava uglavnom na personalna pitanja muslimana i svela šerijat na jedan od izvora nigerijskog prava, uz englesko *Common Law* i običajno pravo.³¹⁹

Prvi Ustav Bangladeša od 4. novembra 1972. god., naveo je u svojoj preambuli kao fundamentalne konstitucionalne principe: nacionalizam, socijalizam, demokratiju i sekularizam. To su, prema piscima Ustava, bili ideali koji su inspirisali narod Bengala da krene u oslobodilačku borbu.³²⁰ Princip sekularizma, prema članu 12, trebalo je realizovati putem eliminisanja komunalizma, zabrane davanja političkog statusa u korist bilo koje religije, zabrane zloupotrebe religije u političke svrhe i zabrane diskriminacije ili progona lica koja praktikuju određenu religiju.

Nakon promjena na unutrašnjopolitičkoj sceni Bangladeša 1977. promijenila se i ustavna pozicija islama. Naredba o proglašenju ustavnih promjena (*Proclamations Ammendment Order*, 1977) uvela je u Ustav uvodnu islamsku parolu "U ime Allaha, Samilosnog, Milostivog" i redefinisala temeljne ustavne principe a samim tim i vrijednosti koje su inspirisale narod Bengala da se bori za nacionalnu nezavisnost. Te vrijednosti sada su: apsolutno oslanjanje i vjera u Uzvišenog Allaha, nacionalizam, demokratija i socijalizam, shvaćen kao ekonomska i društvena pravda.³²¹ Ustavnim amandmanom od 7. juna 1988. god., koji je potpisao predsjednik Eršad, Islam je proglašen za državnu religiju Bangladeša. Ovaj fakt nije utjecao na obim primjene šerijata, koji je ostao ograničen na područje porodičnog prava kodifikovanog u doba dok je Bengal predstavljao Istočni Pakistan (*Familv Laws Ordinance*, 1961). Za primjenu ovih propisa nadležni su nacionalni sudovi.

³¹⁹ Abdul Rahman Doi, *Islam in a Multireligious Society. Nigeria: A Case Study*, Kuala Lumpur: A. S. Noordeen, 1992, str. 211-213.

³²⁰ *The Constitution of Republic of Bangladesh* as modified up to 25 January 1975 (s.n.; s.l.).

³²¹ Abdul Rashid Moten, "Political Dynamics of islamization in Bangladesh", *IRKHS Research and Information Bulletin*, Vol 1, No. 4 (February 1994), str. 3-7.

U slučaju Indonezije, pitanje položaja šerijata u nacionalnom zakonodavstvu pojavilo se još u toku borbe za nezavisnost. Pripremni komitet za indonezijsku nezavisnost donio je 22. juna 1945. dokument poznat kao "Džakartska povelja" (*Piagam Jakarta*,) u kojoj se kaže da će Indonezija biti "republika zasnovana na narodnom suverenitetu, utemeljena na vjeri u Boga s obavezom za sljedbenike islama da slijede islamske zakon".³²² Ovaj dokument, zbog unutrašnjopolitičkih odnosa, nije bio uključen u ustav proglašen 18. augusta 1945. U preambuli tog ustava stajalo je samo "vjerujemo u Svemogućeg i Uzvišenog Boga" i to vjerovanje proglašeno je za jedan od temelja države (član 29/1/). Sloboda ispovijedanja religije je zagarantovana (član 29/2/).

Ovaj ustav ubrzo je stavljen van snage a zatim 1959. ponovo uveden i na snazi je i danas. Predsjednički dekret od 5. jula 1959. kojim je ovaj ustav ponovo uveden sadrži paragraf u kome se kaže da je "Džakartska povelja" inspirisala Ustav i predstavlja kariku u lancu ustavnog razvoja zemlje. Ta promjena otvorila je mogućnost za donošenje određenih zakona koji su uveli šerijatsko pravo za muslimane u vjersko-administrativnim i statusnim pitanjima. Tijela za prikupljanje zekata ustanovljena su 1968. god., šerijatski sudovi uređeni zakonima iz 1970, 1974, i 1989. Godine 1991. predsjedničkom instrukcijom službeno je prihvaćena kodifikacija islamskog prava u stvarima porodičnih, nasljednih i vakufskih odnosa. Time je određena pozicija i forma šerijata u nacionalnom pravnom sistemu.³²³

Ustav Malezije iz 1963. proglašava islam za vjeru Federacije s tim da se i druge religije mogu praktikovati u miru i harmoniji u svim dijelovima zemlje (član 3). Poglavar islamske vjere u zemlji je monarh (Yang Di Pertuan Agong). Države i federacija mogu da ustanovljavaju ili pomažu islamske institucije i instrukcije u islamskoj vjeri (član 12). Za muslimane obavezno važi šerijatsko pravo u pogledu nasljeđivanja, testamenta, braka, razvoda, bračnih darova,

³²² Anwar Harjono, *Indonesia Kita Pemikiran Berwawasan Iman-Islam* (Indonezijska misao utemeljena na imanu i islamu) Jakarta: Gema Insani Press, 1995, str. 92.

³²³ Vidi, Amrullah Ahmad, *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional* (Islamska dimenzija nacionalnog pravnog sistema), Jakarta: Gema Insani Press, 1996.

izdržavanja, usvojenja, pozakonjenja, starateljstva, poklona, zaklada i njihove administracije, organizacije i postupka šerijatskih sudova, zekata, sadakatul-fitra i bejtul-mala. Ove stvari su u nadležnosti država uključenih u Malezijsku federaciju i one zakonski uređuju ovu oblast. Ostale pravne grane su pod jurisdikcijom civilnog prava izvedenog iz *Common Law* sistema i malezijske prakse. Šerijatsko pravo, u obimu u kome se primjenjuje u Maleziji, kodifikovano je putem državnog zakonodavstva i primjenjuje se putem državnih šerijatskih sudova.³²⁴

U Državi Brunej Daruselam islam, također, ima status državne religije. Sultan Bruneja je poglavar islamske vjere. U toj funkciji njemu pomaže Vjerski islamski savjet (*Majlis Ugama Islam*) kao najviše sultanovo savjetodavno vjersko tijelo i autoritet u tumačenju i primjeni šerijatskih propisa. Šerijatsko pravo važi za muslimane u oblasti ličnog statusa, naslijeđa, podjele izvjesnih vrsta imovine kojima se upravlja prema običajima, poklona, vakufa i slično. Nadležnost, organizacija i postupak Vjerskog islamskog savjeta i šerijatskih (kadijskih) sudova regulisana je putem odgovarajućeg zakona od 1. februara 1956.³²⁵

3.3. Ukidanje šerijata kao izvora pozitivnog prava

Do potpunog uklanjanja šerijata iz pozitivnopravne sfere došlo je u relativno malom broju muslimanskih zemalja. To su bile zemlje koje su prihvatile projekt modernizacije po uzoru na zapadne zemlje, gdje je sekularizam predstavljao njegovu sastavnu komponentu.³²⁶ Prva muslimanska zemlja koja se opredijelila za ovu politiku bila je Turska. Nju je slijedila Albanija a zatim muslimanske republike Centralne Azije uključene u državno-pravni okvir nekadašnjeg Sovjetskog Saveza. Danas i nakon protoka više od pola stoljeća od usvajanja

³²⁴ Vidi: Tan Sri Datuk Ahmad Ibrahim, *Islamic Law in Malaya*, Kuala Lumpur: Malaysian Sociological Research Institute, 1975, str. 444.

³²⁵ Government of Brunei, *The Laws of Brunei Darussalam*, London, 1984, str. 13-103.

³²⁶ O različitim razumijevanjima modernizacije vidi, Louay M. Safi, *The Challenge of Modernity: the Quest for Authenticity in the Arab World*, Lanham-New York-London: University Press of America, 1994, str. 12 i dalje.

ovog modela, i pored bitnih promjena u političkom karakteru ovih država ili odnosu društva prema vjeri, u njima nije došlo do promjene u statusu šerijata u nacionalnom pravnom sistemu.

U Turskoj su u martu i aprilu 1924. donijeta tri zakona koja su dokinula šerijat i s njim povezane institucije. Zakon broj 431. od 3. marta 1924. dokinuo je hilafet, najvišu islamsku vjersko-političku instituciju. Zakon broj 429. izdat istog dana ukinuo je kancelariju šejhul-islama, kao najvišeg autoriteta za tumačenje šerijatskih propisa, dok je zakon broj 469. od 8. aprila 1924. dokinuo šerijatske sudove.³²⁷ Mjesto šerijata popunile su recipirane evropske kodifikacije (švicarski Građanski zakonik, italijanski Krivični zakonik, njemački Zakonik o krivičnom postupku itd.).³²⁸

Princip sekularizma (*laiklik*) prihvaćen je kao jedno od temeljnih načela Republike i kao takav unijet u sve ustave Turske. Međutim, poznato je da postoje različita razumijevanja ovog principa i s tim u vezi različita pozicija vjere u državama koje su ga prihvatile kao temelj uređenja odnosa između vjerskih i političkih vlasti. U nekim zemljama princip sekularizma daje vjeri nezavisnost od državne vlasti i slobodu djelovanja, u drugim marginalizira vjeru i podvrgava je državnoj vlasti. Od samog usvojenja principa sekularizma u Turskoj, vlast se nije odvojila od islama, već je nastavila da uređuje i kontrolira njegovo iskazivanje.³²⁹ U institucionalnom pogledu, naprimjer, islamskim poslovima u Turskoj od uspostavljanja Republike rukovodi jedno državno tijelo, koje se danas zove Predsjedništvo vjerskih poslova (*Diyanet işleri başkanlığı*) dok nemuslimanskim zajednicama rukovode njihovi poglavari. Izgleda da je islam suviše moćan društveni faktor u muslimanskim zemljama, da bi mu bila data autonomija.

Važeći ustav Republike Turske iz 1982. u članu 2. definiše ovu zemlju kao demokratsku, sekularnu i socijalnu državu u kojoj vlada

³²⁷ Binaz Toprak, *Islam and Political Development in Turkey*, Leiden: E. J. Brill, 1981, str. 46-48.

³²⁸ Više o tome, K. Lipstein, "The Reception of Western Law in Turkey", *Annales de la Faculte de droit d Istanbul*, no. 6/ 1956, str. 11-26.

³²⁹ O turskom modelu sekularne države vidi, Muhammad Rashid Feroze, *Islam and Secularism in Post-Kemalist Turkey*, Islamabad: The Islamic Research Institute, 1976, str. 189.

zakon, koncepti javnog mira, nacionalne solidarnosti, ljudskih prava i lojalnost Ataturkovom nacionalizmu. Ove karakteristike Republike, uključujući sekularizam, ne mogu biti mijenjane niti se u tom smislu mogu podnositi amandmani (član 4). Član 24. garantuje slobodu savjesti i vjeroispovijesti. Obredi, vjerske službe i ceremonije mogu se vršiti slobodno pod uslovom da ne krše odredbe člana 14. Ustava. (Član 14. zabranjuje zloupotrebu osnovnih prava i sloboda i prijeti zakonskim sankcijama onima koji bi pokušali, između ostalog, da uspostave sistem vlasti utemeljen na konceptima i idejama religije ili sekte.) Član 24. dalje navodi da nikome nije dozvoljeno da koristi ili zloupotrebljava vjeru ili vjerska osjećanja ili stvari koje religija smatra svetim, na bilo koji način, u cilju ličnog ili političkog utjecaja, ili za čak djelimično utemeljenje društvenog, ekonomskog, političkog ili pravnog sistema države na vjerskim osnovama.

Funkcija svih ovih odredaba jeste da osiguraju ustavnu zaštitu sekularizmu kao ideologiji i sekularanoj državi kao modelu uređenja odnosa vjerskog i političkog autoriteta, onako kako su ih shvatile vladajuće elite, bez obzira na moguće promjene u turskom društvu. Isključenje šerijata iz javne sfere jeste jedan od principa Republike a svaki pokušaj promjene takvog stanja jeste protivustavan. Identične odredbe o odnosu vjere, države i prava mogu se naći i u Ustavu Turske Republike Sjeverni Kipar, proglašene 1983. na ovom podijeljenom otoku.³³⁰

Albanija je u svom prvom ustavu od 2. oktobra 1921. proglasila da će lični status i porodično pravo muslimana regulisati u skladu sa muslimanskim običajima.³³¹

Već 1. aprila 1928. Albanija donosi novi Građanski zakonik i, po uzoru na Tursku, ukida važenje šerijatskog prava za muslimane i odgovarajućih vjerskih prava za nemuslimane. Takvo stanje zadržano je i danas.

Važeći ustav Albanije, proglašen kao Zakon o glavnim ustavnim odredbama 11. maja 1991. god., definiše ovu zemlju kao pravnu i

³³⁰ *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası* (s.n.; s.l.).

³³¹ Vidi, G. H. Bousquet, "Note sur les reformes de l' Islam Albanais", *Revue des Etudes Islamique*, vol. IX (1936), str. 399-410.

demokratsku državu (član 2/1/). Član 7. proglašava Albaniju za svjetovnu državu u kojoj vlast poštuje slobodu vjere i stvara uvjete za njeno praktikovanje.

U muslimanskim zemljama koje su ušle u sastav nekadašnjeg Sovjetskog Saveza pravni sistem je sekularizovan u periodu 1922-1928. Šerijatsko pravo je izgubilo pozitivnopravni karakter a šerijatski sudovi su dokinuti.³³² Pozicija islama regulisana je prema sovjetskom modelu uređivanja odnosa vjere i države, uz dodatni animozitet pošto se radilo o “neslavenskoj” religiji.

Nakon raspada Sovjetskog Saveza na međunarodnoj sceni se pojavilo šest samostalnih država sa muslimanskom većinom (Azerbejdžan, Uzbekistan, Kazahstan, Kirgizistan, Turkmenistan i Tadžikistan). U svim ovim zemljama, osim Tadžikistana, gdje ne postoji jedinstvena vlast, usvojeni su novi ustavi. Ti ustavni tekstovi nisu nam dostupni, ali izvještaji, kao što je onaj State Departmenta o vjerskim slobodama, govore da ni u jednoj ovoj zemlji nije usvojen koncept državne religije i da šerijat nema uticaj na pozitivno pravo.³³³ Muslimanske zemlje u kojima je islam sveden na religiju sa iskazivanjem u privatnoj sferi predstavljaju izazov za muslimanske učenjake da teorijski elaboriraju tu situaciju i predlože model u kome je muslimanima moguće slijediti islamske naloge pojedinačno i kolektivno i iznaći supstitute za državno-pravne ustanove.

IV. Šerijatsko pravo i muslimanske manjine

Iako se ovaj rad bavi pozicijom šerijata u ustavima muslimanskih zemalja, korisno je na ovom mjestu osvrnuti se na njegovu relevantnost i za muslimanske manjine. To pitanje je važno iz više razloga. Prvo, oko trećina muslimana na svijetu (preko 300 miliona) živi u statusu manjine, te je važno znati na koji način ovaj ogroman broj

³³² Vidi, Gregorv J. Massel, “Traditional Structures as Obstacles to Revolutionary Change: the Case of Soviet Central Asia”, u *Politics and Society*, ed. by Eric A. Nordlinger, Prentice Hall, 1970, str. 276 i dalje.

³³³ US State Department, US Policies in Support of Religious Freedom: Focus on Christians, July 22 1997, www.state.gov/www/global/liuman_righ ts/970722-relig-rpt-christian.html.

sljedbenika islama uređuje svoje pravne odnose.³³⁴ Drugo, šerijat je kroz historiju igrao veoma važnu ulogu za egzistenciju muslimanskih manjina. Ustvari, jedan od uslova koji su klasični muslimanski pravници postavljali za ostanak muslimana pod nemuslimanskom vlasti bila je mogućnost da u svojim personalnim pitanjima slijede šerijatsko pravo.³³⁵ Taj zahtjev često se mogao naći u međunarodnim ugovorima povodom prestanka muslimanske vlasti u pojedinim zemljama. Treće, tokom 20. stoljeća došlo je do masovnih migracija muslimana u nemuslimanske zemlje i do ujednačavanja statusnog prava u većini savremenih država. To je bacilo novo svjetlo na pitanje odnosa muslimanskih manjina i šerijatskog prava, koje se danas pokušava riješiti izvan matrice klasične pravne nauke.

Među muslimanskim manjinama u savremenom svijetu mogu se uočiti dvije situacije s obzirom na njihov odnos prema šerijatu. U jednoj grupi zemalja, muslimanima se putem međunarodnih akata, ustava ili zakona garantuje primjena šerijatskog prava u stvarima ličnog statusa. U drugoj grupi zemalja, muslimani su podvrgnuti unificiranom nacionalnom pravu sa izvjesnim mogućnostima da inkorporiraju pojedine šerijatske ustanove u nacionalni pravni sistem ili da slijede šerijat kao vlastiti etički kodeks.

4.1. Šerijat kao posebno pravo muslimanskih manjina

U određenom broju, mahom azijskih i afričkih zemalja, muslimanskim manjinama je dato pravo da slijede šerijat u statusnim pitanjima. U tim zemljama za muslimane su nadležni ili posebni šerijatski sudovi ili sudovi opće nadležnosti ali se u svakom slučaju šerijat smatra za partikularno pravo muslimana integrisano u nacionalni pravni sistem. Ovaj model bit će raspravljan na primjeru nekoliko zemalja.

³³⁴ Bogate informacije o tome mogu se naći u časopisu Instituta za muslimanske manjine u Londonu (*Journal of the Institute of Muslim Minority Affairs-JIMMA*), na koji se također referira u ovom članku.

³³⁵ Vidi: Khaled Abou El-Fadl, "Islamic Law and Muslim Minorities: the Juristic Discourse on Muslim Minorities from the Second/ Eight to the Eleventh/ Seventeenth Centuries", *Islamic Law and Society*, vol. i, 1994, str. 141-181.

U Indiji se procjenjuje da živi između 81 i 96 miliona muslimana, što je najveća koncentracija sljedbenika islama izvan većinskih muslimanskih zemalja.³³⁶ Indijski ustav od 26. novembra 1949. definiše Indiju kao sekularnu državu. Ovaj ustav garantuje dvije vrste prava muslimanima - pojedinačna i kolektivna. Kao pojedinci, muslimani, jednako kao i drugi građani Indije, imaju pravo da ispovijedaju, praktikuju i propagiraju svoju vjeru (član 25). Kao kolektiv, muslimani imaju pravo da upravljaju svojim vlastitim poslovima u stvarima religije (član 26/b/), pravo da očuvaju vlastitu kulturu, jezik i pismo (član 29/a/) i da uspostavljaju i upravljaju obrazovnim ustanovama po svom izboru (član 30/a/).³³⁷ Pravo muslimana da slijede šerijat u personalnim pitanjima proističe iz člana 26. Ustava koji govori o njima kao "vjerskoj denominaciji". Šerijatsko pravo, modifikovano tokom dugogodišnje prakse britanskih sudova, primjenjuju nacionalni sudovi opšte nadležnosti a njegova primjena za muslimane je opciona.

U Singapuru muslimani čine oko 15% stanovništva. U ovoj viševjerskoj zemlji ne postoji ustanovljena religija. Ustav Singapura od 16. septembra 1963. proklamuje pravo svakog lica da ispovijeda i praktikuje svoju religiju i da je propagira. Svaka vjerska grupa ima pravo da upravlja svojim vjerskim poslovima, uspostavlja i održava ustanove za vjerske i humanitarne svrhe da stiče, posjeduje imovinu i upravlja njom u skladu sa zakonom. Vjerske slobode su ograničene javnim poretkom, zdravljem i moralom (član 15). Singapurski parlament je 1966. donio Zakon o administraciji muslimanskog prava kojim je uredio pitanje važenja šerijata, organizacije i nadležnosti šerijatskih sudova, registrature muslimanskih brakova i Muslimanskog vjerskog savjeta.³³⁸

Muslimani predstavljaju 5% stanovništva na Filipinima. Ustav Republike Filipini od 15. oktobra 1987. u članu 3. (*Bill of Rights*),

³³⁶ Ausaf Ahmed, *Indian Muslim Issues in Social and Economic Development*, New Delhi: Khama Publishers, 1992, str. 7.

³³⁷ Tahir Mahmood, "Muslim Identity and the Constitution of India", *Islamic and Comparative Law Quarterly*, vol. 6, no. 2-3 (1986), str. 102-111.

³³⁸ Vidi, Helen M. Chan, *The Legal System of Singapore*, Kuala Lumpur: Butterworths Asia Publications, 1995, str. 194.

slijedeći američki uzor, propisuje da nikakav zakon neće biti donijet u pogledu proglašenja službene religije ili zabrane njenog slobodnog ispoljavanja. Sloboda religije je garantovana i nikakav religijski test ne traži se za vršenje građanskih ili političkih prava. Odjeljak 11. člana 15. Ustava navodi da će država uvažavati običaje, tradiciju, vjerovanja i interese nacionalnih kulturnih zajednica u formulisanju i primjeni državne politike.

Prije ove ustavne odredbe, ugovor između filipinske vlade i Moro nacionalnog oslobodilačkog fronta (MNLF), koji se bori za samostalnost muslimanskog juga, iz 1976. predviđao je osnivanje šerijatskih sudova za muslimane. Zahtjevi muslimana, s jedne strane, i mogućnosti ostavljene Ustavom, s druge strane, doveli su do proglašenja šerijata za personalno pravo filipinskih muslimana. Time je šerijat dobio status “zemaljskog prava” na Filipinima, kodifikovan je putem predsjedničkog dekreta broj 1083 od 4. februara 1977. i dat u nadležnost državnih šerijatskih sudova.³³⁹

U Izraelu živi oko 700 000 muslimana.³⁴⁰ Izrael nema jedinstven kodifikovan ustav već nekoliko osnovnih zakona. Deklaracija o nezavisnosti definisala je Izrael kao “jevrejsku i demokratsku državu”. Pravno ne postoji ustanovljena religija, već sistem priznatih vjerskih zajednica. Muslimani imaju pravo da uređuju svoje statusne, porodične, nasljedne i vakufske odnose po šerijatskom pravu.³⁴¹ Šerijatski sudovi sa pratećim zakonodavstvom, kasnije djelimično izmijenjenim, preuzeti su iz britanskog nasljedjenog upravljanja Palestinom. Šerijatski sudovi su integrisani u sudski sistem Izraela. Kadije ime-
nuje predsjednik države, oni se zaklinju da će biti lojalni izraelskoj državi i da će izricati pravdu u skladu sa njenim zakonima.³⁴²

³³⁹ Mangontawar M. Cubat, “The Shariah Judicial System in the Philippines”, *Mindanao Law Journal*, vol. 4, no. 2 (April 1992), str. 67 i dalje.

³⁴⁰ “Israel”, *Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, ed. John L. Esposito, Oxford University Press, 1995, vol. 2, str. 342.

³⁴¹ Više o tome, R. H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel. A History of Survival of Tanzimat and Sharia in the British Mandate and the Jewish State*, Leiden: E J. Brill, 1978.

³⁴² Aharon Layish, *Women and Islamic Law in A-Non Muslim State: A Study Based on Decisions of the Sharia Courts in Israel*, Jerusalem: John Willey and Sons and Israel University Press, 1975, str. 1-4.

U Južnoafričkoj Republici muslimani čine 1.1% od ukupno 41 milion stanovnika. Nakon ukidanja vanrednog stanja 1990. god., i političke rekonstrukcije zemlje, 26. aprila 1994. donijet je Privremeni ustav. Ovaj ustav zamijenjen je 11. oktobra 1996. stalnim ustavom.³⁴³ *Bill of Rights* uključen u ustavni tekst sadrži garanciju slobode savjesti i zabranu diskriminacije, između ostalog, i na osnovu religije. Član 14. (3) priznaje pravo pojedinca da slijedi svoj vlastiti sistem vjervanja i praksu koja iz toga proističe. Također priznaje vjersko personalno i porodično pravo i brakove sklopljene po tom pravu. U toku je izrada kodifikacije muslimanskog personalnog prava i ona izaziva diskusije unutar južnoafričke muslimanske zajednice.³⁴⁴

Nakon sticanja nezavisnosti 1963. Kenija je rekonstruisala pravni sistem u pravcu njegove veće jednoobraznosti. Vlada je, međutim, priznala primjenu islamskog prava za statusna pitanja muslimana i uredila šerijatsko sudstvo putem Zakona o kadijskim sudovima iz 1967. Projekt izrade jedinstvenog porodičnog i nasljednog zakonika 1980-tih kenijska muslimanska zajednica ocijenila je kao krnjenje pravne autonomije.³⁴⁵

I na kraju, Grčka je jedina balkanska zemlja u kojoj su još na snazi odredbe međunarodnih ugovora sklopljenih nakon Prvog svjetskog rata o posebnim pravima muslimanskog stanovništva. Ta prava uključuju i pravo da se slijedi šerijat u statusnim, porodičnim i vakufskim stvarima. Ostale balkanske zemlje (Albanija, Bugarska, Jugoslavija i Rumunija) jednostrano su obustavile primjenu tih međunarodnih obaveza najkasnije nakon završetka Drugog svjetskog rata.

Na osnovu konvencije iz Lozane (Lausanne) od 24. jula 1923. god., putem koje su regulisani tursko-grčki odnosi nakon Prvog svjetskog rata, za porodične i nasljedne stvari muslimana pod grčkom jurisdikcijom nadležni su muftije. Njihove odluke izvršavaju

³⁴³ Prema tekstu objavljenom u *Europa World Book* 1997, 28 ed., UK: Europa Publications, 2990 i dalje; <http://www.polity.org.za/govdocs/legislation/1993/constit.3.html>

³⁴⁴ Najma Moosa, "Sharia in South Africa", *Alternate Law Journal*, vol. 20 (April 1995), str. 79-86.

³⁴⁵ Beverly B. Brown, "Islamic Law, Qadhis Courts and Muslim Womens Legal Status: The Case of Kenya", *JIMMA*, vol. 14:1 - 2 (January - July 1994), str. 94 -101.

grčki državni sudovi. Osim sudske nadležnosti, muftije vrše nadzor nad vakufima i muslimanskim vjerskim školama.³⁴⁶

4.2. Šerijat kao nacionalno pravo i vjersko-etički kodeks

U zemljama zapadnog svijeta danas se nalaze brojne muslimanske skupine. Procjenjuje se, naprimjer, da samo u zemljama Evropske unije danas živi oko 6,778.000 lica “sa muslimanskom kulturnom osnovom”.³⁴⁷ Ti muslimani nisu više dio ummeta ostao iza “neprijateljskih linija” nakon što se neki muslimanski sultanat morao povući i koje je bivši suveren još jedino mogao zaštititi putem međunarodnog ugovora u okviru ustanove zaštite manjina. U današnje zapadne zemlje muslimani su došli iz “svijeta islama”, svojom voljom, da na novim podnebljima potraže bolji život i vrlo često više slobode. Ovi muslimanski useljenici predstavljaju danas “novo prisustvo islama” u Evropi i zapadnom svijetu uopće.³⁴⁸ Dolazeći u zapadne zemlje, muslimanski rezidenti i useljenici došli su u kontakt s novim razumijevanjem društvene uloge religije i modalitetima uređenja odnosa vjerskog i političkog autoriteta.

S obzirom na to da muslimani u zapadnim zemljama mogu biti rezidenti ili naturalizirani građani, razlikuje se i pravna relevantnost (*kadaan*) šerijata za njih. U svakom slučaju, vjerska relevantnost (*dijanatan*) je nepromjenljiva: šerijat je normativni aspekt islama i svako neizvršavanje njegovih naredaba i kršenje njegovih zabrana jeste grijeh.

U slučaju muslimanskih rezidenata u zapadnim zemljama, šerijat, u obimu u kome je priznat kao izvor njihovog nacionalnog prava,

³⁴⁶ Vidi, Vannis Frangopoulos, “Les Grecs Musulmans: A propos d'une Minorité Religieuse dans les Balkans”, *Balkan Studies*, vol. 34 (1993), str. 112-113.

³⁴⁷ W. A. R. Shadid and P. S. Koningsveld, *Religious Freedom and the Position of Islam in Western Europe*, Netherland: Kok Pharos Publishing House, 1995, str. 229.

³⁴⁸ Vidi, Jorgen Nielsen, *Muslims in Western Europe*, Edinburgh: Edinburg University Press, 1992, str. 186; *Muslim Communities in New Europe*, ed. by Gerd Nonneman et al., Reading: Ithaca Press, 1996, str. 346; *Islam in Europe: The Politics of Religion and Community*, ed. by Steven Vertovec and Ceri Peach, London: Macmillan Press Ltd., 1997, str. 283.

ostaje i dalje pravno relevantan. Prilikom rasprave pravnih poslova ili stanja ustanovljenih u zemljama porijekla muslimanskih rezidenata, sudovi zapadnih zemalja dolaze u situaciju da se obrate na šerijatske propise u svojim odlukama i daju im pravnu valjanost na području svoje jurisdikcije. U tom slučaju zapadni sudovi referiraju na šerijat kao dio nacionalnog prava muslimanskih rezidenata. To je izraz priznatog principa međunarodnog privatnog prava da pojedinac slijedi svoje originalno porodično pravo i kada pređe granicu svoje domovine. Međutim, evropski sudovi većinom neće preuzeti niti izvršiti propise za koje ocijene da su suprotni javnom poretku ili moralu. Kao primjer ovakve pravne relevantnosti šerijata može se uzeti englesko sudstvo, koje danas sve više uzima u obzir etničke elemente uključene u sporove koji se raspravljaju. Takva su pitanja uslova i forme sklapanja braka, bračnog dara, forme razvoda braka, izdržavanja, naslijeđa i sl.³⁴⁹ Francuska, također, priznaje pravne posljedice muslimanskih poligamnih brakova sklopljenih u inozemstvu.³⁵⁰

Stručnjaci, međutim, smatraju da je uvažavanje šerijata kao dijela nacionalnog prava muslimanskih rezidenata u zapadnim zemljama privremeni fenomen. Najveći dio rezidenata, u krajnjoj liniji, želi naturalizaciju a zapadni/evropski pravni sistemi suštinski su protiv heterogenosti pravnih normi, posebno koristeći ustanovu "javnog poretka". Osim toga i sami muslimani u zapadnim zemljama ne smatraju prioriternim primjenu šerijatskog prava u statusnim pitanjima. Francuski *Le Mond* je 13. oktobra 1994. u specijalnom broju o islamu u Francuskoj objavio podatke po kojima 78% ispitanih muslimana u ovoj zemlji odbija specijalni zakon o ličnom statusu i pristaje na jednoobrazno porodično pravo. Samo 17% ispitanika izjasnilo se "za".³⁵¹

Od svih muslimanskih zajednica na Zapadu jedino su muslimani Velike Britanije podnijeli 1975. peticiju Parlamentu tražeći uvođenje islamskog personalnog prava u nacionalni pravni sistem. Ovaj korak

³⁴⁹ David Pearl, *The Application of Islamic Law hi the English Courts*, 1995 Noel Coulson Memorial Lecture, <http://www.temple.lidemon.co.uk/Coulson-Pearl>, html.

³⁵⁰ W. A. R. Shadid, *op. cit.*, str. 69.

³⁵¹ *Ibid*,71.

bio je potaknut problemom identifikacije kriterija za primjenu pravila međunarodnog privatnog prava koliko i vjerske motiviranosti peticionara.³⁵² Uz to, u toku rasprave o rekonstrukciji Ustava Kanade 1992. godine dva kanadska autora predložila su uvođenje mogućnosti za muslimane da slijede svoje personalno pravo. Taj prijedlog opravdavan je proklamovanim principom multikulturalnosti kanadskog društva kao i činjenicom da kanadsko pravo priznaje brojne poslove ukoliko su sklopljeni na osnovu obostrane saglasnosti odraslih lica. Argument je bio: zašto se to ne bi priznalo i u pogledu saglasnosti punoljetnih osoba da se dobrovoljno podvrgnu šerijatskom statusnom pravu.³⁵³ Nikakve praktične promjene nisu se, međutim, desile u promjeni statusa šerijata u ovim zemljama.

U međuvremenu, u anglosaksonskim pravnim sistemima imigracionih zemalja moguće je neke šerijatske ustanove inkorporirati u važeća prava. Anglosaksonsko pravo poznaje ustanovu "uključivanje s referencom" (incorporation by reference), putem koje jedan musliman može u pravni akt sklopljen po anglosaksonskom pravu uključiti nalog koji sadržava šerijatsku odredbu. Naprimjer, sastavljajući testament australski građanin islamske vjere može u svoju izjavu posljednje volje uključiti Kur'an i Sunnet kao referencu za podjelu imovine među nasljednicima. Sud će takav nalog izvršiti ne kao personalno pravo muslimana nego kao volju pojedinca. Slično je moguće uraditi i u postupku arbitraže.³⁵⁴ Ovi postupci, međutim, više liče na pravne doskočice (*hiyal*) koje omogućavaju parcijalnu primjenu šerijatskih ustanova sa mogućnosti gubljenja iz vida cjeline pravnog sistema i njegovih ciljeva.

Opšta pozicija šerijata za naturalizovane građane zapadnih zemalja sa "muslimanskom kulturnom osnovom" jeste njegovo pomjeranje iz državno-pravne u vjersko-etičku sferu. Islam se iskazuje u

³⁵² Jorgen S. Nielsen, *op. cit.*, str. 108-109.

³⁵³ Syed Mumtaz Ali and Enab Whitehouse, "The Reconstruction of the Constitution and the Case for Muslim Personal Law in Canada", *JIMMA*, vol. XIII, no. 1 (Januarv 1992), str. 166-170.

³⁵⁴ Pervaiz Ahmad Buttar, "Muslim Personal Law in Western Countries: the Case of Australia", *JIMMA*, vol. 6, no. 2 (July 1985), str. 276-278.

sferi koja je u tim društvima ostavljena religiji. Ta promjena društvene pozicije islama dovela je do pomjeranja prioriteta u svijesti muslimana sa prava na izvršavanje temeljnih islamskih dužnosti. Te dužnosti, između ostalog, uključuju obrede (*ibadat*), pravila o ishrani, pristojnom oblačenju, obrezivanju, muslimanskim praznicima, vjerskom obrazovanju djece i omladine, pokopu i sl.³⁵⁵ Za ove muslimane šerijat postaje vjersko-etički kodeks, a vjerska i moralna sankcija zamjenjuje pravnu. Takva promjena statusa šerijata nužno mora biti slijedeća adekvatnom institucionalnom podrškom. U literaturi se spominje da bi moguće ustanove za primjenu šerijata kao vjersko-etičkog kodeksa mogli biti neslužbeni "islamski sudovi" osnovani pod okriljem muslimanskih opština (*džemata*) u zapadnim zemljama. Ti "sudovi" imali bi savjetodavnu i arbitražnu funkciju. Njima bi se muslimani dobrovoljno obraćali a njihove odluke dobrovoljno izvršavali podvrgavajući se vjerskom i moralnom autoritetu na kojima su zasnovane a ne državnoj sankciji. Slične ustanove postoje u jevrejstvu u obliku "rabinskih" sudova u Zapadnoj Evropi. Ti sudovi su nastali kao mogući odgovor na potrebu odanosti Božijem zakonu, s jedne, i realnosti života u dijaspori, s druge strane.

V. Zaključak

U ovom radu ustanovljeno je da šerijat ima znatan utjecaj na pravni sistem u zemljama gdje muslimani čine većinu stanovništva kao i na veliki broj manjinskih muslimanskih zajednica.

U većinskim muslimanskim zemljama identifikovali smo tri modaliteta uređenja odnosa šerijata i nacionalnog zakonodavstva. Prvi modalitet, koji je najzastupljeniji, daje šerijatu status jednog od izvora nacionalnog prava. Praktična posljedica te pozicije jeste važnje šerijatskog prava u oblasti ličnog statusa muslimana (*el-ahval eš-šahsijje*), odnosno ličnog, porodičnog, nasljednog i vakufskog prava. U manjem broju zemalja važenje šerijata proteže se i na ostale pravne grane i oblasti. Jednako mali broj muslimanskih zemalja izvršio je

³⁵⁵ W. A. R. Shadid, *op. cit.*, str. 60-71.

potpunu sekularizaciju pravnog sistema u okviru prozapadnog projekta modernizacije.

U slučaju muslimanskih manjina identifikovana su dva modaliteta uređenja odnosa šerijata i važećeg pravnog sistema. U prvom slučaju šerijatu je dat značaj partikularnog prava muslimana u oblasti ličnog statusa, pozicija koja je slična najzastupljenijem modalitetu u većini muslimanskih zemalja. Ovaj fenomen je veoma značajan pošto potvrđuje mogućnost djelimične primjene islamskog prava unutar neislamskih državno-pravnih sistema. U drugom slučaju šerijat nema direktni pravni značaj za muslimanske manjine već se transformiše u njihov vjersko-etički kodeks. Ova situacija slična je muslimanskim zemljama koje su sekularizovale svoje pravo. Međutim, te zemlje uglavnom nisu neutralne u svom odnosu prema islamu i njegovom pravu, pošto ga uvijek smatraju potencijalnim oponentom na planu političke i pravne organizacije društva.

Istraživanje pozicije šerijata u ustavima savremenih muslimanskih zemalja i pravnim sistemima zemalja u kojim žive muslimanske manjine pokazuje nesmanjeni utjecaj islama na pravno područje. Ta činjenica daje šerijatu mjesto među najraširenijim pravnim sistemima savremenog doba i premješta njegovo izučavanje iz oblasti historije prava u područje savremenog uporednog prava. Trend sekularizacije pravnih sistema muslimanskih zemalja definitivno je zaustavljen 1970-tih i od tada do naših dana teče proces reislamizacije. Samim tim, za budući razvoj muslimanskog svijeta i njegovih odnosa sa "drugima" bitno pitanje će biti kojim putem će ići razvoj šerijatske pravne nauke. Da li će taj razvoj naglasiti samodovoljnost, isključivost i krutost ili otvorenost prema drugim pravnim tradicijama, integraciju i fleksibilnost?

Izvor: *Šerijatsko pravo u savremenim društvima*, priredili Fikret Karčić i Enes Karić (Sarajevo: Pravni centar Fond otvoreno društvo, 1998), str. 9-38.

OD PRAVA DO ETIKE: PROCES MODERNIZACIJE I REINTERPRETACIJA ŠERIJATA U BIH*

Ovaj rad ima za cilj da pruži kratak prikaz tumačenja islamskog normativnog sistema (šerijat) u modernoj BiH, identifikuje glavne metode reinterpretacije šerijatskih propisa i ukaže na relevantnost tog naslijeđa za muslimane Zapadne Evrope. Pokazano je kako je među šerijatskim pravnicima u BiH u moderno doba postepeno napušten mentalitet slijepog slijede-nja pravnih škola (taklid) i izvršen zaokret prema nezavisnom tumačenju izvora (idžtihad). Jedan od glavnih predstavnika ove orijentacije u BiH u drugoj polovini 20. vijeka bio je Husein-efendija Đozo. Prema mišljenju autora, bosansko iskustvo u primjeni i tumačenju šerijata relevantno je za muslimane u Zapadnoj Evropi zbog posjedovanja dva različita elementa: iskustva života muslimanske zajednice u sekularnoj državi, gdje se šerijat od pravnog transformiše u religijsko-etički normativni sistem, i intelektualnog naslijeđa reinterpretacije šerijata. Zbog različitih razloga, ovo iskustvo nije dovoljno poznato među muslimanskim zajednicama Zapadne Evrope.

Ključne riječi: Bosanski muslimani, reinterpretacija šerijata, sekularna država, Husein-efendija Đozo, zapadnoevropski muslimani

Ovaj tekst bavi se pitanjem naslijeđa tumačenja šerijata u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) u moderno doba i značajem tog iskustva za muslimane u u Zapadnoj Evropi.

1. Tumačenje šerijata u modernoj BiH: glavne odlike i metodi

Moderna historija BiH počela je sa osmanskim reformama poznatim kao *Tanzimat* (1839-1876).³⁵⁶ Ove reforme bosanski muslimani (Bošnjaci) dočekali sa žestokim otporom smatrajući ih protivnim ustanovljenom islamskom poretku. Tek nakon 1850. ove reforme su postepeno uvedene, kombinacijom upotrebe sile (u vrijeme Osman-paše Latasa) i korištenja islamskog učenja kao legitimizacije promjene (misija Ahmed Dževdet-paše).

Austrougarska okupacija BiH 1878. označila je početak druge faze modernizacije ove zemlje. U ovom slučaju projekt modernizacije opravdavan je pozivajući se na evropsko historijsko iskustvo. Radikalne promjene uvedene su u sistem državne uprave, prava, ekonomije, društvene strukture, komunikacija, urbanog razvoja i načina života stanovništva BiH.

Početna reakcija bosanske *uleme* i muslimanskih masa bila je odbijanje promjene, što je postepeno ustupalo mjesto selektivnom prihvatanju. Odbacivanje novina bilo je uopšte manifestacija mentaliteta *taklida*, odnosno "slijepog slijedenja", koji je u to doba prevladavao u BiH. Teorijsko opravdanje promjena koje je postepeno nalazilo svoje mjesto u bosanskim muslimanskim učenim krugovima pružila je doktrina islamskog reformizma (*el-islam ve et-tedždid*), čije su se ideje proširile u BiH tokom posljednje decenije 19. vijeka i početkom 20. vijeka. Ideje ove intelektualne orijentacije proširile su se u BiH putem reformističkih publikacija i bosanskih studenata koji su studirali u glavnim centrima tadašnjeg muslimanskog svijeta kao i u univerzitetkim centrima Habsburške monarhije. Od početka 20. vijeka islamski vjerski modernizam postao je najglasnija a postepeno i najutjecajnija intelektualna orijentacija među obrazovanim bosanskim muslimanima.

³⁵⁶ *Ovaj tekst predstavlja prijevod na bosanski jezik rada izvorno napisanog na engleskom jeziku i dostupnog na: <http://www.law-religion.com/Norfa/Karcic.pdf> i http://www.akademiers.de/fileadmin/user_upload/pdf_archive/schmid/Bosnischer_Islam_fuer_Europa/Vortrag_Karcic.pdf

Ovaj dio se uglavnom zasniva na autorovoj knjizi *The Bosniaks and the Challenges of Modernity* (Sarajevo: El-Kalem, 1999).

Tokom habsburške uprave ova orijentacija je postala prevladavajuća među šerijatskim sudijama u BiH. To je bila posljedica činjenice da su se šerijatske sudije obrazovale u Šerijatskoj sudačkoj školi poznatoj kao *Mekteb-i nuvvab*, osnovanoj u Sarajevu 1887. s ciljem da osigura moderno obrazovane sudije za šerijatske sudove u BiH. Radi postizanja toga cilja nastavni plan te škole uključivao je šerijatske predmete, istočne i evropske jezike, civilno pravo i humanističke nauke.

Šerijatske sudije obrazovane u ovoj školi doprinijele su reformi šerijatskih sudova i šerijatskog prava koje je primjenjivano u BiH do 1946.³⁵⁷ Najvažnije reforme uvedene u šerijatsko sudstvo bile su: uključivanje šerijatskih sudova u sudski sistem jedne nemuslimanske države, prihvatanje sistema apelacije, prihvatanje brojnih tehničkih karakteristika austrougarskog procesnog prava, predstavljanje stranaka putem advokata i sl. Najvažnije reforme uvedene u šerijatsko personalno pravo primjenjivano u BiH bile su: kodifikacija islamskog personalnog prava slijedeći model Ahmed Kadri-paše iz Egipta, selektivno prihvatanje pravnih mišljenja iz drugih sunijskih pravnih škola korištenjem metoda *tehajjur* ("izbor") kao što je u slučaju razvoda braka nestale osobe, davanje prava supruzi da inicira raskid braka, ograničavanje poligamije, modernizacija uprave vakufima i sl.

Pravno razmišljanje modernih muslimanskih učenjaka u BiH u ovo doba karakterisalo je prihvatanje stava da je *idžtihad* pravo svake muslimanske generacije, upotreba komparativnog metoda u šerijatskim studijama (poređenje doktrina muslimanskih pravnih škola i poređenje islamskog prava u cjelini i evropskih pravnih sistema), te razvoj adekvatne islamske pravne terminologije na bosanskom jeziku s obzirom na to da se šerijatsko pravo ranije poučavalo na arapskom i turskom jeziku. Baveći se ovim posljednjim zadatkom bosanski muslimanski pravници su sarađivali sa austrougarskim pravnicima.

Nova situacija nastala je u BiH nakon Drugog svjetskog rata i uspostavljanja socijalističke države. Prihvaćen je marksistički koncept sekularne države pa su dosljedno tome dokinuta sva religijska prava.

³⁵⁷ Vidi Fikret Karčić, *Šerijatski sudovi u Kraljevini Jugoslaviji 1918-1941* (Sarajevo: Islamski teološki fakultet, 1986).

Godine 1946. izdat je poseban zakon o ukidanju šerijatskih sudova. Bosanski muslimanski učenjaci našli su se u situaciji bez presedana: kakav je značaj šerijatskog prava za muslimane koji žive u zemlji bez šerijatskih sudova? Odgovor na ovo pitanje ponuđen je putem: (1) razlikovanja vjerskih, etičkih i pravnih aspekata šerijatskih normi, i (2) naglašavanja ciljeva i principa šerijata, a ne pojedinačnih propisa i sankcija za njihovo kršenje.

Prvi pristup je naglašavao da šerijatska norma nije tipična pravna norma, nego prije pravilo ponašanja sa religijskim, etičkim i nekada pravnim sankcijama. U sekularnim društvima, u odsustvu pravnih posljedica šerijatskih normi, njihov religijski i etički aspekt je i dalje relevantan. Na taj način, šerijatski propisi u BiH su se transformisali u religijske i etičke norme i kao takvi su relevantni za muslimane. Ovo razlikovanje bilo je slično razlici između važenja normi u kantskom pravu za civilni forum (*pro foro civili*) i za religijski forum (*pro foro religiosi*).

Drugi pristup se temeljio na razlikovanju različitih elemenata u sistemu islamskih normi. Ovaj sistem sastoji se od pojedinačnih normi (*el-ahkam el-džuz'ijje*), opštih normi (*el-ahkam al-kullijje*) i ciljeva cijelog sistema (*makasid el-šeri'a*). Ciljevi su na vrhu cijelog sistema i oni služe kao kriterij za tumačenje pojedinačnih normi. Reformistički orijentisani muslimanski učenjaci u BiH u svojim mišljenjima su često referirali na opšta pravila i ciljeve šerijata navodeći da su ovi ciljevi nepromjenljivi i, tako, relevantni za muslimane bez obzira na primjenu mjesta i vremena. Uz to, neki partikularni šerijatski propisi, onako kako su shvaćeni u klasičnoj islamskoj pravnoj nauci, bili su kontekstualno tumačeni a njihova primjena bila je ograničena na postojanje društvenog konteksta za koji su bili namijenjeni.

Ovaj drugi pristup kojim su se koristili moderni muslimanski učenjaci u BiH korespondira sa metodologijom promjene u islamskoj pravnoj nauci, koja je u muslimanskom svijetu generalno razvijena u okviru islamskog vjerskog modernizma. Prvi pristup, međutim, iako nije dovoljno razvijen i elaboriran, specifičan je za muslimane koji žive u sekularnim društvima i zaslužuje dalje istraživanje.

Primjeri

Taklid mentalitet

Molba bosanskih prvaka sultanu da očuva janjičarski korpus:

“Primili smo uzvišeni carski ferman koji nam je poslat po Omer-efendiji u kojem se naređuje da se ukinu janjičari i da ferman treba sprovesti. Mi smo ferman shvatili. Naši djedovi i mi, od osvojenja do danas, pokoravali smo se šerijatu i kanunu. Uvijek smo se, u svim stvarima, pokoravali zapovijedima i fermanima sultana. Nikada se nismo suprotstavljali niti pokazivali nepokornost. Ni od sada to nećemo činiti...

Sada, kada se pojavio događaj ukidanja janjičara, mi se takođe nadamo da će sultan raširiti krila svoje milosti i dobrote i da će, prema zahtjevima iz Sarajeva i drugih mjesta Bosne, to zaustaviti i dokinuti sve novotarije, te da će u Bosni ostaviti stari poredak i sve stare vojne formacije, čime će još jednom iskazati svoju dobrotu prema nama...”³⁵⁸ (Sarajevo, oktobar 1826).

Kako se vidi u ovom dokumentu, uvođenje redovne vojske od strane osmanskog sultana opisano je kao **inovacija** (*bid'ā*).

Metod tehajjur (odabiranje mišljenja iz drugih pravnih škola)

Okružnica Vrhovnog šerijatskog suda u Sarajevu br. 234. od 27 januara 1917. naložila je nižim sudovima da primjenjuju hanbelijsku pravnu školu u pogledu raskida brakova nestalih osoba (*gaib*) ako nije osigurano izdržavanje supruge.³⁵⁹

Zaokret prema idžtihadu

Prvi pozivi za reinterpretaciju islamskog prava čuli su se iz kruga muslimanskih reformističkih intelektualaca formiranog 1890tih.

³⁵⁸ Fikret Karčić, *The Bosniaks and the Challenges of Modernity*, str. 39-40.

³⁵⁹ Fikret Karčić, *Duštveno-pravni aspekt islamskog reformizma* (Sarajevo: Islamski teološki fakultet, 1990), str. 209.

Najranije elboriranje ovog poziva može se naći u članku “Nešto o šerijatu”, koji je napisao Ibrahim Fejić a objavljen je u glasilu “Misbah” (15.11.1913. i 9.1.1914). Autor je pozvao na reinterpetaciju određenih šerijatskih propisa koji se tiču građanskih poslova a radi dopuštanja modernog bankarstva. Šerijatski propisi, napisao je, imaju za cilj da uređuju ljudske odnose i potrebe. Kada se ovi odnosi i potrebe promijene, propise treba, takođe, promijeniti. Promjena propisa je adekvatniji metod nego pribjegavanje pravnim fikcijama (*hijel*), kao što je činila neka ulema u namjeri da premosti razliku između ideala i stvarnosti.³⁶⁰

Tokom 1960-tih, teorijska podrška idžtihadu postala je zvanična pozicija Vrhovnog islamskog starješinstva u Sarajevu izražena u tekstovima njegovog glavnog ideologa Husein-efendije Đoze (1912-1982). Najbolji primjer ovog diskursa su *fetve* koje je Husein-efendija Đozo kontinuirano objavljivao pod naslovom “Pitanja i odgovori” u časopisu “Glasnik Vrhovnog islamskog starješinstva” tokom perioda između 1965-1977 i 1979.

Husein-efendija je bio glavni nosilac idžtihadske orijentacije, ali nije nikada za sebe tvrdio da vrši idžtihad. U svojim *fetvama* često bi citirao mišljenja različitih autoriteta ostavljajući onome ko je postavio pitanje da odabere mišljenje prema svojoj savjesti. Nekada je sugerisao privremena rješenja sve dok neki uvaženi islamski međunarodni forum ne donese tumačenje na osnovu novog idžtihada.

Naprimjer, kada je bio pitan o bankovnim transakcijama i kamati (*riba*), odgovorio je:

“Dok se na nivou međuislamskih visokih foruma ne pronađe definitivno rješenje problema kamate, pred nama sada stoje dvije mogućnosti. Možemo se prije svega, poslužiti načelom nužde: *ed-darurat* tubihul mahzurat (nužda dozvoljava zabranjeno) i načelom: *dari harba*. Naime, muslimanu u nemuslimanskoj zemlji dozvoljeno je da stiče imetak na način koji je u dotičnoj zemlji odobren i dozvoljen (*La riba bejnel-muslimi vel-harbiji fi dari harbi - hadis*).³⁶¹

³⁶⁰ Fikret Karčić, *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma*, str. 202

³⁶¹ Husein Đozo, *Fetve (Pitanja i odgovori)*, priredili Mehmed Bećović i Džemo Mujović (Novi Pazar: Publik Press, 1996), str. 185-186.

Naglasak na ciljevima šerijata (mekasid eš-šeri'a)

Korištenje ciljeva šerijata, ne samo za bolje razumijevanje islamskog normativnog sistema nego i za izvođenje novih propisa, uvedeno je u tekstovima Husein-efendije Đoze. To je očigledno iz slijedećeg slučaja.

Husein-efendija je bio upitan: Da li je grešno dati novac (dopri nos) za odbranu protiv grada. Da li se takvo djelo može smatrati kao djelo protiv Božije volje? Odgovorio je da je korištenje određenih mjera za sprečavanje i zaštitu od grada dozvoljeno sa šerijatskog staništa. Ponudio je slijedeće dokaze:

“Prema usuli-fikhu, cjelokupno islamsko učenje svodi se na jedinstven osnovni cilj: očuvanje i unapređenje života, imetka, časti i ljudskog dostojanstva. (Religija kao jedna od pet zaštićenih vrijednosti *el-kullijjat el-hamse* je ovdje izostavljena - Fikret Karčić). Prema tome, očuvanje i unapređenje imetka (mala) spada u osnovne ciljeve islamskog učenja i u osnovne obaveze svakog muslimana. Moraju se poduzimati sve naučne mjere kako bi se što bolje unaprijedile sve grane privređivanja. Musliman ne smije gledati skrštenih ruku kako se elementarne nepogode igraju sa njegovom imovinom. Bio bi grešnik kada protiv toga ne bi poduzimao potrebne mjere. To bi bilo samoupropaštavanje i jedna vrsta samoubistva, što islam najstrožije zabranjuje (Ve la tulku bi ejdikum ilet-tehluke).”³⁶²

Prema tome, zaštita protiv grada nije miješanje u Božije stvari.

Razlikovanje religijsko-etičkih i pravnih normi

Ovo razlikovanje može se vidjeti u nekim fetvama i radovima Husein-efendije Đoze, iako on to nije teorijski elaborirao. (Slično ranim muslimanskim učenjacima, Husein-efendija je bio angažovan u iznalaženju rješenja za probleme svoga vremena tako da, zbog toga, nije bio u poziciji da sistematizuje svoju metodologiju.)

Kada je bio pitan o slučaju kada dužnik želi da vrati dug povjericu i svojevolutno želi da poveća dugovanu sumu uzimajući u obzir

³⁶² Husein Đozo, Fetve, str. 465

devaluaciju, Husein-efendija je odgovorio da bi prihvatanje ove želje bilo u saglasnosti sa “sudskom i ljudskom pravdom” (*hukman*), ali ne i u saglasnosti sa zahtjevima “etičke pravde” (*diyanatan*). Ova posljednja vrsta pravde je, prema njegovim riječima, “Božija valorizacija ljudskih djela”.³⁶³

*Naglašavanje etike u Ustavu Islamske zajednice u BiH iz 1977.*³⁶⁴

Član 7.

Cilj Islamske zajednice je da svi njeni pripadnici žive u skladu sa islamskim normama.

Cilj Islamske zajednice ostvaruje se promicanjem dobra i odvrćanjem od zla.

Član 9.

Islamska zajednica se brine o islamskom odgoju i obrazovanju svojih pripadnika i zalaže za očuvanje vrijednosti braka i porodičnog života.

2. Značaj bosanskog iskustva u tumačenju šerijata za Zapadnu Evropu

Relevantnost bosanskog iskustva u tumačenju šerijata za muslimane u Zapadnoj Evropi ogleda se u dva važna aspekta: 1) prirodni i mjestu šerijata vis-à-vis države i društva i 2) razvoju u tumačenju šerijata.

Što se tiče prvog aspekta, bosanski muslimani su, kako smo vidjeli, prošli u svojoj historiji kroz dvije faze. U prvoj fazi (1878-1946) oni su uživali status priznate vjerske zajednice s pravom da primjenjuju šerijat u personalnim stvarima putem državnih šerijatskih sudova. U tom smislu njihov status bio je sličan statusu drugih muslimanskih manjina koje su živjele u nemuslimanskim državama. Takva pozicija može se opisati kao muslimanske *zimmije* nemuslimanskih država.

³⁶³ Husein Dozo, *Fetve*, str. 62.

³⁶⁴ *Ustav Islamske Zajednice u BiH* (Sarajevo: Rijaset Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini, 1418/1997).

U drugoj fazi (od 1946. do danas) bosanski muslimani su živjeli u sekularnoj državi, prvo socijalističkoj, a nakon 1990. u nastajućoj demokratiji. Šerijatski sudovi bili su ukinuti državnom voljom, a ne izborom muslimanske zajednice. Muslimani su prihvatili tu činjenicu i pokušali da nađu *modus vivendi* sa novim političkim i pravnim sistemom. Pola vijeka historije pokazalo je da islam može preživjeti u odustvu pravne zaštite muslimanske porodice. Preživljavanje i očuvanje islamskog identiteta postignuto je putem neprekidnog funkcionisanja religije, etike i običaja. Potrebno je takođe primijetiti da je tokom ovog perioda proces sekularizacije bitno utjecao na muslimansku zajednicu, ne zbog slabosti muslimanske vjere, nego zato što je taj proces podržavala država. Pouka iz bosanskog iskustva za muslimane u Zapadnoj Evropi jeste, da, ako su ljudska prava i slobode garantovani u jednoj zemlji i ako nema državnog ili javnog pritiska na muslimane, njihov identitet može biti očuvan i bez insistiranja na posebnom presonalnom pravu. U takvim situacijama šerijatske norme će se slijediti na temelju slobodnog izbora pojedinca i savjetodavne funkcije tijela muslimanske zajednice. Taj model, koji će dati prednost pojedincu i društvenoj etici nad pravom, bio bi, prema našem mišljenju, adekvatniji savremenoj liberalnoj demokratiji nego stari model zaštićene manjine.

Osim toga, taj model bi bolje odgovarao poziciji muslimana kao potpuno integrisanih građana evropskih država, gdje je teritorijalnost prava norma, nego insistiranje na predmodernom personalitetu prava.

Što se tiče drugog aspekta, naš kratak pregled historije islamskog prava u BiH pokazao je da su prominentni bosanski muslimanski učenjaci u moderno doba napravili zaokret od predominantnog mentaliteta *taklida* do paradigme *idžtihada*. Metodi koji su korišteni da unesu promjenu u postojeće šerijatsko pravo u većini su korespondirali sa onima koji su upotrebljavani u drugim muslimanskim zemljama koje su bile pod utjecajem islamskog reformizma. Jedan metod - razlikovanje religijsko-etičkih i pravnih normi - zaslužuje dalje istraživanje. Iako je ovo razlikovanje bilo poznato klasičnim muslimanskim učenjacima, ono je zadobilo novu dimenziju u savre-

meno doba. Smatramo da ovaj metod može biti veoma važan za muslimane koji žive u Zapadnoj Evropi.

Međutim, prominentni bosanski muslimanski učenjaci, kao što je bio Husein-efendija Đozo, a koji su zagovarali korištenje ovih metoda, nisu bili u prilici da razviju sistematsku teoriju reforme. Oni su ostali na nivou kazuističkog bavljenja zahtjevima života i izazovima vremena. U dobu koje je slijedilo nakon smrti Husein-efendije Đoze 1982. nije bilo nijednog učenjaka mlađe generacije slične kompetentnosti, orijentacije i elana da nastavi njegove napore i sistematizuje njegove poglede.

Turbulentna vremena 1990-tih, koja su donijela prijetnju i samom opstanku bosanskih muslimana, dalje su spriječila takav razvoj.

U međuvremenu, u BiH su se pojavile nove tendencije u tumačenju islama. Njihove glavne karakteristike bile su, između ostalog, konzervativizam i diskontinuitet sa modernim razvojem islamske misli u BiH. Nosioци takvih pogleda su diplomci većinom bliskostičnih univerziteta. Oni promoviraju *selefijske* poglede ili insistiraju na predmodernim hanefijskim pozicijama. Svoje poglede šire putem alternativnih štampanih i elektronskih medija. Naslijeđe islamskog reformizma u BiH i sami koncept "islamske tradicije Bošnjaka" oni vide kao neprihvatljivi modernizam ili sinkretizam.

Suočavajući se sa izazovima unutar muslimanske zajednice, bosanski muslimanski učenjaci glavnog toka treba danas da pažljivo analiziraju, evaluiraju, sistematizuju i dalje razviju naslijeđe moderne islamske misli u BiH. Čineći to, vjerujemo, oni će učiniti ovo naslijeđe prisupačnijim i prihvatljivijim za muslimane Zapadne Evrope.

Naime, da bi se ovo naslijeđe učinilo relevantnim za Zapadnu Evropu, neophodno je da se uspostavi razlika između elemenata koji su specifični za BiH i onih koji su značajni za savremeni evropski kontekst. Muslimani Zapadne Evrope su raznoliki s obzirom na etničko porijeklo, mezheb i društveni položaj te, tako, samo jedan dio bosanskog muslimanskog naslijeđa, koji prevazilazi posebnosti bosanskog tla, ima trajni značaj.

Raspravljajući o odnosima muslimana u Zapadnoj Evropi i šerijata može se iznijeti nekoliko teza. Prvo, šerijat shvaćen kao Božanski određen način života relevantan je za svakog muslimana. Nemoguće je biti musliman bez prihvatanja šerijata kao idealne norme ponašanja. Pitanje je kako se šerijat treba tumačiti i kakvu ulogu treba imati u društvu. Odgovor na ovo pitanje treba da daju kompetentni islamski učenjaci i muslimanske zajednice u cjelini. Drugo, šerijatske nauke posjeduju svoje osnove, filozofiju i metodologiju. One posjeduju odgovore kako da se balansira između nepromjenljivih i promjenljivih elemenata, ciljeva i sredstava, generalnog i partikularnog. Unošenje dinamizma u šerijatske nauke, posebno *usul el-fikh* je neophodni preduslov za nuđenje novih rješenja za nove izazove. Treće, odgovarajuće tumačenje i primjena šerijatskih normi za savremenu situaciju ne može se samo temeljiti na tekstualnim studijama bez adekvatnog znanja društvene realnosti (*fikh el-vaki*). Samo kombinacija ove dvije vrste znanja može dovesti do pravilne primjene pravilno shvaćenih normi. Četvrto, dilema nije šerijat ili sekularna država. Moguće je da imamo šerijat u sekularnoj državi ako: (1) razumijemo šerijat kao islamski normativni sistem koji uključuje religijske, etičke i pravne norme. U sekularnoj državi jedino religijske i etičke norme mogu biti relevantne, dok se pravne norme transformišu u etičke; (2) razumijemo sekularnu državu kao "neutralnost s poštovanjem" gdje religijske norme nisu državni zakoni niti državni zakoni postaju religija.

Imajući na umu ove principe možemo zaključiti da se muslimani zapadne Evrope suočavaju sa važnim izazovom kako da čuvaju autentičnost islamskog učenja, čiji je konstitutivni element šerijat, njegovu vezu sa evropskim kontekstom i ulogu islamskog normativnog sistema u okviru moderne države i društva. U traganju za jednim takvim odgovorom bosansko islamsko naslijeđe može biti jedan izvor inspiracije.

Izvor: *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*,

LII-2009, str. 225-234.

**MUSLIMANSKI PRAVNICI I “KVARENJE
VREMENA”: INSTRUMENTI USKLAĐIVANJA
PRAVA I STVARNOSTI U FIKHU³⁶⁵**

- istraživačka bilješka -

Jedan od glavnih izazova koji stoji pred svakim pravnim sistemom jeste usklađenost normi i stvarnosti. Pravne norme treba da daju minimum prihvatljivog obrasca ponašanja za ljude koji žive u određenom društvu i u određenom vremenu. Same norme nisu društvena stvarnost jer norme govore o onome “što treba da bude”, a ne o onome što jeste. Primjenom prava sadržina normi pretače se u društvenu stvarnost i pravo biva ostvareno. Usklađenost prava i stvarnosti postoji onda kada pravo ide uporedo sa stvarnosti. Ako pravo ide ispred stvarnosti, pravni sistem je idealizovan, a ako pravo ide iza stvarnosti, pravni sistem je arhaičan. Ako se jedno društvo nalazi u stanju dekadence, onda je pitanje usklađenosti prava i društva posebno izraženo.

Pitanje usklađivanja prava i stvarnosti problem je s kojim se susreću svi pravni sistemi. Različiti pravni sistemi razvijali su različite mehanizme za usklađivanje prava i stvarnosti. Britanski komparativni historičar prava Henry S. Maine (1822-1888) obratio je pažnju ovom pitanju u svom kapitalnom djelu *Drevno pravo - njegova veza sa ranom historijom društva i njegova veza sa modernim idejama*.³⁶⁶ Prema Maineu postoje tri instrumenta kojima se vrši usklađivanje

³⁶⁵ Rad je prezentiran na naučnom skupu “Uzroci uspona i slabljenja islamske civilizacije: stanje istraživanja”, Sarajevo, 24-26. juni 2009. god. u organizaciji Fakulteta islamskih nauka i Centra za napredne studije.

³⁶⁶ *Ancient Law - its connection with early history of society and its relation to modern ideas* (London: John Murray, 1861).

prava i društva. To su: pravne fikcije (legal fictions), pravičnost (equity) i zakonodavstvo (legislation).³⁶⁷ Isti autor smatra da su se ovi instrumenti historijski javljali upravo redom kojim ih je on naveo. U nekim društvima javila su se sva tri instrumenta, u nekima samo jedan ili dva.

Polazeći od Maineove sheme i istraživanja američkog autora Herberta J-Liebesnya u ovom radu pokušat ćemo odgovoriti na pitanje da li su se ovi instrumenti javili u historiji islamskog prava, i to posebno u doba dekadence.³⁶⁸ U ovom tekstu slijedi se pristup po kome period dekadence (*inhibit el-muslimin*) traje od pada Bagdada u mongolske ruke 1258. do polovine 19. vijeka, kada počinje moderni reformistički pokret (*hareket el-islam*).³⁶⁹ To je period u kome je vladala teorija o “zatvaranju vrata idžtihada”, što je bila manifestacija dekadence.

“Kvarenje vremena”

Muslimanski autori koji se bavili pitanjem tumačenja historije i otkrivanjem smisla historijskog procesa razvili su, između ostalog, tezu o regresivnom toku historije i cikličnim periodima uspona i padova. Za tezu o regresivnom toku historije bila je ključna ideja da je idealno doba islama ostvareno u vrijeme Muhammeda, a.s., a zatim prve tri generacije muslimana te da je svaki slijedeći vijek bio odstupanje od prvobitnog ideala sve do kraja svijeta. Ovakva pozicija pozivala se na tekstove kao što su hadis: Imran ibn Husajn kaže da je Allahov Poslanik, s.a.v.s., rekao: “Najbolji dio moga ummeta je moja generacija, zatim ona koja dolazi iza nje, a potom ona koja slijedi iza njih” (zabilježio imam el- Buhari).

³⁶⁷ Vidi poglavlje II knjige *Ancient law*, http://avalon.law.yale.edu/subject_maneas/maineco.asp, pristupljeno 11.6.2009.

³⁶⁸ Ovim pitanjem bavili smo se u našoj knjizi *Društveno-pravni aspekt islamskog reformizma* (Sarajevo: Islamski teološki fakultet, 1990), 24-27, posebno str. 24, bilješka 18. Ovdje se daje izmijenjana i dopunjena verzija toga teksta.

³⁶⁹ Treba spomenuti da postoje autori kao što je Wael b. Hallaq koji dovode u pitanje teoriju o zatvaranju vrata idžtihada. Vidi, Wael b. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

Za tezu o cikličnom obrascu kretanja historije bila je ključna ideja o konsekutivnim i ponavljajućim usponima i padovima u ljudskoj historiji. Prema ovom shvatanju jednostavni tok vremena ne dovodi čovječanstvo bliže realizaciji cilja historije. U tom smislu zagovornici ovog pristupa citirali su ajet: *Sve su to sami Dani koje mi pobjedom naizmjenice svijetu dajemo i da bi Allah ukazao na vjernike i između vas uzeo neke kao borce na Allahovom putu poginule, a Allah ne voli zločinitelje!* (3:140)

Odjek ovih ideja u fikhskoj literaturi vidimo u korištenju sintagme *fesad ez-zaman* ("kvarenje vremena") kao opisa društvenih prilika koje predstavljaju odstupanje od izvornog modela. Ova sintagma je korištena radi opravdavanja odstupanja od striktnog slova i duha šerijata a kao obrazloženje različitih instrumenata usklađivanja islamskog prava i dekadentnog muslimanskog društva. Prema riječima jednog istraživača ova sintagma "nije pravna... ali je veoma važna kao koncept koji povezuje pravo sa širom kulturom".³⁷⁰ Iako ova sintagma u klasičnim djelima nije bila predmet šire teorijske obrade, ona je korištena u cilju uvođenja novih tumačenja prava.

Instrumenti usklađivanja prava i društva

U ovom tekstu slijedimo tezu da su se sva tri instrumenta o kojima govori Henry S. Maine javili u historiji islamskog prava.

Pravne fikcije

Prema Henry S. Maineu pravna fikcija je svaki navod koji sakriva činjenicu da je pravni propis pretrpio promjenu iako mu je slovo nedirnuto. U rječniku muslimanskih pravnika pravne fikcije se označavaju terminom *hijel* (doskočice, trikovi). U njima je viđen jedan od načina pomirenja zahtjeva idealnog prava i prozaične stvarnosti. Njihovim korištenjem pravnim poslovima koji su sa stanovišta striktnog prava bili sumnjivi ili zabranjeni dat je oblik pravno dozvoljenih radnji.

³⁷⁰ Haim Gerber, citirano prema Marion Holmes Katz, "The 'Corruption of Times' and the Mutability of the Shari'a", *Cardozo Law Review*, 28:1, str. 174, bilj.12.

Naprimjer, zabrana kamate (*tahrim er-riba*) izigravana je sklapanjem fiktivnog ugovora o kupoprodaji uz ugovor o zajmu, tako da je dužnik zajedno sa vraćanjem glavnice duga plaćao i kamatu u formi kupovne cijene za stvar koju mu je povjerilac navodno prodao. Da je riječ o fiktivnom pravnom poslu vidi se iz okolnosti da plaćanje navodne kupovne cijene uvijek prispjeva u vrijeme vraćanja duga i da taj iznos uglavnom odgovara visini zakonske kamate u određenom vremenu.

Pravičnost

Henry S. Maine definiše pravičnost kao cjelinu propisa koji postoje izvan izvornog civilnog prava a koji su ustanovljeni na posebnim temeljima i koji nadvladavaju civilno pravo zbog superiorne sankcije koja je inherentna tim propisima. U terminologiji muslimanskih pravnika ovom konceptu bi odgovarala ustanova *el-nazar fi'l-mezalim* ("ispitivanje nepravdi").³⁷¹ To je bila nadležnost vladara ili od njega ovlaštenog lica da na osnovu žalbe nezadovoljne stranke razmatra stvari koje su presudili šerijatski ili drugi sudovi ili upravni organi. Pojedinci su se mogli obratiti *mezalim* sudu, nekada i potpuno zaobilazeći kadije šerijatskih sudova. Historijski izvori potvrđuju postojanje ovih sudova od abasijskog perioda iako su oni vjerovatno postojali i ranije. Sud *mezalim* bi sudio na osnovu opšteg osjećaja pravde (*adalet*) i pravičnosti (*kist*). Ovi sudovi predstavljali su ekstraordinarnu jurisdikciju. Za njih nisu važili strogi propisi dokazivanja koji su vezivali šerijatske sudove. Princip na kome su ovi sudovi bili osnovani bio je opšte dobro (*masleha*) onako kako je definisano u "upravi u skladu sa šerijatom" (*es-sijase eš-šer'ijje*). Njihovo postojanje je značilo da se na određenom stepenu društvenog razvoja javila potreba da se uz formalno pravo i sudstvo okrene mnogo elastičnijim i efikasnijim sredstvima.

³⁷¹ Vidi, Knut S. Vikor, *Between God and the Sultan: A History of Islamic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005), str. 191-192.

Zakonodavstvo

Henry S. Maine definiše zakonodavstvo kao cjelinu normi koje izvode svoj autoritet iz nekog izvanjskog tijela ili osobe. Zakoni i zakonici su mediteranski fenomen. U ovoj oblasti postoje sačuvani zakonici ili kodeksi još iz drugog milenija p. n. e. U historiji islamskog prava zakonodavstvo se postepeno afirmisalo. Nauka usuli-fikha je naučavala da je u šerijatu Bog zakonodavac (*el-hakim*), da Božansko pravo tumače učenjaci (*ulema*) a da državi pripada pravo uređivanja primjene šerijata (*es-sijase el-šer'ijje*). Vremenom je nadležnost države da uređuje primjenu šerijata proširena tako da je obuhvatila i izdavanje supstancijalnih propisa. Ovi propisi nazvani su *kanuni*. Na osnovu ove prakse, koja je svoj vrhunac doživjela u Osmanskoj državi, u 19. vijeku javio se fenomen kodifikacije (*taknin*). Kodifikacija je tokom 19. vijeka bila evropski fenomen, čiji je val zahvatio i izvanevropske prostore. U historiji islamskog prava kodifikacija će s *Medžellom*, Osmanskim građanskim zakonikom, postati prihvatljiva pravna tehnika. Time će država autoritativno nastupiti u oblast pravne formulacije islamskih propisa, koja je do tada bila domen uleme. Pozicija uleme u tumačenju i primjeni prava biće marginalizovana a moderna država sa svojim monopolističkim tendencijama učvrstit će se i u muslimanskom svijetu.³⁷²

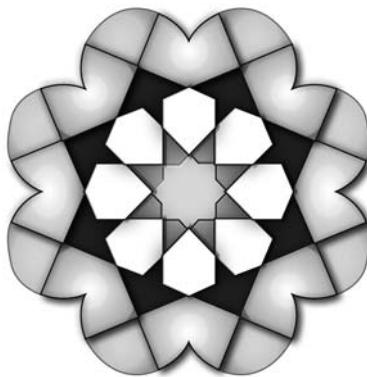
Zaključak

Dekadencija muslimanskog svijeta ostavila je traga i na načine tumačenja i primjene islamskog prava. Došlo se do uvjerenja da idealno pravo treba tumačiti za regulisanje odnosa u dekadentnom svijetu. Najšeće korišteni instrumenti usaglašavanja prava i stvarnosti bili su fikcije, pravičnost i državno zakonodavstvo, kao što je to i slučaj sa drugim velikim pravnim sistemima.

³⁷² Vidi o tome, Noah Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State* (Princeton i Oxford: Princeton University Press, 2008), 61-102.

ŠERIJATSKO PRAVO

Prijevodi



Subhi Mahmessani

PRAVNI POSLOVI U ŠERIJATU³⁷³

U ovom poglavlju raspravlja se o pravnim poslovima koji su objašnjeni u šerijatu. Jasno je da je o tome nemoguće detaljno raspravljati u okviru jednog poglavlja, posebno ukoliko bi se stavovi različitih škola podrobno izlagali. Zato će se ova rasprava ograničiti na iznošenje opštih načela koja se odnose na vlasništvo, ugovore i postupak onako kako ih je objasnila većina muslimanskih pravnika. Usput će se ukazati i na važnija sporna mjesta. Ovo poglavlje je podijeljeno na nekoliko odsjeka koji obuhvataju različite strane pravnih poslova slijedećim redom: imovina i vlasništvo, pravne obaveze (obligacije), ugovori, prestanak i prijenos obligacije, postupak i dokazivanje.

Imovina i vlasništvo

Propisi koji uređuju pravne poslove i raspolaganja pravima koja su iz njih izvedena bave se prvenstveno imovinom. Zbog toga je neophodno da se ona definiše i klasifikuje.

Da bi nešto predstavljalo imovinu u smislu islamskog prava, treba da ispunjava slijedeće uslove: 1. mora imati određenu vrijednost; 2. mora biti stvar čije korištenje je dozvoljeno; 3. mora biti u posjedu.

³⁷³ Subhi Mahmessani, doktor prava, bivši profesor na Američkom univerzitetu u Bejrutu, pisac značajnih rasprava o šerijatskom pravu. Najznačajnija djela: *Filozofija zakonodavstva u islamu* (Felsefe et-tešri' fi el-islam) i *Opšta teorija obligacija i ugovora u šerijatskom pravu* (eN-nazarije el-amme lil-mevdžibat ve el ukud fi eš-šeri'a el-islamijje).

Tekst *Pravni poslovi u Šerijatu* (Transactions in the Shari'a) objavljen je u poznatom zborniku *Pravo na Srednjem istoku*, koji je izdao vašingtonski Institut za Srednji istok (*Law in the Middle East*, Vol. I, Washington D. C., 1955, str. 179-202.)

Tekst je snabdjeven brojnim referencama, koje su pri prijevodu izostavljene radi veće čitljivosti teksta. Ondje gdje je bilo neophodno, prevodilac je u samom tekstu, u četvrtastim zgradama naveo djelo na koje se naslanja neki važan citat ili pravilo.

Hanefijski pravnici dodaju i četvrti uslov - sposobnost čuvanja na zalihi. Prema tome sve stvari se ne mogu označiti kao imovina. Za muslimane, vino i svinje nisu imovina s istinskom vrijednosti pošto je njihova upotreba zabranjena. Stvari koje ne mogu biti u posjedu, kao vazduh, sunce i more, isključene su iz definicije imovine pošto su svima slobodno stavljene na raspolaganje. Slično, riba dok je u moru nema vrijednosti, ali kada se ulovi, postaje imovina kao rezultat posjedovanja.

Čl. 126. *Medželle* sadrži četiri odlike imovine koje su razradili hanefijski pravnici. On glasi: "Imovina se sastoji od onoga za što ljudska priroda ima naklonost i što se može čuvati na zalihi dok je to potrebno". Pošto se ne mogu čuvati na zalihi, služnosti se isključuju iz ove definicije. Međutim, Šafija i Ibn Hanbel o ovom pitanju imaju drugačije mišljenje i drže da su služnosti imovina, budući da imaju novčanu vrijednost. Ovo stanovište usvojeno je u čl. 64. osmanlijskog Zakona o građanskom postupku, koji sadrži neke dopune *Medželle* u ovom pogledu.

Klasifikacija imovine

Glavne vrste imovine, prema klasifikaciji muslimanskih pravni-ka, su:

1. *Mjerljiva i nemjerljiva*. Mjerljiva imovina je ona koja se izražava mjerama veličine, težine, dužine i broja. Nemjerljiva uključuje imovinu svih drugih vrsta.

2. *Zamjenljiva i nezamjenljiva*. Zamjenljiva imovina je ona koja se može jednostavno kupiti na tržištu po jedinstvenoj cijeni, kao što su štampane knjige. Nezamjenljiva imovina se ne može jednostavno zamijeniti ili ne može uopšte, a i ukoliko se može naći na tržištu, varira u cijeni, naprimjer: rukopisi, stoka i konji. Praktični značaj ovog razlikovanja ilustruje se primjerom vraćanja imovine kada je nezakonito stečena. U takvim okolnostima, zamjenljiva imovina se mora vratiti, dok se za nezamjenljivu imovinu mora platiti naknada prema vrijednosti stvari u vrijeme nezakonitog pribavljanja.

3. *Tjelesna i netjelesna (el-a'jan ve el-menafi)*. Tjelesna imovina je ona koja se raspoznaje uobičajenim čulima, kao što su vid, dodir i druga. Netjelesna imovina je ona koja se jedino opaža mislima i značenjima. Postoji spor među različitim pravnim školama u pogledu netjelesne imovine i pitanja da li je ona mjerljiva veličina ili ne.

4. *Pokretna i nepokretna (el-menkulat ve gajr el-menkulat)*. Pokretna imovina je ona koja se može prenositi s jednog mjesta na drugo. Nepokretna ili realna imovina je ona koja se ne može prenositi, kao što su stanovi i zemlja, ili koja se ne može prenositi s jednog mjesta na drugo bez štete, kao što je drveće prije iskopavanja ili posijecanja.

Klasifikacija nekretnina i vakufa

Šerijat dijeli nekretnine na više vrsta, od kojih su najvažnije: nekretnine u neograničenom vlasništvu (*memluka*), u državnom vlasništvu (*emirije*), zajedničko zemljište (*metruke*), “mrtve zemlje” (*mevat*) i vakufi.

Memluka ili nekretnina u privatnom vlasništvu (*mulk*) je ona čijom suštinom, upotrebom i korištenjem raspolaže pojedinac prema ličnom nahodanju. *Emirije* je nekretnina nad kojom kontrolu zadržava država, a korištenje je dato pojedincu uz plaćanje naknade. *Metruke* je zemlja “koja je u blizini nekog naseljenog mjesta i koja je ostavljena kao javni pašnjak, gumno ili šumska parcela”. *Mevat* je “zemlja koju niko ne posjeduje, koja nije ni pašnjak ni šumska parcela nekog grada niti sela i koja je daleko od najudaljenijih naselja, tj. u mjestu gdje se ne može čuti glas čovjeka koji viče s periferije nekog grada ili sela”. Nad “mrtvom zemljom” može se pribaviti vlasništvo obrađivanjem uz dopuštanje države.

Vakufska nekretnina je ona koju su vlasnici zavještali zauvijek a čija je upotreba i korištenje posvećena nekom posebnom cilju radi koga je vakuf i ustanovljen. Ova imovina se ne može prodati, kupiti, pokloniti niti naslijediti i njen pravni naslov je neotuđiv. Ukoliko su prihodi namijenjeni nekoj stalnoj dobrotvornoj ustanovi, kao što je

džamija ili bolnica, to se zove *vakf hajri* (opštekorisna zadužbina). Ako su prihodi namijenjeni nestalnom cilju, kao kada dobrotvor odredi prihode samom sebi dok je živ a nakon smrti svojim potomcima, te kada posljednji korisnik umre, nekom dobrotvornom cilju, to se zove *vakf zurri* (porodična zadužbina).

Vlasništvo

Ibni Redžeb el-Hanbeli o vlasništvu kaže: “Vlasnik svih stvari je njihov tvorac, Bog. Čovjeku pripada jedino korištenje stvari na način dozvoljen zakonom, čovjek koji posjeduje potpuno korištenje nazvaće se potpunim vlasnikom. Onaj koji uživa djelimični posjed, ima ograničeno vlasništvo i zato se označava posebnim imenom posuđivač ili zakupac”. [Ibn Redžep, *Kitab el-kava'id*, str. 195]

Medžella ovako definiše vlasništvo: “To je ono što neko ima u vlasti, bilo da se radi o suštini stvari ili njenoj upotrebi i korištenju” (čl.125). Ova definicija se usredsređuje na predmet vlasništva, tj. na stvar ili korist koja se ima u vlasti. Ono što je važno, međutim, nije sama stvar niti korist, već prava i propisi koji ih uređuju. Otuda je definicija koju je Es-Sujuti preuzeo od Ibn Subkija jasnija i potpunija. Prema njemu, vlasništvo je “pravni interes koji pripada samoj stvari ili njenom korištenju a koji korisniku daje pravo izvlačenja dobiti ili primanja naknade prema ovlašćenjima koja posjeduje” [Es-Sujuti, *El-ešbah ve en-nezair*, str. 191].

Vlasništvo se, dakle, odnosi ili na samu stvar ili na njenu upotrebu ili korištenje - usufruct (*menfe'a*). Ukoliko se odnosi na samu stvar, to je vlasništvo u značenju punog i isključivog prava, dominium, ili stvarno pravo koje uključuje pravo upotrebe, korištenja i raspolaganja (ius utendi, fruendi, abutendi).

Ako se radi o vlasništvu *menfe'a* (upotrebe i korištenja), ono uključuje stvarna prava ili interese na svojinu drugog lica, tj. pravo na doživotno izdržavanje i različite služnosti, kao što je pravo puta preko tuđeg vlasništva ili pravo upotrebe vode s tuđeg zemljišta.

Glavna karakteristika islamskog koncepta potpunog vlasništva je da je ono sveobuhvatno i neograničeno u principu. Ovo potpuno

pravo je, međutim, podvrgnuto slijedećim ograničenjima: 1. Pravima drugih. Naprimjer, lice koje izgradi kuću na svojoj zemlji ne može proširiti njenu konstrukciju na susjedno zemljište; 2. Javnim interesom. Pravno pravilo da se dopušta privatno oštećenje radi izbjegavanja javne štete ovlašćuje državu da ograniči pravo privatnog vlasništva u javnom interesu. Kao primjer može poslužiti oduzimanje privatnog zemljišta radi izgradnje javnog puta i drugo; 3. Zabranom zloupotrebe prava. Ovo je ograničenje prema nekim školama islamskog prava, kako će biti objašnjeno.

Pošto je vlasništvo pravo zakonom podijeljeno imaocu da koristi stvar koju je zakonito stekao, to se javna upotreba imovine naziva posjedom. Posjed je zakonit ukoliko ga ima lice s pravnim naslovom. Nezakonit je ukoliko ga ima lice bez pravnog osnova, kao što je uzurpator.

Posjed ima veliki pravni značaj. Naprimjer, ako se dva lica spore oko svojine na jednoj stvari a jedno od njih ima predmet spora u posjedu, teret dokazivanja pada na drugo lice pošto je posjed očit pokazatelj vlasništva sve dok se suprotno ne dokaže. Ovo proističe iz principa da je *status quo ante* (nepromijenjeno ranije stanje) osnova na kojoj se slučaj prosuđuje.

Pribavljanje vlasništva

Polazeći od hanefijskih pravnih djela, *Medžella* (čl.1248) priznaje tri glavna načina pribavljanja vlasništva. Prvi je prenošenje vlasništva sa vlasnika na drugo lice nekim pravnim poslom, kao što je prodaja ili poklon. Drugi je pravna sukcesija, kao što je nasljedstvo. Treći je okupacija ili zaposjedanje stvari koje nemaju vlasnika. Ovo posljednje može biti direktno, gdje dolazi do stvarnog posjeda nad stvari, ili indirektno, kao u slučaju kada se postavi posuda za sakupljanje kišnice ili namjesti zamka za hvatanje divljači. Preduслови za *occupatio* su: 1. da se stvar uzme u posjed; 2. da se to učini s namjerom pribavljanja vlasništva; 3. da se radi o stvari koja nije u nečijem vlasništvu; 4. da iz toga ne proizlazi šteta ni za pojedince ni za društvo.

Postoje i drugi načini sticanja vlasništva. Jedan od najvažnijih je *accessio*, tj. priraštaj, spajanje ili miješanje dvije stvari koje pripadaju različitim licima na takav način da ih je nemoguće razlikovati ili odijeliti bez ozbiljnog oštećenja. Najznačajniji primjeri spajanja su: bojadisanje jedne stvari bojom koja pripada drugom licu, izgradnja građevine i zasađivanje drveća na tuđoj zemlji ili nenamjerni gubitak kontrole nad svojom imovinom, kao kada brdo padne na vrt, deva ili kokoš proguta zrno bisera i sl. Rješenje pitanja vlasništva u ovim slučajevima kreće se oko temeljnog principa "dodatak slijedi glavnu stvar". To može imati za posljedicu prijelaz vlasništva s jednog lica na drugo ili u određenim okolnostima plaćanje naknade od strane pribavioca. Postoje brojni sporovi među pravnicima u ovim pitanjima ali je detaljna rasprava o tome izvan okvira ovog rada.

Na kraju, neophodno je u kratkim crtama iznijeti stav šerijata prema održaju ili proteku vremena u kome držanje stvari ima za posljedicu pribavljanje vlasništva. Šerijat ne dopušta da održaj dovede do vlasništva, ali hanefijska i malikijska škola prihvataju određene vremenske granice kao prigovor protiv tužbe vlasnika.

Prema *Medželli*, koja slijedi koncept pravičnosti hanefijske škole, tužba o pravu vlasništva neće se prihvatiti ukoliko je vlasnik napustio imovinu u vremenu od 15 i više godina bez zakonskog razloga, a nakon toga je zatraži od posjednika. Period zastare (tužbe) je određen kao deset godina za državno zemljište a trideset šest godina u slučajevima u kojima se radi o vakufima i njihovim stvarnim pravima. Nema zastare za zahtjeve koji se tiču svojine uzete za javnu upotrebu, kao što su javni putevi.

Prema malikijskoj školi, ako jedno lice posjeduje određenu stvar za određeno vrijeme, upravlja njome kao što vlasnik upravlja svojom imovinom, a vlasnik to zna i ne ospori iako je prisutan i nije spriječen zakonskim opravdanjem, to je dokaz da je posjednik vlasnik stvari. Vladajuće mišljenje ove škole kao period zastare za nekretnine određuje vrijeme od deset godina, a za pokretne stvari jednu, dvije ili tri godine. Period zastare se svodi na samo deset mjeseci i za pokretne i za nepokretne stvari ako posjednik ne zna za izvorno vlasništvo.

Kao podlogu svome stavu, malikije navode izreku Božijeg Poslanika: "Onaj koji posjeduje jednu stvar deset godina je njen vlasnik". Malikije smatraju da sami posjed ne podaruje pravo vlasništva, zastara se, dakle, ne smatra osnovom za sticanje vlasništva, pošto postoji hadis "Prava jednog muslimana se ne gube ni protekom vremena". Posjed je, stoga, dokaz prijenosa vlasništva, i predstavlja prigovor protiv tužbe izvornog vlasnika. [čl. 1674. *Medželle*]

Pojedinačno i zajedničko vlasništvo

Vlasništvo može pripadati pojedincu ili nekolicini lica zajedno. Definicija zajedničkog vlasništva (*muša'*) data je u čl. 138. i 139. *Medželle*. Tu se kaže da je to vlasništvo koje čine neodjeljivi dijelovi pojedinaca. Neodjeljivi dio je onaj koji se proteže na svaki dio zajedničke svojine.

Čl. 1060. definiše zajedničko vlasništvo kao: "stvar koja je podijeljena ili pripala dvjema ili više osoba na temelju nekog pravnog osnova za sticanje vlasništva, kao što je kupovina, poklon, naslijeđe, testament ili spajanjem i miješanjem njihove imovine na takav način da ju je nemoguće razlikovati i odvojiti".

U čl. 1062-1064. *Medželle* zajedničko vlasništvo je podijeljeno na voljno i prisilno. Prvo dovodi do suvlasništva koje proizlazi iz radnji samih stranaka, kao što je kupovina, prihvrat poklona i testamenta ili spajanje imovine. Drugo je suvlasništvo prouzrokovano nekim drugim razlogom a ne činjenjem stranaka, odnosno djelom izvan njihove kontrole, kao što je nasljedstvo, miješanje pojedinačne svojine i sl. Zajedničko vlasništvo je regulisano propisima koji se tiču podjele imovine i upravljanja od strane suvlasnika.

Pravna raspolaganja

Značenje pravnih raspolaganja

Metod muslimanskih pravnika pri formulisanju fikhskih propisa bio je u osnovi induktivan. Oni su proučavali pitanja koja su im postavljena ili koja su zamišljena, uporedo s praktičnim slučajevima

i na osnovu toga konstruisali opšta načela. Tako, oni nisu pristupili obligacijama i ugovorima sa stanovišta opšte teorije, premda je moguće da se ona izvode na osnovu njihovih radova. Pravnici su izvore obligacija izlagali pod naslovom “pravna raspolaganja” (*et- tesarrufat eš-šer’ijje*) koja se, po njihovom shvatanju, sastoje od djela koja rađaju obaveze i pravne posljedice. Ovih ima dvije vrste: verbalna raspolaganja (*kavlijje*) i činjenja (*fi’lijje*). Prva vrsta uključuje sve tipove ugovora i sličnih raspolaganja, kao što su vakufi, svečana obećanja i neovlašćeno zastupanje, dok u drugu vrstu spadaju protivpravna djela za koja se veže odgovornost, kao što je oštećenje ili nezakonito zahvaćanje tuđe imovine.

Sada ćemo ukratko i prema odgovarajućem redoslijedu razmotriti izvore obligacija, kao i pitanje vršenja sopstvenog prava, te pitanje kako ovo posljednje, u određenim situacijama, dovodi do odgovornosti.

Vršenje sopstvenog prava

Osnovni pravni princip glasi da, kada neko vrši pravo koje mu pripada, čini ono što je zakonom dozvoljeno. Očigledno je da kada jedno lice vrši svoje pravo u njegovom zakonskom okviru, na temelju pravne dopuštenosti tog djela, biva, u načelu, oslobođeno svih posljedica koje bi se mogle pojaviti u odnosu na druga lica. Ovo je smisao općeg pravila koje je *Medžella* u čl. 91. preuzela iz djela *Kitab el-medžami*, a koji glasi: “Ne može se odgovarati za ono što je pravom dozvoljeno”. Naprimjer, ako domaća životinja koja pripada jednom licu uquine pavši u bunar koji je drugo lice iskopalo na svom zemljištu, ovaj posljednji nije odgovoran. U engleskom pravu isti princip je izražen kao *damnum sine injuria* (šteta bez namjere).

Osnovni princip je, dakle, da vršenje sopstvenog prava po sebi ne uključuje odgovornost. Međutim, ono može prouzrokovati ozbiljne štete drugima a može biti i isključivo motivisano željom da se nanese šteta. Među muslimanskim pravnicima, a i modernim zakonicima, ne postoji saglasnost u vezi s pitanjem da li je šteta prouzrokovana vršenjem sopstvenog prava zabranjena i da li dovodi do odgovornosti vršioca.

Ebu Hanifa i Šafija odgovaraju negativno na ovo pitanje polazeći od postavke da su prava neograničena. Malik, Ebu Jusuf (učenik Ebu Hanife) i kasniji hanefijski pravници smatraju, međutim, da vršenje prava treba biti zabranjeno ako će prouzrokovati ozbiljnu štetu. Ovo tumačenje je usvojeno u 1197. čl. *Medželle*, koji propisuje: “Niko se ne može spriječiti da čini šta želi sa svojom imovinom ukoliko pri tome ne bi prouzrokovao štetu drugim licima”.

Ovaj pristup se usredsređuje više na rezultat nego na namjeru lica koje vrši svoje pravo. Ako je rezultat povezan s velikom štetom, vršenje prava je zabranjeno bez obzira na namjeru vršioca.

Malikijski pravnik 14. vijeka Ibrahim Musa el-Lahmi, bolje poznat kao Ebu Ishak eš-Šatibi, nije slijedio objektivnu koncepciju *Medželle*, već modernu subjektivnu koncepciju koja se obraća namjeri lica koje vrši svoje pravo. U djelu *el-Muvafekat fi usul eš-šeri'a* Eš-Šatibi ističe da će se jedan akt, koji je sam po sebi dozvoljen, a čini se s isključivom namjerom da se prouzrokuje šteta drugima (*animus nocendi*) smatrati pravno nedozvoljenim i morati spriječiti. On zastupa i obrnut stav, naime da je i nezakonito vršenje prava dozvoljeno ukoliko je namjera da se postigne zakonit rezultat, a ne da se prouzrokuje šteta.

Naovlašćeno vršenje tuđih poslova (negotiorum gestor)

Jedno od opštih pravila šerijata glasi: “Niko ne može poslovati s imovinom drugog lica bez njegovog dopuštenja”. Lice koje posluje s tuđom imovinom bez zakonske dozvole naziva se “neovlašćeni zastupnik” (*el-fuduli* ili negotiorum gestor). Zastupništvo, zakup ili zajam dozvoljavaju upotrebu imovine onog ko zaključi takav ugovor. Starateljstvo sadrži pravno dopuštanje koje zakon daje staratelju da upravlja poslovima štitićenika, kao kada otac upravlja imovinom svoga maloljetnog sina.

Muslimanski pravnici se ne slažu u pogledu valjanosti poslova neovlašćenog zastupnika. Neki, uključujući Šafiju, smatraju da takvi poslovi nisu valjani čak i kada ih odobri vlasnik imovine. Većina

pravnik, uključujući Ebu Hanifu i Malika, zauzima drugo stanovište, naime, da je valjanost poslova koje vrši neovlašćeni zastupnik ovisna o odobrenju ili potvrdi vlasnika imovine. Ako ih odobri, ti poslovi postaju valjani i djelotvorni u skladu sa principom: “Naknadno odobrenje ima isti efekat kao i prethodno ovlaštenje”. Ako vlasnik imovine odbije da odobri takva djela, ona su nevaljana izuzev nekih izuzetnih slučajeva. Po trećem mišljenju, slično stavu većine modernih zakonika, neovlašćeni poslovi su valjani čak i ako ih vlasnik ne prihvati ukoliko su po njega korisni ili izvršeni s namjerom da se od vlasnika traži namirenje. Ovaj stav je posebno rastumačio hanbelijski pravnik Ibni Kajjim el-Dževzije.

Neosnovano bogaćenje

Ako je nezakonito poslovati tuđom imovinom bez odobrenja ili starateljskog ovlaštenja, onda slijedi da “niko ne može uzeti tuđu imovinu bez pravnog osnova”. Ovaj princip je zasnovan na Božijem nalogu: “Ne prisvajajte nezakonito imovinu jedni drugima”. (IV: 33). Ovaj opšti princip ponovljen je u 97. čl. *Medželle*. Prema tome, treba postojati neki zakonski razlog za uzimanje tuđe imovine. Ukoliko je imovina uzeta bez osnova, mora biti vraćena bez obzira da li je riječ o krađi, prevari ili zabludi.

Na osnovu toga, pravnici su postavili pravilo da suma koja je plaćena bez obaveze treba biti vraćena bez obzira da li je plaćanje izvršeno u zabludi, za zabranjene ciljeve ili za cilj koji nije ispunjen. Oni su na sličan način formulisali pravilo *quantum meruit*, tj. da naknada mora biti primjerena djelu ili stvari za koju se naknada traži. Ovo se primjenjuje u slučajevima kada prethodni ugovor ne postoji, kada je prestao važiti, kada je nevaljan, kada ne određuje visinu naknade i u slučajevima kada je dobit rezultat spajanja ili miješanja imovine različitih lica.

I pored toga što su priznali postojanje obligacije u slučaju nezakonite dobiti, kao što je spomenuto, muslimanski pravnici nisu iz toga razvili opšti princip obaveza zasnovanih na nezakonitom bogaćenju, kako su to učinili neki moderni zakonici.

Delikti i protivpravna djelovanja

Protivpravna djelovanja, koja muslimanski pravници nazivaju “raspolaganja činjenjem” zabranjena su djela koja imaju za posljedicu odgovornost lica koje ih je počinilo. Tu spada: nezakonito prisvajanje i uništenje tuđe imovine, te odgovornost iz prekršaja i krivičnih djela. Pošto se prekršaji i krivična djela raspravljaju u poglavlju o kaznom pravu, ovdje se o njima neće govoriti.

Nezakonito prisvajanje

Muslimanske škole prava nisu saglasne u pogledu definisanja nezakonitog prisvajanja. Hanefijska škola nudi ovu definiciju:

“Nezakonito prisvajanje je zaplijena posjeda zakonitog vlasnika i uspostavljanje nevaljanog posjeda neovlašćenim i otvorenim zaposjedanjem imovine koja ima vrijednost, koja je cijenjena i pokretna”. [Serahsi, *el-Mebsut*. v. II. str. 54]

Ova definicija isključuje nezakonito prisvajanje nekretnina nasuprot mišljenju Šejbanije, učenika Ebu Hanife i drugih pravnikā ove škole. Nezakonito prisvajanje se razlikuje od krađe po tome što se čini otvoreno, dok je krađa skriveno djelo.

Lice koje nezakonito prisvoji neku imovinu mora je vratiti. Ukoliko je potrošena, uništena ili izgubljena protivpravnim djelovanjem ili na drugi način, mora se nadomjestiti ako je riječ o zamjenljivoj imovini ili platiti njena vrijednost prema cijeni koja preovladava u mjestu i vremenu nezakonitog prisvajanja, ako se radi o nezamjenljivoj imovini. Prema hanefijskoj i malikijskoj školi pri ustanovljenju vrijednosti imovine treba uzeti u obzir mjesto i vrijeme nezakonitog prisvajanja. Prema hanbelijskoj školi treba uvažiti vrijeme u kome je nezakonito prisvojena imovina uništena, dok je za šafije mjerodavna najviša vrijednost imovine u periodu između nezakonitog prisvajanja i uništenja. Osim toga, svaki plod nezakonito prisvojene imovine mora se vratiti vlasniku. Za svako umanjenje vrijednosti koje proistekne iz činjenja lica koje je imovinu nezakonito prisvojilo ili koristilo, mora se platiti naknada.

Među pravnicima je sporno pitanje naknade za korištenje i dobit koji su izostali zbog nezakonitog prisvajanja stvari. Šafija smatra da u svim slučajevima postoji odgovornost za gubitak korištenja, dok Ebu Hanifa drži da ona treba biti ograničena na neke izuzetne slučajeve. Malik smatra da odgovornost postoji ukoliko se pokaže da je uzurpator nezakonitim prisvajanjem zadobio neku korist.

Oštećenja tuđe imovine

U islamskom pravu, svaki protivpravni akt protiv tuđe imovine ima za posljedicu odgovornost počinioca. Ovaj princip, koji se posebno odnosi na oštećenje imovine, pravnici su proširili tako da obuhvata sve povrede imovine ili lica. Svaka povreda se, u tom smislu, naziva “oštećenje”. Ovaj koncept je dostigao vrhunac u oblikovanju sveobuhvatne teorije odgovornosti koja je utemeljena na opštim pravnim pravilima a protezala se na mnoštvo nezakonitih akata.

Odgovornost je obaveza da se nadomjesti oštećena imovina ako je zamjenljiva ili plati naknada štete ako je nezamjenljiva.

Odgovornost te vrste naziva se “odgovornost za oštećenje” da bi se razlikovala od odgovornosti iz ugovora. To je slično modernom razlikovanju deliktne i kontraktualne odgovornosti (odgovornost iz protivpravnih djelovanja i iz ugovora). Da bi postojala odgovornost za oštećenje, potrebno je da se steknu slijedeći uslovi:

1. Djelo mora da predstavlja štetu. “Djelo” se ovdje shvata u najširem smislu i uključuje fizički akt, riječi, činjenje i propuštanje. “Šteta” uključuje jedino materijalno oštećenje. Moralna šteta nije priznata od većine pravnika. Međutim, za neke sljedbenike Ebu Hanife kaže se da su smatrali da je u slučajevima bola prouzrokovanog fizičkom povredom ili ranjavanjem počinilac obavezan da plati naknadu koju će sudija procijeniti prema patnji pričinjenoj oštećenom licu (*pretium doloris*).

2. Šteta mora biti protivpravna. Uslov je da nije nanesena izvršenjem prava ili sankcije. Šteta koja bi proistekla iz dopuštenog akta ili iz vršenja prava ne povlači naknadu, osim u izuzetnim slučajevima koji su navedeni u izlaganju o zloupotrebi prava.

3. Šteta mora biti neposredna ili posredna posljedica protivpravne radnje. Neposredno oštećenje je oštećenje stvari bez intervencije bilo kog činioca između izvršenog djela i posljedice. Posredno oštećenje je svaka radnja koja se učini prema jednoj stvari a po redovnom toku stvari dovode do njenog oštećenja. Oštećenje je očigledna i redovita posljedica djela. Naprimjer:

“Lice koje prouzrokuje pad i razbijanje viseće lampe presijecanjem užeta koje je pridržava, neposredno je prouzrokovalo oštećenje užeta a posredno uništenje lampe; lice koje razbije posudu s maslacem pa sadržina propadne, neposredno je prouzrokovalo uništenje posude a posredno uništenje maslaca” (*Medžella*, čl. 888).

4. Protivpravni akt koji za posljedicu ima oštećenje mora biti učinjen s namjerom.

To se odnosi i na slučajeve gdje je oštećenje prouzrokovala životinja ili beživotni predmet. Pravnici upotrebljavaju termin “namjera” u značenju koje obuhvata i slučajeve grube nemarnosti i blaže nepažnje. Ovaj uslov se tumači pravnim pravilom:

“Lice koje neposredno prouzrokuje štetu, pa makar i nenamjerno, odgovorno je. Ali, lice koje posredno prouzrokuje štetu nije odgovorno ukoliko nije djelovalo s namjerom” [Ibn Nudžejm, *El-ešbah ve ennezair*, str. 113]

Dozvoljena djela i ugovori

Budući da je ranije bilo riječi o protivpravnim djelima ili deliktima kao izvorima obligacija, sada ćemo ukratko raspraviti dozvoljene akte (*et-tesarrufat el-kavlijje*). To su djela koja se čine s namjerom da se postignu pravne posljedice. Postoje dvije vrste: 1. pravni poslovi koji izražavaju volju jedne strane, od kojih su najvažniji akti neovlašćenog vršenja tuđih poslova, vakufska zavještanja, testament pod određenim okolnostima i sl.; 2. ugovori, koji su nesumnjivo najznačajniji pravni poslovi. Stoga će ovo izlaganje biti ograničeno na pravila koja uređuju posljednju vrstu pravnih poslova.

U 103. i 104. čl. *Medželle* ugovor je definisan kao “sporazum i obaveza dvije ugovorne strane u odnosu na određeni sadržaj”. Čini ga

spoj ponude i prihvatanja. U zaključenju ugovora ponuda i prihvata su povezani na pravni način, što ima za posljedicu uspostavljanje njihovog međusobnog odnosa. Ugovor je izvor obligacije a njegovo vjerno ispunjenje je dužnost prema 1. ajetu V sure: “O vjernici, ispunjavajte svoje obaveze”!

Uslovi koji se traže za zaključenje valjanog ugovora su: 1. saglasnost ugovornih strana; 2. sposobnost ugovornih strana; 3. predmet ugovora; 4. pravni razlog, motiv; 5. posebna forma u određenim slučajevima. U odsustvu opšte teorije ugovora u islamskom pravu, pravila i opšte uslove ugovora nalazimo razasute u obrazlaganju brojnih kategorija ugovora.

Obligacije nastaju iz sporazuma ugovornih strana, a ne iz uvažavanja nekih posebnih formi i pravnotehničkih pojedinosti. Prihvata je stoga dovoljan za zaključenje ugovora i bez uobličjenja u neku posebnu formu. *Medžella* u čl. 3. inter alia navodi: “U ugovorima se daje pažnja namjeri i smislu, a ne riječima i frazama”. Dva najznačajnija izuzetka od ovog pravila su bračni ugovor, koji mora biti potvrđen svjedocima, i vakufsko zavještanje, koje zahtijeva posebno izražavanje volje.

Sporazum stranaka

Saglasnost ugovornih strana je najvažniji element zaključenja ugovora. To je spoj ponude i prihvata. *Medžella* (čl.101 i 102) o tome kaže:

“Ponudu čini početna izjava jedne ugovorne strane koja time namjerava izvršiti određeno raspolaganje. Prihvata je izjava koju čini druga ugovorna strana u narednoj fazi s namjerom da izvrši raspolaganje. Tako se ugovor upotpuni”.

Jedan od uslova prihvata je da odgovara ponudi i da bude učinjen dok ponuda važi. Ponuda i prihvata se mogu učiniti riječima, činom, gestom ili pismom. Ukoliko se ponuda i prihvata podudaraju, ugovor se smatra zaključenim u mjestu i vremenu prihvata.

Šutnja se redovno ne smatra znakom prihvatanja, osim u slučajevima kada se traži izričito izjašnjenje ugovorne strane. Tada se šutnja

smatra izrazom onoga što je ugovorna strana bila dužna da izjavi. To je smisao pravila: "Nikakva izjava se ne može pripisati čovjeku koji šuti, ali je šutnja jednaka izjavi u okolnostima kada je izjava bila neophodna", [Ibn Nudžejm, *el-Ešbah ve en-neza'ir*, str. 61; *Medžella* čl.67]

Smetnje za postizanje sporazuma stranaka

Postizanje saglasnosti stranaka sprječava zabluda, prevara i prinuda. Ukratko ćemo se osvrnuti na svaku od ovih pojava:

Zabluda predstavlja smetnju postizanju sporazuma stranaka i predstavlja razlog nevaljanosti ugovora ukoliko se tiče karaktera predmeta ugovora ili njegovih osnovnih obilježja.

Prevara jedne ugovorne strane koja navede drugu ugovornu stranu na zaključenje ugovora sprječava postizanje saglasnosti. Ako je prevara učinjena nekim djelom, kao kada neko oboji stari komad odjeće i izjavi da je nov, po mišljenju većine pravnika to djelo predstavlja smetnju postizanju sporazuma. Ako je prevara izvršena samo riječima, ne smatra se razlogom za poništenje ugovora ukoliko nije povezana sa nesrazmjerom ugovornih obaveza (*laesio enormis*).

Prema hanefijskoj i šafijskoj školi, nesrazmjera uzajamnih ugovornih obaveza razlog je za poništenje ugovora ako je nesrazmjera velika i povezana sa prevarom. U izuzetnim slučajevima, u prvom redu kada se radi o imovini vakufa, siročadi i državne blagajne, velika nesrazmjera bez prevare je razlog za poništenje ugovora. Malikijaska i hanbelijska škola, međutim, smatraju da postoji razlog za poništenje kupoprodajnog ugovora ako je nesrazmjera pretjerana a oštećena strana neiskusna. Lice koje primjenjuje prinudu mora biti u stanju da izvrši prijetnju. Osim toga, prisiljavano lice mora biti dovoljno uplašeno da se ponaša protiv svoje volje i odluči da pod utjecajem straha sklopi ugovor. Muslimanski pravници svih škola slijede subjektivnu teoriju pri određivanju mjerila zaplašenosti kod prinude. Ova teorija drži da se prinuda razlikuje prema ljudskim okolnostima, načinima i sredstvima kojima se provodi i djelima koja se zahtijevaju. Tako prinuda nije samo fizička nego može proisticati i iz verbalnih prijetnji.

Predmet ugovora

Svaki ugovor mora imati predmet (*mehall el-'akd*), koji treba da ispuni slijedeće uslove:

Predmet treba biti pogodan za predaju. Tako je ništavna prodaja potopljenog broda koji se ne može izvaditi iz mora i odbjegle životinje koja se ne može uhvatiti i predati.

Predmet mora biti posebno određen i dovoljno poznat ugovornim stranama.

Predmet ugovora mora biti postojeća stvar. Ugovor o budućoj isporuci je načelno ništavan. Najvažniji izuzeci su preprodaja ili plaćanje u gotovu a isporuka naknadno (*'akd es-selem, es-selef*), ugovor o proizvodnji određene stvari ili kupovina plodova. Hanefijski koncept pravičnosti i u ovom pogledu istaknut je u 207. čl. *Medželle*:

“Valjana je prodaja pripadajućih dijelova koji postepeno dospijevaju, istovremeno s postojećim dijelovima. Naprimjer, u slučaju voća, cvijeća i povrća koje ne dozrijeva u jedno vrijeme, dio koji nije dozrio može se prodati zajedno s dijelom koji je dozrio”.

Međutim, ugovor koji bi imao za predmet buduće nasljedstvo zabranjen je po šerijatu, pošto pravo naslijeđa nastupa tek nakon smrti ostavitelja. Prema tome, svaki takav ugovor smatrao bi se da ima za predmet nepostojeću stvar.

Predmet ugovora mora biti pravno dopuštena stvar. U suprotnom ugovor je ništavan.

Osnovni princip šerijata je sloboda ugovaranja. Njega je posebno rastumačio Ibn Kajjim el-Dževzije, istakavši stav većine pravnika da je sloboda i dopuštenost načelo u ugovaranju, dok zabrana mora biti zasnovana na izričitom pravnom nalogu. Izuzeci se, dakle, određuju šerijatom. Pravnici nisu jednoglasni u primjeni ovog principa na sporedne slučajeve. Neki ovaj princip široko tumače, drugi mu daju uži smisao, dok treći zastupaju sredinu između dva krajnja stanovišta.

Značaj motiva u ugovoru

Muslimanski pravници se razilaze u pitanju motiva u ugovorima kako u pogledu terminološkog određenja tako i njegovog utjecaja na ugovore. Ovaj problem oni nisu ispitivali sa stanovišta opšte teorije o ugovorima. Međutim, iz ukupnosti njihovih radova moguće je izvesti teoriju sličnu modernoj teoriji kauzalnosti.

Neka opšta pravila islamskog prava glase: “Svaki razborit i svojevolan čovjek postupa s nekim ciljem”, “U ugovorima treba uzeti u obzir cilj, pošto on može utjecati na njihovu valjanost, nevaljanost, rušljivost i nepovredivost”, “Svaki motiv koji se ne može ostvariti smatra se nezakonitim”. [Eš-Šatabi, *el-Muvafekat*, V. II str. 327]

Prema tome, svaki ugovor mora imati određeni motiv ili cilj koji se razlikuje s obzirom na vrstu ugovora. Motiv ili cilj bračnog ugovora je međusobna ljubav i dobijanje djece, ugovora o poklonu da se učini dobro radi njega samog, u dosta neobavezujućem ugovoru da se izvrši razmjena koristi ili svojine između ugovornih strana. Motiv ili cilj mora biti postojeći, dopušten i valjan. Polazeći od toga, većina pravnikâ je proglasila ništavnim prosto obećanje ili ugovor čiji je cilj nepostojeći ili nedopušten. Tako, naprimjer, hanbelijska, malikijska i zahirijska škola smatraju nevaljanom prodaju naranči, hurmi i grožđa za proizvodnju opojnih pića ili prodaju oružja razbojnicima ili buntovnicima.

Pravnici, isto tako, smatraju da je za valjanost ugovora neophodno trajno postojanje motiva ili cilja. Čl. 443. *Medželle* glasi:

“Ako se bilo šta desi što sprječava ostvarenje prvobitnog cilja u ugovoru o najmu, ugovor se smatra dokinutim. Naprimjer, ako se iznajmi kuhinja za svadbenu svečanost, pa jedno od zaručnika umre, ugovor se smatra dokinutim. Slično, ako osoba koja unajmi dadilju umre, ugovor o najmu je valjan, ali ako umre dijete ili dadilja, ugovor je opozvan”.

Sposobnost stranaka

Ugovorne strane moraju imati sposobnost da uđu u ugovorne obaveze ukoliko žele da ugovor bude valjan. One moraju posjedo-

vati pravnu i poslovnu sposobnost. Prva postoji od samog rođenja a druga se stiče nastupanjem vremena duševne zrelosti. Nesposobnost se ograničava na kategoriju lica pod starateljstvom. Najvažniji slučajevi za nastup starateljstva su: ropstvo, maloljetnost, umobolnost, rasipništvo, dug, smrtna bolest a po nekim pravnicima pod starateljstvom su i žene i pijanice. Sada ćemo ukratko izložiti ove slučajeve:

1. Ropstvo. Bilo je rašireno u prvim danima islama i ostalo tako dok nije postepeno ukinuto. Danas je rijetko. Ukidanje ropstva je saglasno duhu šerijata, koji naređuje lijep postupak s robovima i podstiče da se oslobađaju u brojnim prilikama. Stoga razlaganje ovog slučaja ne bi imalo praktični značaj.

2. Maloljetnost. Maloljetnik koji nije sposoban da rasuđuje nema pravo da sklapa ugovore bilo koje vrste. Maloljetnik s dovoljnom sposobnosti rasuđivanja može biti strana u ugovoru koji je u njegovom interesu kao što je primanje poklona, ali nije ovlašćen da sklopi ugovor koji mu donosi gubitak, kao što je davanje poklona. Ako nije jasno da li jedan ugovor, na primjer kupoprodaja, donosi dobit ili gubitak maloljetniku, može ga sklopiti ali uz pristanak staratelja. Muslimanski pravnici nisu saglasni u vezi s pitanjem kada nastupa punoljetnost, ali većina smatra da je to nastup perioda puberteta. Ako se ne ukažu znakovi puberteta, pretpostavlja se da je punoljetnost postignuta navršenom petnaestom godinom. Međutim, sudija može zadržati pod kontrolom imovinu maloljetnika i nakon što on uđe u pubertet sve dok ne pokaže zrelost i razumijevanje. S druge strane, sudija ili staratelj mogu dopustiti dječaku sposobnom za rasuđivanje da obavlja poslove i sklapa ugovore.

3. Umobolnost i slaboumnost. Umobolnik je lice koje je izgubilo razum, dok je slaboumnik lice s manjkavim razumom. Pravnici umobolnike podvode pod kategoriju maloljetnika nesposobnog za rasuđivanje i potpuno mu odbijaju sposobnost prihvatanja ugovornih obaveza. Slaboumnika upoređuju s maloljetnikom sposobnim da rasuđuje i smatraju ga licem s okrnjenom poslovnom sposobnosti, kako je već opisano.

4. Rasipništvo. Ono uključuje prekomjernost, razuzdanost i nepromišljenost. Ebu Hanife i drugi se izjašnjavaju protiv starateljstva

nad rasipnicima, obrazlažući da je starateljstvo nad slobodnim čovjekom nevaljano pošto je "starateljstvo kontrola nad dušom, pa je zato duša važnija nego imovina". Međutim, većina pravnika, a i sama *Medžella*, ovlašćuju sudiju da rasipnika stavi pod starateljstvo i objavi odluku o tome. Poslovna sposobnost rasipnika je nepotpuna i odgovara sposobnosti maloljetnika kadrog da rasuđuje.

5. Dug. Većina muslimanskih pravnika, nasuprot Ebu Hanifi, smatraju da sudija može staviti pod starateljstvo nesposobnog dužnika na zahtjev njegovih povjerilaca. I *Medžella* prihvata ovaj stav (čl. 959, 998). Cilj starateljstva je onemogućavanje dužnika da sklapa poslove na štetu povjerilaca.

6. Smrtna bolest. Ne postoji jednoglasnost u pogledu definisanja smrtne bolesti, ni posljedica koje ona ima na poslove bolesnika. Po mišljenju većine, to je bespomoćno stanje u kome smrt neminovno nastupa i u kome postoji bojazan da se bolesnik može ponašati na način koji škodi njegovim nasljednicima i povjeriocima. U takvom slučaju, po stanovištu većine pravnika i *Medželle*, bolesno lice ne posjeduje neograničenu sposobnost preuzimanja ugovornih obaveza. Bolesnik se smatra pod djelimičnim starateljstvom - ne može sklapati određene poslove, posebno one koji škode interesima nasljednika i ugovor o poklonu i prodaja po nepovoljnoj cijeni, odnosno ispod stvarne vrijednosti. Ovakvi ugovori se izjednačavaju s testamentom, pa njihova valjanost ovisi od nasljednika ili povjerilaca.

7. Žene i supruge. Preovlađujući stav šerijata je da žena, udata ili ne, ima potpunu pravnu i poslovnu sposobnost kao i muškarac, te da samostalno može raspolagati svojom imovinom bez zapreke ili traženja dopuštenja. Nekolicina pravnika zauzima stav suprotan vladajućem mišljenju. Među njima je Malik, koji drži da brak treba smatrati djelimičnim ograničenjem ženine poslovne sposobnosti, posebno u pogledu ugovora o poklonu, za čiju je valjanost potrebna saglasnost muža.

8. Pijanstvo. Valjanost ugovora koji sklopi pijano lice je sporna. Neki, među njima hanefije, smatraju valjanim ugovor koji sklopi ovo lice. Drugi, među njima Šafija, ove ugovore ne smatraju obavezuju-

ćim na osnovu stava da je uslov za sklapanje pravnih poslova sposobnost za rasuđivanje a pijano lice je lišeno takve sposobnosti.

Forma ugovora

Osnovni princip islamskog prava glasi da je saglasnost volja dovoljna za zaključenje ugovora. Prema tome, ne traži se nikakva posebna forma ni u pogledu izjave volje, ni drugih formalnosti. *Medžella* (čl.3) izražava ovaj princip na slijedeći način: "U ugovorima se pažnja daje namjeri i smislu, a ne riječima i frazama". Međutim, pravnici su načinili neke iznimke od ovog pravila i to zbog važnosti određenih poslova. Tu spadaju bračni ugovor, vakufsko zavještanje i drugo. Većina pravnika smatra da je bračni ugovor valjan uz dva svjedoka, dok se za valjanost uvakufljenja traže posebni izrazi koji ukazuju na trajnost vakufa.

Najvažnije vrste posebnih ugovora

Kupoprodaja je ugovor kojim se prenosi svojina nad imovinom uz naknadu. *Medžella* u čl. 105. kupoprodaju definiše kao "zamjenu imovine za imovinu". Postoje četiri vrste kupoprodaje: a) prodaja stvari za cijenu (prava prodaja), najpoznatiji tip kupoprodaje; b) razmjena gotovine za gotovinu; c) zamjena stvari za stvar; d) pretprodaja - plaćanje kupovne cijene odmah, isporuka kasnije.

Kupoprodajni ugovor se zaključuje ponudom i prihvatom, te nije potrebno čekanje isporuke ili plaćanja.

Najam je davanje stvari ili usluge za naknadu. *Medžella* to definiše ovako: "prodaja upotrebe i korištenja za naknadu". S obzirom na predmet, postoje tri vrste ugovora o najmu: najam upotrebe i korištenja stvari, bez obzira da li se radi o nekretninama, koristima ili životinjama; b) najam radne snage, kao što je najam sluge; c) najam vještine ili zanatskog rada, kao u slučaju kada jedno lice da tkaninu krojaču da mu skroji odijelo.

Kod ugovora *o poklonu*, poklonodavac prenosi vlasništvo nad imovinom na poklonoprimeca bez naknade. Može se kao uslov posta-

viti da davanje prati naknade, ali u tom slučaju ugovor postaje podvrgnut pravilima kupoprodaje. Pravnici se razilaze u pitanju da li je predaja stvari uslov za zaključenje ugovora o poklonu. Malik smatra da to nije neophodno, pa se, prema njegovom mišljenju, ugovor o poklonu zaključuje ponudom i prihvatom. Drugi pravnici, uključujući hanefije i šafije, smatraju da poklon postaje efektivan tek predajom stvari. Taj stav usvojen je u *Medželli* (čl.837): "Ugovor o poklonu je zaključen ponudom i prihvatom a izvršen kada se predmet uzme u posjed". Ovo je zasnovano na opštem pravilu sadržanom u čl. 57. *Medželle*: "Poklon je izvršen tek onda kada se predmet uzme u posjed".

Ugovorom *o posudbi* se besplatno prenosi vlasništvo nad upotrebom i korištenjem jedne stvari. Kao i drugi ugovori o poklonu, ne smatra se sklopljenim sve dok posuđenik ne uzme stvar u posjed. Svaka ugovorna strana može po volji raskinuti ugovor. Posuđenu stvar posuđenik dobija na osnovu povjerenja, pa stoga ne odgovara za njeno uništenje, gubitak ili oštećenje ukoliko to ne prouzrokuje svojom krivicom ili nemarnošću. Posuđenik je ovlašćen da upotrebljava posuđenu stvar bez naknade a prema uslovima određenim u ugovoru ili prema važećem običaju. On snosi troškove održavanja posuđene stvari dok je u njegovom posjedu i mora je nepromijenjenu vratiti nakon prestanka ugovora.

Zajam izvjesnih artikala koji se mogu odrediti jedinicama zapremine, težine ili broja primaocu koji je obavezan da vrati istu količinu ili mjeru koju je primio podvodi se pod ugovor o *poklonu*, pa se prema tome zaključuje jedino predajom stvari.

Ovaj ugovor ne može sadržavati nikakvo povećanje imovine zajmodavca pošto se svako povećanje koje se odredi smatra kamatom, koja je u šerijatu zabranjena.

Ostava postoji u slučaju kada vlasnik da svoju imovinu na čuvanje jednom licu. Ugovor može prestati voljom bilo koje strane. Imovina je pohranjena na osnovu povjerenja u lice koje je čuva (depozitar) pa je ovaj odgovoran za uništenje ili gubitak imovine jedino ako ga prouzrokuje krivicom ili nemarnošću. Ukoliko je stvar data na čuvanje uz naknadu pa bude uništena ili izgubljena iz razloga koji se mogao otkloniti, depozitar je odgovoran za to.

Jamstvo se u *Medželli* (čl. 612) definiše kao “pridruživanje jedne obaveze drugoj obavezi s obzirom na neku tražbinu”. To znači da se jamstvo sastoji od pridruživanja obaveze jednog lica obavezi drugog lica pri čemu se ovaj prvi obavezuje da ispuni svaku tražbinu koja je tome pridodata. Prema pravilu “ako padne stablo, padaju i grane”, proizilazi da “ako glavni dužnik bude oslobođen obaveze, onda će biti oslobođen i jamac”. Prema *Medželli* povjeriocu je ostavljeno da izabere da li će namirenje tražiti od glavnog dužnika ili jamca. To znači da nije obavezan da se obrati prvo glavnom dužniku kako to propisuju mnogi zakonic.

Zalog je ugovor kojim zalagodavac predaje svoju imovinu zalogoprimcu, koji je čuva kao obezbjeđenje neke svoje tražbine. Ugovor o zalogu zaključuje se, prema *Medželli*, sporazumom stranaka, ali se ne smatra potpunim i obavezujućim sve dok predmet zaloge ne bude predat zalogoprimcu. Ugovor o zalogu može se raskinuti jedino saglasnošću obje strane, bilo voljom zalogoprimca, ali nikako voljom samog zalagodavca. Zalogoprimac može zadržati založenu stvar dok njegovo potraživanje ne bude ispunjeno. Zalogoprimac ne može koristiti založenu stvar bez dozvole zalagodavca. Pri namirenju iz založene stvari ima prvenstvo nad ostalim povjericima.

Zastupništvo je ugovor kojim jedno lice ovlašćuje drugo da djeluje umjesto njega u određenim stvarima. Zastupanje može biti opšte ili djelimično, potpuno ili ograničeno. Uopšte, jedno lice može imenovati zastupnika da izvrši bilo kakav posao koji vlasnik i sam može izvršiti, da izvrši bilo kakvu tražbinu ili primi izvršenje tražbine koja proističe iz postupka nalagodavca.

Poravnanje je ugovor kojim se rješava spor obostranim sporazumom. Obje strane se saglase da izaberu treće lice koje će riješiti njihov spor i potraživanja. Poravnanju se može pribjeći u imovinskim zahtjevima koji se odnose na prava pojedinaca.

Ortakluk je ugovor između dva ili više lica o zajedničkoj podjeli novca i dobiti. Ortakluka, sa jednakim ili nejednakim dijelovima, ima tri vrste: a) udruživanje određenih dijelova novca; b) udruživanje u radu, gdje ortaci ulažu rad ili vještinu; c) udruživanje u kreditu,

gdje se ne udružuje novac, već ortaci kupuju ili prodaju na kredit uz dogovor o podjeli dobiti. Ortakluk može biti mješovitog karaktera, naprimjer udruživanje novca i rada, poljoprivrednog dobra i rada, voćnjaka i rada. U prvom slučaju (*mudareba*) jedna strana daje novac a druga rad. Kod udruživanja poljoprivrednog zemljišta i rada (*muzare'a*) jedna strana ulaže zemljište a druga rad a proizvod međusobno dijele. Kod udruživanja voćnjaka i rada (*mugaresa*) voćnjak ulaže jedna strana, druga strana ga njeguje i podiže, plodovi se međusobno dijele.

Prestanak i prijenos obligacija

Ugovori prestaju obostranom saglasnošću, istekom roka ili djelovanjem pravnih propisa koji regulišu ugovore uopšte ili njihove posebne vrste. Ugovori koji se ne mogu raskinuti jednostrano, mogu obostrano sporazumom. Neki ugovori, kao ostava, mogu se raskinuti voljom bilo koje strane. Kod ugovora o zalogu, zalogoprimac a ne zalagodavac ima pravo jednostranog prekida. Smetnje, kao što je nepostojanje jednog od bitnih elemenata ugovora, ili manjkavost u saglasnosti volja, kao pijanost, otvaraju mogućnost za raskid ugovora (vidi ranije). Postoje i neki opšti razlozi za prestanak ugovora i drugih obligacija, kao što su poravnanje, oprost duga, protek vremena.

Povjerilac može prenijeti svoje potraživanje prodajom ili poklonom trećem licu kao što i dužnik može prenijeti svoju obavezu. Pravnici nisu jednoglasni u pogledu zakonitosti prve vrste prijenosa potražnje. Neki, uključujući Malika, prijenos bezuslovno dopuštaju, drugi, uključujući Šafiju i Ibn Hanbela, jednoglasno ga odbacuju. Hanefije se prijenosu potražnje načelno protive, ali ga i dopuštaju u izuzetnim slučajevima služeći se pravnim fikcijama.

Prijenos duga nije dozvoljavalo rimsko pravo. Muslimanski pravnici svih škola koji su ga dopuštali prenijeli su ga u Evropu posredstvom Španije i Sicilije u vrijeme krstaša (12. vijek). Francuska riječ *aval* izvedena iz arapske *havale* dokaz je ovog posuđivanja.

C. A. Nallino

RAZMIŠLJANJE O VEZAMA FIKHA I RIMSKOG PRAVA

Pitanje da li je rimsko pravo uticalo na islamsko postoji već odavno. Više od jednog stoljeća pravници i historičari iznose dokaze za pozitivan ili negativan odgovor. Rijetko je kada u nauci uporednog prava sa više strasti raspravljano o nekom problemu. Odgovori koji su nuđeni bili su potpuno suprotni.

Godine 1973. u Bejrutu je u izdanju Doma naučnih istraživanja štampana zbirka tekstova pod naslovom "Da li je rimsko pravo uticalo na islamsku pravnu nauku?" u kojoj su objavljene najvredniji prilozi raspravi u vezi s ovim problemom. Zbirku je priredio profesor dr. Muhammed Hamidullah, koji je izvršio i redakturu prijevoda. Vrijednost ove zbirke je u tome što sadrži tekstove autora koji u pitanju uticaja rimskog prava na fikh imaju različite stavove (C. A. Nallino, Muhammed Hamidullah, G. H. Bousquet, Muhammed Ma'rif Ed-Davalibi, S. V. Fitzgerald).

Pitanje eventualnog utjecaja rimskog prava na fikh interesuje prvenstveno pravnike - historičare i komparativiste. Međutim, tekstovi posvećeni ovom problemu sadrže niz vrijednih informacija za sve one koji se interesiraju za islamsko pravo uopšte, njegove koncepte, historijski razvoj i drugo. Iz tog razloga odlučili smo se da prevedemo neke tekstove. Na taj način u literaturi na našem jeziku ponovo oživljava jedna stara tema. Naslov originala je "Hel li-l-kanuni-r-rumijji te'sirun alel-fikhil-islamijji", Dar el-buhus el-ilmijje, Bejrut, 1973, str. 190.

1. Moje izlaganje predstavlja samo opšta historijska razmatranja, pa neka mi bude dozvoljeno da ih, iako nisam po struci pravnik iznesem pred ovako velikim brojem uvažanih pravnika.³⁷⁴

2. Ako se ne varam, Domenico Gateschi je bio prvi koji je smatrao da je islamsko pravo u suštini preuzeto iz rimskog prava, i to je iznio u knjizi koja je na italijanskom jeziku štampana u Aleksandriji 1856. godine pod naslovom *Manuale di diritto pubblico e privato otomano* (Priručnik o javnom i privatnom osmanskome pravu). Gateschi je bio advokat pri Mješovitom apelacionom sudu i član Egipatskog instituta. Nije znao ni arapski ni turski. Bavio se isključivo pravnim i sudskim pitanjima vezanim za Egipat i osmansku upravu i na tom području je dao vrijedna djela. Svoje istraživanje je započeo apriornim stavom, čemu treba prigovoriti, a onda je ukazao na brojne sličnosti Justinijanovog prava i islamskog šerijata držeći da su rimska pravila ušla u islam, prosto, putem patvorenih hadisa pripisanih Muhammedu (alejhisselam).

3. Od tog doba ovaj stav zadobio je podršku velikog broja ljudi (na Zapadu) i ponavljan je u beskrajnim nijansama; neki su najvatrenije zastupali ovu tezu, drugi su govorili da u njoj ima dosta vjerovatnoće. Sve skupa, to su bili ili pravници koji nisu orijentalisti a koji su se neposredno izjašnjavali da fikih - islamska pravna nauka - "nije ništa drugo nego rimsko pravo s neznatnim izmjenama", kao što kaže Henri Hugues, ili se radilo o orijentalistima koji nisu dobro poznavali pravne nauke.

4. Činjenica je da niko nije svestrano razmatrao ovo pitanje. Neki poznavaoци islamskih disciplina koji su podržavali tezu o proizlaženju islamskog prava iz rimskog, zadovoljavali su se opštim navodima koji su više rezultat nagađanja i pretpostavki nego temeljitog istra-

³⁷⁴ Profesor Carlo Alfonso Nallino održao je ovo predavanje na Međunarodnom skupu o rimskom pravu u Rimu 1933. Tekst je štampan tek nakon autorove smrti, kada je njegova kćerka, prof. Marija Nallino, pripremila zbirku očevih radova, koja je pod naslovom *Raccolta del scritti* izašla 1942. godine u izdanju Orijentalnog instituta u Rimu. Tekst je na arapski preveo prof. Muhammed Hamidullah. Štampan je više puta, a posljednji put u zbirci *Da li je rimsko pravo utjecalo na islamsku pravnu nauku?*, Bejrut, 1973. godine). Sve napomene u tekstu, označene kao primjedbe prevodioca, potiču iz pera prof. Hamidullaha (tj. prevodioca na arapski jezik). Druga neophodna objašnjenja pripadaju prevodiocu na bosanski jezik i označena su njegovim inicijalima (F. K.).

živanja; navodili su određene pojedinosti ograničenog značaja ili se koncentrisali na sličnosti koje ponekad iznenađuju, ali koje nemaju snagu dokaza. Nesumnjivo, ove sličnosti predstavljaju važan materijal za sam problem, mada su daleko od toga da ga riješe.

5. S druge strane su neki modernisti koji se oslanjaju na rezultate iranskog autora iz redova Behaija, imenom Ebu-l'Fadl el-Džerfakdani (izdato 1911. godine; arapski tekst se nalazi u djelu Abdu-l-Dželil Sa'da *Mukaddime el-kavanin*) i drže da je pravo koje Evropljani nazivaju rimskim faktički preuzeto iz islamske pravne nauke.

6. Što se tiče novijih orijentalista, specijalizovanih u islamskim disciplinama, izgleda da su oni više skloni pozdrivnosti. Međutim, ovo je rezultat opšteg dojma.

7. Stoga bih želio da ovdje iznesem razloge sumnje u tezu o dubokom utjecaju rimskog prava, shvaćenog u najširem smislu, na fikh, da rasvijetlim neke strane za koje mi se čini da nisu dovoljno uzete u obzir ili su ustanovljavane bez potpunih pretpostavki da bi bile prihvatljive kod onih koji smatraju da postoji veza između rimskog i islamskog prava.

8. (1) Opasne nesuglasice u vezi s ovim pitanjem nastale su kao rezultat propuštanja da se razjasni stvarni smisao evropskog termina islamsko pravo. Kod evropskih naučnika ovaj termin se različito shvaća. Za većinu znači riječ fikh - iz razloga što u evropskim jezicima i sistemima ne postoji izraz koji bi mu po značenju potpuno odgovarao - vjerozakon koji reguliše odnose vjernika (muslimana) s Bogom, samim sobom i ostalim ljudima. S određenog aspekta, ovo određenje obuhvata većinu onoga što označava riječ pravo kod zapadnjaka, a s drugog aspekta, manji dio toga. U fikhu se spominju *ibadeti* - obredi (oni obuhvataju i pitanja koja kod nas spadaju u javno pravo, kao što su neka pitanja harača, zekata i sl.) zatim pitanja porodice, ličnog statusa, nasljedstva, imovinskog prava (vakufi u cjelini), svojstva sudija i postupak, kazne, *sijer* (međunarodni propisi koje se tiču mira i rata). Fikh obuhvata i ono što, po shvatanju zapadnjaka, spada u vjerska pitanja kao vjerovanje i zavjeti, klanje životinja za svakodnevnu upotrebu i žrtvu, dozvoljena i zabranjena jela i pića, lov na kopnu i u vodi, odjeća i ukrasi. S druge strane, u fikh ne ulaze važna

pitanja javnog prava i neka pitanja privatnog prava, jer izvori šerijata (Kur'an i Sunnet) nisu za njih donijeli propise - kao što je teorija *hila-feta i sultanata*³⁷⁵ - i brojna pitanja sa područja upravnog prava (koje se naziva *sijase šer'ijje*, što znači upravljanje opštim stvarima prema rezultatima *idžtihada*, pod uslovom da to nije suprotno šerijatu).

9. Ponekad se, međutim, kod evropskih naučnika pod izrazom *islamsko pravo* podrazumijeva ono što se dosta razlikuje od fikha. Oni iz fikha izdvajaju određena poglavlja koja prema zapadnim predstavama stvarno spadaju u pravo, pa im priključuju pojedina pitanja iz javnog prava koje muslimani ubrajaju u *sijase šer'ijje* (a ne u fikh), ili koja su pridodata fikhu, pošto su ih kasnije pravници prihvatili ili potvrdili, kao što je slučaj sa trajnim zakupom, koji su pravници dozvolili tek u poznom dobu iz razloga umnožavanja vakufa i ikta - posjeda - u muslimanskim zemljama oko Sredozemnog mora.

10. Isto tako, ponekad se terminom fikh označavaju, posebno u kolonizovanim područjima, pravila koja se primjenjuju u pojedinim muslimanskim oblastima, znači, šerijatski propisi čija primjena nije obustavljena, a i mjesno pravo koje se sastoji od običaja i tradicija nevezanih za islam.

11. Prema tome, vidimo da postoji velika razlika o pitanju veza između rimskog prava i fikha u odnosu na to šta se podrazumijeva pod terminom *islamsko pravo* i koje od ranije spomenutih određenja preteže.

12. I na kraju, nije dovoljno jasno kada se govori o ovom pitanju, da li oni koji smatraju da je islamsko pravo preuzeto iz rimskog imaju na umu samo opća načela ili zagovaraju podređenost fikha rimskom pravu, čak i u naučnom aspektu - kao što neki misle - ili, u najmanju ruku, u sistematizaciji materije i izlaganju pravnih pitanja u naučnim djelima?

13. (2) Prije bilo kakvog ispitivanja treba utvrditi kakvo je bilo stanje arapskog prava ili arapskih prava prije islama. Naučnici do sada nisu preduzeli temeljitu studiju o ovom problemu. Važnost ove studije zane-

³⁷⁵ O tome je imami Šafija raspravljao u svom djelu *Umm*, u poglavlju o predvođenju namaza (prevodilac).

maruju oni koji smatraju da je fikh - osim porodičnog prava, nasljedstva, kazni i sudstva - bio prazan prostor ispunjen uvođenjem stranih prava u vremenu nakon Muhammeda, alejhisselam, a pod utjecajem naroda koje je islam pokorio.

14. Nema sumnje da su prije islama na tom području postojali sistemi razvijenog arapskog prava. Nećemo govoriti samo o arapskom jugozapadu (Jemen), centru vrlo stare civilizacije koja je cvjetala prije osnivanja grada Rima. Tu je postojala državna vlast monarhijskog tipa, postojali su ugovori i povelje objavljivani obično putem zapisa na kamenu i bronzi. Postojale su i pisane zakonske zbirke. Godine 1927. objavljen je natpis iz Sabe u kome je *Semriheraš* (oko 280. god. nakon Isaa), kralj Sabe i član sabejske dinastije, donio propise koji se tiču poništenja prodaje životinja i robova u slučaju nesaglasnosti volja. Nećemo samo o tome govoriti, već i o stanovništvu koje je nastanjivalo Hidžaz u vrijeme kada se pojavio islam, znači oko 700 godina nakon Isaa. Nema sumnje da je kod njih tokom vijekova bilo prikladno razvijeno imovinsko pravo. Dovoljno je da se podsjetimo poslovanja Kurejšija iz Mekke, velikih trgovačkih karavana međunarodnog karaktera radi uvoza namirnica, uređenja zaštite povezane sa hadžom svake godine, da spomenemo zemljoradnju i velike rezervoare vode za navodnjavanje, različite zemljoradničke ugovore u oazama Medine, Tebuka i Tejma'a, Jemame i drugih. Ispostavlja se da su kod ovih Arapa, mnogo prije Muhammeda, alejhisselam, morale "postojati bar osnove velikom dijelu islamskih imovinskih propisa".

15. Nema sumnje da je moguća pretpostavka o infiltriranju pojedinosti iz rimskog prava putem dodira sa Palestinom i Sirijom. Ali, ako se tako nešto i desilo, ove rimske infiltracije dospjele su i u fikh putem prava predislamskih Arapa, a ne nakon arapskih osvajanja izvan njihove postojbine. Međutim, sve ovo su isključivo pretpostavke, za koje do sada nisu pronađene činjenice koje bi ih potvrdile. Ukoliko bi takve činjenice i bile pronađene, postale bi povodom brojnih drugih dilema. Ja ću se zadovoljiti da spomenem jednu činjenicu koja je opštepoznata. Mislim na svjedočenje Theodorita (prva polovina petog vijeka po Isau) koji kaže da postoje narodi na najudaljenijim granicama Rimskog carstva na koje se, premda su podvrgnuti rimskoj vlasti,

ne primjenjuje rimsko pravo. Theodorito jasno kaže da tu spadaju “mnogobrojna ismailijska plemena” (Ismailije znači Arapi).

16. Ostaje jedno pitanje: da li je moguće, makar i djelimično, oživljavanje imovinskih propisa koji su primjenjivani prije islama u zemljama u kojima se islam raširio i razvio u doba Muhammeda, alejhisselam? Ako želimo da se u ovom radu ograničimo na ono što iznosi poezija i pripovijest u predislamsko doba i u prvom vijeku Hidžre i ako ne uzmemo u obzir obavijesti sadržane u hadisima, zaključak će otprilike biti negativan. Stručnjaci za islamska pitanja iz redova novih orijentalista mnogo se oslanjaju na pjesme i predanja, dok istovremeno nemaju povjerenja u hadis. Kada se ne bi oslanjali na hadise u onome što se odnosi na pitanja vjere, politike, morala, bili bi u pravu,³⁷⁶ ali mislim da je stanje drugačije na području prava. Hadisa koji obuhvataju pravna pitanja nema na hiljade, kao što je slučaj sa ranije spomenutim pitanjima, već je njihov broj mali i u njima ne nalazimo čak ni ono što je primijetio Snouck-Hurgronje u istraživanju drugih pitanja, tj. da jedan hadis kaže nešto o jednom pitanju, drugi kaže o tome suprotno, a treći gotovo neosjetno rješava razlike između njih usaglašavajući dva prethodna hadisa i tako nestaje protivrječnosti,³⁷⁷ pa se na taj način razlike među pravnim školama ne zasnivaju na različitim hadisima, već je, u većini, osnova razilaženja različito razumijevanje i tumačenje. Dat ću primjer. *Hijar el-medžlis*³⁷⁸ u kupoprodaji dozvoljavaju šafi'ije, hanbelije i ši'ije i

³⁷⁶ Pisac nije stručan u nauci hadisa, pa ne govori na osnovu svoga znanja, već prenosi šta drugi kažu bilo iz neznanja bilo iz pristranosti. Da je pisac doživio naše vrijeme i vidio napredak hadiskih studija, promijenio bi mišljenje kao što su tu učinili i drugi poklonici istine. Smatramo uputnim preporučiti da se o ovom pitanju prostudiraju knjige dr. Muhammed Mustafa el-A'zamija i drugih naučnika.

³⁷⁷ Ovo je uobrazilja Snouck-Hurgronjea, ili dovitljivost, što se dopada njegovim zapadnim čitaocima. Ni oni, ni bilo ko drugi nije za to naveo nikakav dokaz. Razlozi raznolikosti hadisa su poznati. Nekada je Božiji Poslanik derogirao svoju naredbu, nekada se radi o grešci na strani prenosioaca i slično, što je poznato stručnjacima (prevodilac).

³⁷⁸ *Hijar el-medžlis* doslovno znači izbor sjednice. U fikhu označava pravo jedne stranke da jednostrano otkaže ugovor koji je zaključila sve dok se “sjednica” ne završi. “Sjednica” je period vremena u toku koga su se ugovorne strane posvetile poslu i smatra se okončanim bilo kakvim događajem - kao što je fizičko udaljavanje sa mjesta sklapanja posla - koji ukazuje da je posao sklopljen ili otkazan - Vidi N. J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh 1978., str. 237-238. F. K.

isna-‘ašerije a ne dozvoljavaju malikije i hanefije, mada svi svoj propis zasnivaju na istom hadisu, koji jedni shvataju na jedan a drugi na drugi način. Mora da su muslimanski misionari u prvim vijekovima mnogo izmišljali hadise pošto postoje razlike u mišljenjima i neutvrđeni propisi kakav je slučaj sa vakufom, gdje postoje mnogobrojna razmimoilaženja, ili zalogom i drugim važnim pitanjima. Međutim, i pored takvih misionara, broj hadisa koje spominju pravnici u sličnim stvarima vrlo je mali.

17. Primjer ovih promatranja potiče me da ne odbijam korištenje Poslanikovih hadisa za oživljavanje dijela arapskog običajnog prava (jer hadis sadrži i potvrđivanje dobrih strana predislamskog doba - prevodilac)

18. Postoji i druga stvar koja potkrepljuje postojanje arapskog prava prije islama, razvijenog u značajnoj mjeri. Pokazuje se da tome niko do sada nije posvetio pažnju. Riječ je o tome da je veliki dio islamskog prava - uključujući i imovinske propise - bio zapisan u prvom vijeku po Hidžri. Da nema ovog brzog zapisivanja, ne bismo mogli objasniti, po mome mišljenju, činjenicu da se razmimoilaženja među ehli-sunnedom i fikhom sekti³⁷⁹ - ši‘ija i haridžija - ne povećavaju, izuzev u pitanju vremenski ograničenog braka (*mut‘a*), u odnosu na razlike koje su postojale među licima za koja se vežu četiri pravne škole ehli-sunneta. To znači - ako se ne varam - da je fikh zapisan prije cijepanja na pojedine pravce usljed važnih razlika na području vjerovanja. Predaja o postojanju sedmerice pravnika u Medini u vrijeme tabi‘ina zahtijeva da se prihvati više nego što to osjeća obični čovjek. Ne zaboravimo da ši‘ije u prvom i drugom vijeku po Hidžri nisu imali vlast u svojim rukama, da su zapisali sistem fikha bez mogućnosti njegove primjene, pa im je bilo moguće da urone u logiciranje sa slobodom većom od one koju je imao ehli-sunnet, koji se mora obzirati na životne činjenice.

19. (4) Smrt Muhammeda, alejhisselam, nije zaustavila Arape u njihovom silovitom jurišu na azijske i afričke pokrajine Bizantijske carevine. Štaviše, oni su istovremeno navalili i na perzijsku sasanidsku

³⁷⁹ Ovo je izraz pisca, pa se prevodilac izvinjava pošto ovakav izraz sam ne bi upotrijebio.

državu, čiju su teritoriju potpuno zauzeli. Otuda je teorijski moguće da vjerujemo u postojanje utjecaja perzijskog prava. Perzijska uprava je dala nekoliko administrativnih termina islamskoj upravi, kao što je slučaj sa riječi *divan*. Put koji je slijedio drugi halifa Omer (13-23 H./634-644. po Isau) u pogledu zemlje u Babilonu i Iraku postao je obrazac za oporezivanje zemlje po islamskom pravu u svim osvojenim oblastima. Tako je fikh preuzeo neke perzijske termine kao *de jaze de deva-zede* u značenju *murabeha*,³⁸⁰ gdje postoji mogućnost i dobitka i gubitka, kao i termin *softedže*, koji nema sinonima u arapskom jeziku.³⁸¹

Što se tiče cisterni za vodu, to je pitanje od životnog značaja za zemlje koje žive od natapanja. Bile su poznate Arapima i njih je sasanidska država, prije islama, iskoristila za osnivanje tampon-države duž granice Babilona radi sprečavanja beduinskih upada (riječ je o državi dinastije El-Menazirem, potomcima kralja Munzira u Hiri). Spomenimo i to da su na području između Tigrisa, Eufrata i Babilona, u oblasti koja je predstavljala srce sasanidske države, živjeli i počivali osnivači dvaju sunijskih mezheba: Ebu Hanife i Ibn Hanbel, kao i Šafi'i na početku djelovanja. Tu su se javili i osnivači različitih ši'ijjskih mezheba. Otuda je, teorijski, dopustiva mogućnost uticaja sasanidskog prava. Međutim, sasanidsko pravo je, osim u neznatnom dijelu, ostalo do današnjeg dana nepoznato,³⁸² pa zbog toga ne možemo izvući nikakav zaključak o ovome pitanju.

³⁸⁰ *Murabeha* inače označava preprodaju. (F. K).

³⁸¹ Izrazom *softedže* označava se posao u kome jedno lice daje drugom imovinu, za šta dobija pismenu potvrdu ili ček, koji mu omogućuje da dobije datu imovinu od agenta drugog lica u nekom drugom mjestu. *Sakk* (ček) je takođe poarabljena perzijska riječ (Prevodilac).

³⁸² U svakom slučaju pogledaj kraći članak Ali Mezaherija (na francuskom) pod naslovom *Sasandisko pravo u poređenju sa islamskim pravom* (Aly Mezaheri, *Le droit sasanide compare audit musulman*, Dans le Pensee Shi'ite, Paris, No 7, Janvier 1961, p. 17-20). Tu autor iznosi da su vatropoklonički Sasanidi, slično muslimanima, smatrali pravo Božanskom stvari, da su zabranjivali bezvjerstvo, sibir (magiju), otpadništvo od vjere. Zatim kaže; "Bio bi potreban cijeli svezak da se spomenu sve sličnosti islamskog i sasanidskog prava i zadovoljava se da navede glavnu sličnost koju je našao, a to je da sasanidsko pravo dozvoljava ubijanje vezga-geka (vrsta guštera) čije je ime na perzijskom *daŋda*; kao što su to dozvolili muslimanski pravници. (Na arapskom *vezg* je vrsta bijelog kameleona a muslimanski pravници izričito zabranjuju ubijanje *geka*.) Autor dalje ne pojašnjava obim i domet utjecaja (prevodilac).

20. Ne bi bilo nepromišljeno smatrati da je postojao prodor rimskog ili grčkog prava u sasanidsko, kao što je moguće da njihovi tragovi postoje i u predislamskom arapskom pravu, te da je to pravo - putem sasanidskog prava - dospjelo i u fikh. Ipak, to je samo pretpostavka za koju je teško naći dokaze.

21. (5) Sličnosti između određenih propisa rimskog prava iz vremena Justinijana i odgovarajućih propisa fikha mnogobrojne su, a ponekada i iznenađujuće. Međutim, nema potrebe da podsjećam koliko vanjske sličnosti mogu zavesti ukoliko ih ne jačaju unutrašnji činioci i historijske činjenice, ako želimo da objasnimo vezu dva pravna sistema. U problemu koji nas zanima nalazimo da su oni koji su prikupljali sličnosti, da bi dokazali da je veliki dio fikha preuzet iz rimskog prava, zanemarili tri važna momenta:

22. A) Oni zanemaruju razlike između pojedinih pravnih škola, koje su ponekad izuzetno važne, čak i među četiri sunijske škole. Kada postoji sličnost između mišljenja jedne pravne škole i rimskog prava, ne postoji takva sličnost u poređenju sa mišljenjem neke druge pravne škole. Zanemariвши ovu okolnost, pojedini autori koji nisu znali arapski - kao npr. Dareste i Kohler - spominjali su odlike jednog mezheba kao karakteristike cijelog fikha.

23. B) Oni su svom silom iznalazili sličnosti, a nisu obraćali pažnju na razlike koje umanjuju vrijednost i snagu sličnosti.

24. C) Oni zanemaruju veliku razliku koja postoji između Rima (u njegovom klasičnom dobu) i islamskog svijeta u poimanju prava i njegovih izvora. A činjenica je da je ova razlika ono što objašnjava podatak da ideje i ustanove koje su bile ukorijenjene i raširene u helenskom svijetu, koji su Arapi osvojili i koji je postao osnova arapsko-islamske kulture, ipak nisu uspjele da prodru i u fikh. Naprimjer, poznato je da je kupoprodaja kod Helena (Grka) *realni ugovor*,³⁸³ a sve islamske pravne škole se slažu da je to *konsenzualni ugovor*.³⁸⁴ Ova

³⁸³ *Realni ugovori* su obligacioni ugovori za čije je zaključenje potrebno, pored sporazumnih izjava volja ugovarača, da jedna strana preda drugoj stvar koja čini predmet njegove obaveze. Ovi ugovori potiču još iz rimskog prava. Vidi, *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd 1979, str. 1199. (F. K.)

³⁸⁴ *Konsenzualni ugovori* su ugovori za čije je zaključenje dovoljno da se ugovarači saglase o njihovoj sadržini. Čim su se sporazumjeli o svim njegovim elementima, ugovor se smatra zaključenim. Vidi, *Pravna enciklopedija*, str. 565. (F. K.)

razlika nije rezultat okretanja muslimana starom rimskom pravu, niti razlikovanja realnih i konsenzualnih ugovora, već je to zasnovano na kur'anskom ajetu: "trgovina uz obostranu privolu" (IV:29).

25. Isto tako, nakon što su muslimani u vrlo kratkom vremenu zaposjeli najplodnije pokrajine Bizantije, susreli su se sa zalogom zemljišta (*hipoteka*), koja je tu bila veoma raširena. Ova ustanova je ušla i u jevrejski zakonik *Mišna* pod nazivom *ebutika*. I pored sveg ekonomskog značaja, ova ustanova nije mogla ući u islamsko pravo sve do našeg vremena, kada je ušla posredstvom evropskog zakonodavstva.

26. Trajni zakup zemljišta (*emfiteuza*) nije bio manje raširen u helenskom svijetu, ali su prošla stoljeća dok nije ušao u fikh - premda ga nisu usvojile sve pravne škole - i dok nije bio prihvaćen zbog raširenosti vakufa i državnog posjeda zemljišta.

27. Mnogi ljudi ističu oslanjanje islamskog prava na rimsko u naučnom pogledu. Postoje pisci koji smatraju da su morali postojati arapski prijevodi rimskih pravnih djela, čak i djela *Pandekte*,³⁸⁵ što bi značilo da su ih studirali muslimanski pravници i iz njih crpili svoja pravila i pravne sisteme. Međutim, čak ni danas tako nešto nije moguće potvrditi. Historija pokazuje potpunu neutemeljenost takve tvrdnje: istraživanja različitih istočnih književnosti - hebrejske, sirijske, koptske, arapske i etiopske - radi pronalaženja elemenata koji bi potvrdili pretpostavku da su propisi bizantijskih imperatora zadobili novi oblik (u postupku prevođenja), kao što je pretpostavljao Bonfante, doveli su - čak i danas, 1932. godine - samo do negativnih rezultata.³⁸⁶

28. I pored ove pogreške s historijskog aspekta, čudnovato je da oni koji podržavaju ovakve pretpostavke ne shvaćaju da su brojne sličnosti koje postoje pri formulisanju pravnih propisa u pojedinim pitanjima neminovne bez obzira o pravu kog kulturnog naroda se radi. Zbog toga mogu da kažem, na osnovu nekih primjera iz ličnog prava, da su arapski pravници imali pred sobom jednu od tada važećih

³⁸⁵ *Pandekte* - zbirka pravnih mišljenja rimskih pravnika, urađena po zapovijedi imperatora Justinijana. (Prevodilac).

³⁸⁶ Ne postoje prijevodi rimskih pravnih djela, ne samo na arapski, već ni na jedan istočni jezik. (Prevodilac).

knjiga rimskog prava za ugledanje, ne bi razbacali pitanja rudnika, robova ili zemljišnog vlasništva u različita poglavlja tako da ni jednom evropskom pravniku ne bi palo na um da ih tamo traži, niti bi pitanja kamate obradili u poglavlju o prodaji. Uistinu, postoje tragovi koji ukazuju da su Arapi samostalno zasnovali svoju pravnu nauku u najvećem dijelu. Po mome mišljenju, taj neovisni početak bio je više rezultat posebnih historijskih okolnosti u kojima su se razvile islamske pravne i društvene ustanove nego čiste pravne teorije.

29. (7) Jedan od dokaza u korist teze o velikom utjecaju rimskog prava na fikh jeste brzo zapisivanje islamskog prava, pošto je uočeno da je proučavanje pravnih pitanja i pisanje naučnih djela bilo jako razvijeno i dosta uznapredovalo čak u početku drugog vijeka Hidžre. Za objašnjenje ove neuobičajene činjenice kažu (orijentalisti): "Nemoguće ju je objasniti, osim da vjerujemo da su pred muslimanima bili uzori koje su našli u rimskim pravnim djelima".

30. Međutim, ko se na ovo oslanja zaboravlja da razlog ranog procvata pravnih nauka nije bila ljubav muslimana prema pravu - u evropskom značenju - jer u to doba na cijelom Bliskom istoku nije bilo težnji ni želja za pravnim studijama, kako se može vidjeti iz djelatnosti istočnih hrišćana. Nasuprot, stvarni razlog veličine pravne djelatnosti muslimana bio je koncept prava Muhammeda, alejhis-salam, i njegovih sljedbenika. Oni su pravo učinili nerazdvojnim dijelom nauke o vjeri, a ne materijalnom disciplinom koja spada u ovsvjetske stvari. Brzi procvat fikha samo je jedna manifestacija opšteg procvata vjerskih nauka kod muslimana, čiji je početak tumačenje Kur'ana, sakupljanje i komentarisanje hadisa.

31. (8) Oni koji smatraju da islamsko pravo zavisi od rimskog, ili da je barem pod njegovim dubokim utjecajem, dužni su da potanko objasne kako je taj utjecaj ostvaren.

32. Neki pravници pretpostavljaju da su postojali arapski prijevodi rimskih pravničkih djela - iako ovu pretpostavku u potpunosti pobijaju činjenice - ili u najmanju ruku nastavljanje tradicija poznatih rimskih pravnih škola u Aleksandriji i Bejrutu, iako su ove škole bile zatvorene stotinu godina prije arapskog osvajanja tih krajeva. Mišljenja orijentalista specijalizovanih u islamskim discipli-

nama bliža su stvarnosti: oni su istraživali praksu sudskih ustanova koje su postojale u doba islamskih osvajanja, zatim uticaj hrišćana i Jevreja koji su primili islam. Ovi naučnici su, ipak, dužni da razriješe neka važna pitanja prije nego što iznesu bilo kakvu pretpostavku. Naime, kakvo je bilo stvarno stanje sudskih ustanova u Palestini i Siriji u vrijeme arapskih osvajanja? Da li je nastavljeno njihovo djelovanje? Da li su njihove nadležnosti na brojnim područjima prepuštene crkvi? Znamo kako je malo bilo znanje sveštenika na istoku u pogledu pravnih pitanja, zatim, zar nije u arapskim historijskim djelima utvrđeno da je većina bizantijskih upravnih i sudskih činovnika, koji su u to doba bili jedini poznavaoči prava, izbjegla na samom početku arapskih osvajanja? Zar ne vidimo da su Arapi, zauzimajući te teritorije, primili izraze pokornosti stanovništva putem sveštenika a ne građanskih službenika, koji su već ranije izbjegli? Nije potrebno da objašnjavamo važnost ovih pitanja za istraživanje koje nas sada zaoкупlja. Međutim, nameće se jedan drugi problem koji zahtijeva da se na njega usredsredi pažnja, makar i usput:

33. Naime, u različitim radovima posvećenim pitanju mogućnosti zasnivanja islamskog prava na rimskom i vezama među njima, nailazimo na pisce koji, izričito ili prećutno, pretpostavljaju dvije mogućnosti koje se uopće ne slažu sa činjenicama. Prvo, da je postojao stari sudski sistem koji je nastavio da funkcioniše na organiziran način stotinu godina nakon arapskog osvajanja. Drugo, da su novi osvajači iskoristili taj sistem za dobrobit svojih nemuslimanskih podanika. Međutim, činjenice ovo pobijaju.

34. Nesumnjivo, muslimani se nisu miješali u poslove *štićenika* među pokorenim narodima, već su potvrđivali da svaka skupina (*millet*) živi po svom pravu, kao što je i Kur'an naređivao. Čak i kada bismo pretpostavili da je stari sudski poredak nastavio da organizovano funkcioniše pod upravom episkopa (hrišćani) i rabina (Jevreji) - u smislu da su episkopi primjenjivali bizantijsko pravo - ova pretpostavka ne bi bila historijski zasnovana. U naučnom smislu, Arapi se nisu okoristili ovim sistemom, niti je u ovim zemljama postojao zajednički ekonomski interes (muslimana i *štićenika*) da bi osvajači dobro poznavali osvojene u imovinskim pitanjima. Godinama nakon

osvajanja, Arapi su se zadovoljavali vršenjem državnih funkcija - bili su službenici, ili vojnici - a nikako zemljoradnici, trgovci, zemljoposjednici. Državno zemljište je bilo podijeljeno na uživanje vojnicima (*ikta*), ali se arapski uživaoci ovih posjeda nisu sami bavili obradom zemlje, već su se zadovoljavali da im njihov zastupnik - hrišćanin - dostavlja dio zemljišnih prihoda. Tu su postojali zemljoradnički ugovori iz kojih su se javljale parnice, ali su obje strane bili hrišćani. Ove parnice nisu bile raspravljane pred islamskim sudovima u prvom vijeku po Hidžri - u vrijeme kada se oblikovao fikh (za takve parnice su bili nadležni posebni sudovi skupina koje su uživale status *zaštićenih*). Ukoliko se nekada jedna strana obratila muslimanskom sudiji, sudilo se na osnovu muslimanskog, a ne hrišćanskog prava. Osim toga, uticaj stranaca koji su prihvatili islam nije bio značajan na području prava u vrijeme koje nas interesuje (formiranje fikha), jer su ovi tada imali status *klijenata (mevali)*, bili su na nižoj društvenoj ljestvici od Arapa³⁸⁷ i nisu uzimani za kadije.

35. U takvim historijskim uslovima nije čudno što rimsko pravo nije vršilo uticaj vrijedan spomena na formiranje *fikha*, osim u dijelu opšte uprave u zemlji.

Izvor. *Islamska misao*, V/1983, br. 57, str. 6-10.

³⁸⁷ *Šu'ubija* (pokret koji propovijeda ravnopravnost drugih islamskih naroda sa Arapima ne priznajući im neke prednosti) javio se tek kasnije. U vrijeme ashaba i tabi'ina mali broj nearapa među sudijama nije bio izraz pristrasnosti Arapa, već manjeg interesovanja muslimana nearapa za vjerske nauke i fikh - oni su bili aktivni na ekonomskom planu, naslijedivši to od očeva - a i zbog njihovog slabog poznavanja zvaničnog jezika (arapskog). Što se tiče djece novih muslimana nearapa, dovoljno je spomenuti ime Hammada i Ebu Hanife među redovima tabi'ina i velikih pravnika. Čak i ako pretpostavimo nepostojanje stranaca među kadijama, uticaj pravnika u fikhu je mnogo veći od utjecaja sudija. Zar nisu sudije zasnivali svoje presude na mišljenjima pravnika, izraženim u njihovim djelima i fetvama? Vrijedno je spomenuti da su škole prava u vrijeme zapisivanja fikha specifične za Irak, a ne za Siriju i Egipat sa njihovim bizantijskim tradicijama. Čak i imam El-Evza'i, najveći bejrutski pravnik, bio je sindski zarobljenik, ili potomak sindskih zarobljenika, a nije bio porijeklom Sirijac kako je to iznio Ez-Zehebi u djelu *Tezkire el-huffaz* (Smatram da postoji štamparska greška u el-Mes'udijevom djelu *Murudž ez-zeheb*, gdje kaže da je el-Evza'i jemenski zarobljenik). Ne znam šta je razlog slabog interesovanja za fikh muslimana u krajevima koji su prije islama bili pod vlašću Bizantije, ali je to općepoznata činjenica. To znači da je mnogo veća mogućnost utjecaja sasandskog, nego rimskog prava na fikh. To je smisao pišćevog odgovora. (Prevodilac).

Muhammed Hamidullah³⁸⁸

UTICAJ RIMSKOG PRAVA NA FIKH

Uobičajena je i prirodna pojava da pravni sistemi, kao i ostale ljudske ustanove, trpe uticaj sistema koji im prethode ili su im savremeni. Zato ne bi bilo čudno ukoliko bi islamsko pravo bilo pod utjecajem rimskog prava ili prava nekog od ranijih naroda, bez obzira na stepen i puteve uticaja. Međutim, o postojanju i jačini ovog uticaja može se govoriti tek nakon podrobnog i temeljitog istraživanja. Čak i tada, rezultati će predstavljati pretpostavke, a ne i nepobitne činjenice. To je zato što sistem prava zahtijeva protok vremena u kome se razvija pod uticajem hiljade činilaca. Pri ustanovljavanju nepobitnog, teškoće se povećaju kada se uoči da nema ni jednog pravnika, od kojih je većina nesumnjivo čestita, koji je ostavio bilo kakav dokaz da se koristio stranim izvorima. Isto tako, znamo da bi se ovo posuđivanje ili korištenje, ukoliko je postojalo, ticalo pitanja drugostepenog značaja, a ljudska zakonodavstva trpe uticaj, prvo običaja kraja u kome su nastala, a zatim i običaja stranih krajeva. Na kraju, pretpostavke su beskonačne. I stvarno, neki zapadni naučnici doprli su do te krajnosti, iznoseći:

“Moguće je, ili, tačnije rečeno nužno slijedi, da svi važni osnovi i opšta pravila u islamskom pravu nisu ništa drugo nego rimskocarsko istočno pravo u arapskom obličju... Vidimo da su se škole rimskog prava, udžbenici koji su u njima korišteni, sudovi koji su ga primjenjivali, sudije i upravni činovnici koji su se oslanjali na studije ovog prava nalazili u zemljama u kojima je nastao sistem islamske pravne nauke sa svojim razvijenim idejama i ustanovama i u kome postoji

³⁸⁸ Dr. Muhammed Hamidullah je ovo predavanje održao na skupu indijskih orijentalista u Hajderabadu 1941. Dvije godine kasnije, štampano je u časopisu Hajderabadske akademije nauka. Prevedeno je na francuski, turski i druge jezike. Nakon pregleda autora, godine 1968. prevedeno je na arapski jezik.

čudan spoj: nekada usaglašenost a nekada odstupanje od osnovnih načela kasnog rimskog prava. Kada razmišljamo o ovoj činjenici, nesumnjivo dolazimo do zaključka da sistem fikha nije ništa drugo nego sistem rimskog prava, neznatno izmijenjen. Uistinu... pokazuje se da je fikh samo sistem prava Istočne rimske carevine (Bizantije) prilagođen potrebama arapske (islamske) uprave". (Sheldon Amos, *Historija i osnove rimskog građanskog prava /na engleskom/,* str. 406-410.)

Prije svega, osnovni uslov za naučni pristup ovom problemu jeste temeljito poznavanje razvoja oba pravna sistema, isti takav uvid u historiju islamskog prava, okolnosti života pravника i sredinu u kojoj su živjeli. Bez ikakvih pretenzija na takvo znanje, usmjerit ćemo se iznošenju ovog problema u glavnim crtama. Pođimo od početka:

Јedan pogled na historiju fikha

Opće je poznato da osnovu cjelokupnog islamskog prava čini Kur'an i Hadis. Kur'an je sve ono što je Allah, dželle-šanuhu, objavio Svome Poslaniku Muhammedu, alejhisselam. Hadis su riječi Božijeg Poslanika, njegova djela i odobrenje postupaka savremenika koji su ga vjerovali. Hadis se još naziva Sunnet.

Postoje i druge stvari na koje je potrebno ukazati. To je da, prema islamu, čovjek nema ovlašćenje da dozvoli ono što je zabranio Kur'an ili Hadis, te zato nema ljudskog autoriteta koji bi mogao zabraniti muslimanima ono što je dozvolio Kur'an ili Sunnet Božijeg Poslanika. Iz tog razloga, običaj /urf i adet/, pa i analogija, prihvataju se kao izvor islamskog prava samo u pitanjima o kojima ne govori Kur'an a ni Sunnet, koji obrazlaže Božiju Knjigu. Do toga dolazi pod uslovom da ti običaji i rezultati logičkog zaključivanja ne protivrječe duhu primarnih izvora - Kur'ana i Poslanikovog Sunneta.

Ne može se opovrgnuti da su neki strani utjecaji ostavili traga u islamskom pravu. Čak i Kur'an naređuje Božijem Poslaniku da, u okolnostima potrebe, slijedi put Božijih poslanika koji su došli prije

njega - Ibrahima, Musaa i Isaa, alejhimusselam. Kaže se tako, nakon spomena dvanaest poslanika: "Njih je Allah uputio, zato slijedi njihov pravi put" (VI: 90), ili: "Poslije smo tebi objavili: 'Slijedi vjeru Ibrahimovu, vjeru pravu'" (XVI: 123), ili: "Divan uzor za vas je Ibrahim i oni koji su uz njega bili" (LX: 4), ili: "I onima koji budu vjerovali u ono što se objavljuje tebi i u ono što je objavljeno prije tebe, i onima koji u onaj svijet budu čvrsto vjerovali" (II:4). Osim toga, Buhari, Tirmizi i drugi iz redova starih muhaddisa prenose: "Božiji Poslanik se volio saglasiti sa sljedbenicima nebeskih objava (ehli-kitab) u onome što mu nije naređeno", tj. kada nije imao direktne objave o nekom pitanju. Ovaj hadis prenose u vezi sa pitanjem češljanja kose.

U pogledu običaja idolopokloničkih Arapa, koji nisu slijedili nebeske objave, Ibn Hanbel je prenio hadis (u svom *Musnedu*, t. III, str. 425) koji doseže do Muhammeda, alejhisselama, a čiji smisao kazuje da je Božiji Poslanik postupao u duhu dobrih strana džahilijeta (predislamskog perioda). Svi znamo da je hadž, jedan od stubova islama, postojao kod idolopokloničkih Arapa, pa ga je islam potvrdio nakon ispravljanja i očišćenja od paganskih elemenata. Nemoguće je tvrditi da svi običaji paganskih Arapa koje je islam potvrdio potiču od utvrđene prakse ranijih poslanika, a posebno Ibrahima, alejhisselam, koji je nastanio svoga sina Ismaila u Mekki. Na primjer, izgleda nemoguće da je trčanje između Safe i Merve, gdje je Hadžera, žena Ibrahima, alejhisselam, uzaludno tražila vodu da ugasi žeđ svoga sina, bilo naređeno Ibrahimu, alejhisselam. Mislim da to pripada kasnijem dobu. Muslimanski historičari, kao što je Ibn Habib el-Bagdadi i drugi, napisali su dugačke popise običaja džahilijeta koje je islam očuvao pošto nisu protivurječili njegovim osnovama, već su im, naprotiv, bili saglasni. Naprimjer, *dije*-krvarina u visini stotine deva bila je novina koju je uveo Abdu-l-Mutallib, djed Božijeg Poslanika, a islam ju je prihvatio. Kako je poznato, najdraže dijete Abdu-l-Mutalliba zadesila je sudbina da bude prineseno za žrtvu. Da bi se toga oslobodio, Abdu-l-Mutallib je prinio određen broj deva namjesto sina i taj broj povećavao kad god bi na sina pala kocka. Na kraju, kad je broj deva dostigao stotinu, kocka je pala na deve. Tako se njegov sin spasio.

Slično tome je i *kasame* - institucija za utvrđivanje valjanosti svjedoka, koji se kunu Allahom, radi potvrđivanja svojih navoda. U slučaju nedostatka potpunih dokaza za osumnjičenje jednog lica za zločin, ako se određeni broj njegovih rođaka zakune da on nije kriv, smatrat će se nevinim. Određen broj ljudi koji su ustanovili ove običaje bio je u životu i mogao je posvjedočiti da ih je islam prihvatio i potvrdio. Slično je i sa *haradžom* ili zemljišnim porezom, koji je bar u Iraku - prema navodima El-Meš'udija - u vrijeme halife Omera zadržan onakav kakav je bio prije dolaska islama. Poznato je da su ti propisi činili dio prava Sasanida, koji su ranije zaposjeli Irak.

Islam se pojavio u Mekki. Prirodno je da su se muslimani prvo susreli sa običajima ovog trgovačkog grada. Božiji Poslanik je neke tamošnje običaje dokinuo, dok je druge zadržao. Ne treba zaboraviti da i onda kada Božiji Poslanik nije intervenisao u pogledu nekog običaja svojih Drugova, taj običaj čini dio fikha pošto ulazi u cjelinu Sunneta pod imenom "odobrenje Božijeg Poslanika".

Nakon što je Božiji Poslanik napustio Mekku i preselio u Medinu - našavši među stanovnicima svog grada Jevreje, koji su u svojim rukama držali rukovođenje ekonomskim životom u najširem smislu - ponovilo se isto što i u Mekki u pogledu dokidanja ili zadržavanja pojedinih običaja. Vidimo kako muhadžiri (izbjeglice iz Mekke) donose svoje običaje i svoj način života, što povećava raznolikost u običajnom pravu Medine, sastavljene od brojnih rodova. Stoga je islamsko pravo krenulo putem novog razvoja na polju ekonomije, društvenih odnosa i slično. Za kratko vrijeme, Medina je postala prijestonica države koja je obuhvatala cijelo Arabijsko poluostrvo. Božiji Poslanik je uobičavao tražiti da arapska plemena koja prime islam dosele u Medinu. Tako se na ulicama Medine mogu vidjeti stanovnici Jemena, sjeverne Arabije, Etiopije i Irana, pa čak i Bizantije (naročito robovi koji su primili islam). Nesumnjivo je da su svi ovi različiti ljudi, posebno oni porijeklom iz Jemena i drugih civiliziranih krajeva, u vrijeme Božijeg Poslanika dali svoj udio u napretku islamskog prava u vrijeme njegovog formiranja.

Za manje od petnaest godina nakon smrti Božijeg Poslanika u Medini je bio halifa Osman, radija-llahu anhu, sa atributima vrhovnog državnog poglavara, upravljajući državom koja se prostirala na tri kontinenta - Aziju, Afriku i Evropu - u kojoj se govorilo najmanje dvanaest jezika i koja je bila kolijevka nekoliko starih civilizacija. Zemlje islama nisu prestale da se šire i nakon toga. Ova veličina nije splahnula, već je trajala blizu hiljadu godina.

Prirodno je stoga zaključiti da muslimanski pravници nisu poznavali samo propise rimskog prava, koje je primjenjivano u Siriji i Egiptu, već i iransko, gotsko (u Španiji), indijsko pa čak i budističko kinesko pravo, primjenjivano u Turkestanu i Srednjoj Aziji. Ovo poznavanje je poticalo ili iz posmatranja života "zaštićenih" (*ehl ez-zimme*) ili iz ugovornih odnosa i imovinskog poslovanja s njima.

Postoji i drugi činilac čija važnost nije mala. To je prelazak nearapa na islam u prvim danima njegovog širenja. To je rezultiralo kasnijom pojavom velikih muslimanskih pravnikā u redovima ovih prelaznika. Kao primjer spomenimo Ebu Hanifu, porijeklom Iranca. Među velikim imamima (osnivačima pravnih škola) nalazimo veliki broj učenjaka, porijeklom nearapa, nazvanih "klijenti" (*mevali*). Pred njima su bez razlike učili i Arapi i nearapi.

Posmatrajući nastanak i razvitak fikha, ne možemo isključiti mogućnost i vjerovatnost stranog utjecaja u određenom stepenu na propise ili pravne običaje muslimana, bilo u razradi, bilježenju ili sređivanju propisa. Međutim, pitanje koliki je domet svakog stranog elementa pojedinačno zahtijeva posebno istraživanje. Ovdje želimo istraživati samo jedan takav element, nastojeći, naime, da iznesemo neke vidove utjecaja rimskog prava na fikh.

U ovom pitanju ukazuju se dva pravca za istraživanje:

Da li stvarno postoji sličnost sistema rimskog i islamskog prava?

Ako sličnost postoji, je li to posljedica posuđivanja ili uticaja, ili je moguće neko drugo objašnjenje?

Ima li sličnosti između propisa rimskog i islamskog prava?

U vezi s prvim pitanjem, nisam u stanju naći bilo kakvu sličnost između ova dva sistema u pogledu: obreda (namaz, post, hadž, zekat, pa ni u dijeljenju zekata koje je odredio Kur'an (IX: 20): "Zekat pripada siromasima, bijednicima, onima koji ga sakupljaju"), i dalje kaznenih propisa za velike zločine (*hudud*), naslijeđa, dugova i kamata, državnog ustava, braka, razvoda, zakonitosti porijekla djece, javnog međunarodnog prava, sudskog sistema, pitanja izvora prava i njihovog korištenja. Čak i u pitanju ropstva i oslobađanja ne postoji nikakva sličnost između dva sistema. Jedino na području imovinskih odnosa (*muamelat*) moguće su u izvjesnoj mjeri neke sličnosti.

Pri objašnjenju ovih sličnosti, neki orijentalisti iznose da je prodor islama u ranim danima u bizantijske pokrajine Siriju, Palestinu i Egipat rezultirao potpadanjem pod utjecaj rimskog prava koje je primjenjivano u tim oblastima. Moguće je, iznose oni, da ovaj uticaj nije ostvaren samo putem uprave koji su muslimani naslijedili u osvojenim krajevima nego i posredstvom hiljada bizantijskih podanika koji su prešli na islam, ili posredstvom stotina hiljada drugih koji nisu primili islam, niti su prebjegli u krajeve izvan domašaja muslimanskih osvajanja, već su pristali da ostanu kao podanici muslimana, kao "zaštićeni", i nastavili da žive po dotadašnjim bizantijskim propisima koji su već prešli u običaj.

Ovakve ideje su logički prihvatljive. Međutim, to ostaje samo pretpostavka, koja, da bi bila primljena za historijsku činjenicu, zahtijeva dokaze. Ne mogu se, s druge strane, zanemariti neke činjenice koje protivrječe ovoj pretpostavci.

Dokazi o nepostojanju rimskog utjecaja

1. Nema spora da je ličnost Božijeg Poslanika temelj izvora islamskog prava. Muslimani primaju Kur'an samo putem Poslanikova prenošenja. A Sunnet, ili Hadis, samo je Poslanikova riječ i djelo ili odobrenje postupka ashaba. A Božji Poslanik nije poznavao ni grčki, ni latinski, čak ni sirijski, što bi mu omogućilo da postigne neposredan dodir sa rimskim pravom u tom vremenu. Od svog rođenja u

Mekki na Arabijskom poluostrvu (izvan bizantijske uprave) proveo je skoro cijeli život među svojim narodom u Hidžazu. Što se tiče njegovog putovanja u bizantijske zemlje, ono je bilo posve kratko, svega nekoliko dana, pa se i ne uzima u obzir. Putovao je samo dva puta na sjever Palestine. Na prvom putovanju bio je dječak od devet ili deset godina. Na drugom putovanju imao je otprilike dvadeset četiri godine, a nije se zadržao više od dvije ili tri sedmice. Osim toga, ne postoji nikakav spomen o postojanju poznavalaca rimskog prava među Poslanikovim savremenikima i sljedbenicima. Na temelju toga, mi, najblaže rečeno, odbacujemo tvrdnju da je dio fikha izveden iz Kur'ana i hadisa trpio bilo kakav utjecaj rimskog prava.

2. Prirodno je da se islamsko pravo na početku oslanjalo na običaj, kako Mekke, rodnog grada Poslanikova, tako i Medine, grada u kome je proveo posljednjih deset godina života, a zatim i Arabijskog poluostrva uopšte. Na cijelom Arabijskom poluostrvu, čak ni u njegovom srednjem dijelu, ne opažamo ni jedan tračak koji bi nam ukazivao na tragove rimskog prava. Premda se bizantijska vlast nominalno protezala i na sjever Arabijskog poluostrva, Bizantijci u toj oblasti nisu primjenjivali svoje pravo. To potvrđuju i bizantijski historičari. Što se tiče arapskih trgovaca, posebno onih iz Mekke, oni su revno odlazili na sajmove bizantijskih pokrajina, ali su posjećivali i trgove Iraka (perzijske pokrajine) i trgove drugih zemalja. Ukoliko bi se reklo da su ovi trgovci donijeli u svoje krajeve, prije islama, pravne ideje temeljene na rimskom pravu, to bi bila mogućnost kojoj bi se mogla pokloniti određena pažnja. Međutim, tvrdnja da su ovi trgovci bili pod uticajem isključivo rimskog prava, a ne i prava drugih država, predstavlja neosnovano protežiraje rimskog prava, što odbija i razum i priroda samih stvari.

3. Sve stare škole islamskog prava nastale su u krajevima koji nisu bili pod bizantijskom upravom, npr. Hidžaz i Irak. To je tačno kako u pogledu ši'itskih pravnih škola tako i škola ehli-sunneta. Zejdije i imamije (ši'ije), hanefije i malikije (ehli-sunnet) nastale su i raširile se u Kufi i Medini. Ovi gradovi su bili isključivo arapski. Jedini značajan pravnik, savremenik osnivača ovih škola i s njima povezan, koji je bio nastanjen u Bejrutu, bio je El-Evza'i. Prema predaji ez-Zehebija (*Tezkire el-huffaz*, t. I, str. 168.) vodio je porijeklo od zarobljenika iz

Sinda (zapadni Pakistan). U Bejrutu je proveo drugu polovinu života. I pored toga njegov mezheb nije dugo potrajao. Šafi'ijjska i hanbelijska pravna škola nastale su u Bagdadu, gradu koji je bio izvan bizantijskog utjecaja. Odlazak imama Šafi'ije u Egipat nema značaja u ovom pitanju, pošto se odigrao posljednjih dana njegovog života kada je već produbio i utemeljio svoju misao u školama islamskog prava u mjestima izvan bizantijske uprave, Iraku i Hidžazu. Nemoguće je da je rimsko pravo na njega utjecalo posredstvom boravka u Egiptu u 3. vijeku Hidžre.

4. Damask, emevijska prijestonica, nalazio se u bivšoj bizantijskoj oblasti. Međutim, u to doba ovaj grad se odlikovao zanimanjem i stručnim izučavanjem Kur'ana i Hadisa, arapske književnosti, historije i medicine. U vremenu o kome govorimo, u krajevima ranije podvrnutim rimskom pravu ne nalazimo muslimanskih učenjaka koji se mnogo zanimaju za nauku islamskog prava. Nakon kraćeg vremena, Abbasije su preuzele vlast od Emevija i prenijeli prijestonicu u Bagdad, izgrađen u iranskoj pokrajini, koju su okruživale tradicije Perzije, a ne Rima. Za vrijeme Abbasija naglo se rasplamsalo oduševljenje za proučavanje fikha. Zasluga za to pripada halifi el-Mensuru koji je za svoje vladavine (745-775) usredsredio pažnju na pravne nauke. Ovaj halifa je tražio od imama Malika da napiše jedno djelo iz islamskog prava za koje bi naredio da se primjenjuje pred svim sudovima islamske države,³⁸⁹ (kako prenosi Ez-Zerkani u uvodu svog komentara na djelo el-Muvetta Imami Malika). U ranijem dobu (bilo u vrijeme Hulefa-i Rašidin, bilo u vrijeme Emevija) ne nalazimo nikoga ko se bavio islamskim pravom a da je izvan Kufe, grada blizu Bagdada a još udaljenijeg od bizantijskih utjecaja. Kufa je bio grad za odbranu pokrajine i okoline, naseobina muslimanskih vojnika, bez i jednog stranca. Nije to bio trgovački grad koji bi privlačio ljude različitog porijekla i usmjerenja.

5. Nema sumnje da postoje izvjesni slični izrazi u oba sistema na arapskom, odnosno latinskom jeziku. Naprimjer:

³⁸⁹ Opširnije o tome vidi, Hamidullah, "Ujednačenje propisa i kodifikacija fikha od strane Imama Zejd Ibni Ali, Ebu Hanife, Malika i Safije", *Iman* (Rabat), avgust 1971, t. XV, br. 110, str. 98-113.

latinski izraz	arapski izraz
<i>jurisprudentia</i> (pravna nauka)	<i>fikh</i>
<i>responsa prudentium</i> (odgovor pravnika)	<i>fetva</i>
<i>jurisconsultus</i> (savjetnik u pravnim pitanjima)	<i>mufti</i>
<i>consensus</i> (saglasnost)	<i>idžma'</i>
<i>usus</i> (dugotrajna praksa)	<i>adet</i>
<i>consuetudo populi Romani</i> (običaj stanovnika Rima)	<i>'urfu ehli-l-medineti</i>
<i>ratio legis</i> (razlog zakona)	<i>'illetu-š-šer'i</i>
<i>opinio</i> (mišljenje)	<i>re'j</i>
<i>salus populi</i> (dobrobit naroda)	<i>maslehatun 'amme, istislah</i>

Značajno je da nasuprot situaciji, u logici, filozofiji, geografiji, medicini, dogmatici u islamskoj pravnoj nauci nikako ne nalazimo poarabljene izraze preuzete iz grčkog i latinskog jezika, pa čak ni na početku nauke fikha i prvim djelima sa ovog područja. U spomenutim naukama nalazimo poarabljene izraze upotrebljavane u prvim danima ovih disciplina (neki su i danas u upotrebi: filozofija, geografija) za koje su tek kasnije nađene odgovarajuće riječi u arapskom jeziku. Iznijet ćemo kao primjer da su arapski pisci prvo govorili "usuludžija", zatim "rububijet" i na kraju "ilahijjat" (za označavanje teologije). Ili su prvo govorili "matimatika", zatim "ta'lim" da bi na kraju odabrali riječ "rijadijat". Nasuprot tome, čak ni u najstarijem periodu islamskog prava nismo našli ni jedan stručni izraz izveden iz rimske osnove. Našli smo neznatan broj riječi izvedenih iz strane osnove - najviše perzijske ili aramejske - koje se upotrebljavaju u trgovačkom poslovanju (kao što je "sakk" - ček i "softedže" - mjenica).

Međutim, izvjesno je da su ove riječi ušle u arapski jezik prije islama. U svakom slučaju, one nisu izvedene iz latinske ili grčke osnove. Što se tiče arapskih sinonima za latinske pravne izraze koje smo na početku naveli, oni su svi izvedeni iz Kur'ani-Kerima. Čak i riječ *fikh*

(u značenju “pravna nauka”) uzeta je iz kur’anskih ajeta. Ovim riječima ćemo se, ako Bog da, kasnije vratiti. Možemo reći da su te ideje i pojmovi zajednički svim ljudima. Pa i da su samo Latini otkrili sve ove izraze, šta sprečava da to takođe učine i drugi potomci Adema i Havve? Ono što nas podupire u ovoj stvari jeste činjenica da su ove riječi, zajedničke za sistem rimskog i islamskog prava, slične samo po vanjskom obliku a različite po smislu i obimu značenja. Naprimjer, izraz “idžma” nema nikakve veze sa latinskom riječju “consensus” sa stanovišta stručnog značenja. “Običaj stanovnika Medine” (u malikijskom fikhu) nije zasnovan na istom temelju na kome i “običaj stanovnika Rima”, jer “običaj stanovnika Medine” faktički nije običaj Medinjana - pošto njima ne pripada nikakva neprikosnovenost - nego je riječ o oštroomnoj zamisli pravnika da je taj običaj zadobio odobrenje Božijeg Poslanika, da su Medinjani nastavili da ga praktikuju nakon što je Poslanik vidio da tako postupaju. Oni su očuvali odobrenja Božijeg Poslanika u svom običaju, više nego muslimani u bilo kom drugom kraju u kome Poslanik nije živio.

6. Nasuprot onome što je tačno za druge nauke, ne možemo naći prijevod ni jednog djela iz stranog prava (rimskog ili drugog) na arapski jezik u vrijeme oblikovanja pravne nauke kod muslimana. Kako smo se maloprije osvjedočili, ni slučajno ne možemo naći među muslimanima pravnike upućene u jezike koji bi im omogućili upoznavanje rimskog prava, posredno ili neposredno. Isto tako, muslimani tog doba nisu zaboravili prijekor koji je Božiji Poslanik uputio hazreti Omeru zbog čitanja *Tevrata*, iako mu je on bio jedan od najdražih ashaba, najpouzdanijih i najučenijih u pitanjima vjere.

7. Uistinu su svi pravници, čak i oni iz vremena nakon Poslanika i ashaba, izrasli u krajevima u kojima nije primjenjivano rimsko pravo i koji su bili izvan njegova utjecaja. Većinom su bili Iranci i Turkeštanci koji su živjeli pod vladavinom perzijskih i kineskih budističkih običaja.

8. Istina je da islamski izvori govore o stranim propisima koje su muslimani zadržali. Međutim, ovi propisi nisu bili rimski (već perzij-

ski propisi o zemljišnom porezu, naprimjer).³⁹⁰ Jedino ukazivanje na rimske propise, na koje se naišlo, jeste jedno mjesto u knjizi *Kitabu-l-haradž* od Ebu Jusufa, vrhovnog sudije Harun-i Rešida, savremenika Karla Velikog. Tu se kaže da je halifa Omer, radija-llahu anhu, pisao carinskom službeniku u Heriapolis, naredivši mu da od svakog stranog trgovca koji uđe u zemlju islama uzme na ime carine iznos koji odgovara iznosu koji zemlja tog stranca traži od muslimana koji u nju ulaze. Pošto se ovaj propis jednako primjenjivao i na Bizantijce koji ulaze u islamske zemlje, bizantijsko carinsko pravo ušlo je putem reciprociteta, makar i privremeno, u islamsko pravo. (Potrebno je ukazati da islamsko pravo nije težilo da njegovi propisi u ovakvim pitanjima budu isti u svim pokrajinama islama). Postoji i jedan drugi događaj koji se podjednako odnosi i na Bizantiju i na Iran. Ebu Davud (u svom Sunenu, knjiga o zdravlju, poglavlje o "gajlu") prenosi od Malika, a ovaj od Božijeg Poslanika, koji je rekao: "Mislio sam da zabranim "gajletun" dok se nisam sjetio da Vizantijci i Perzijanci to čine, pa im ne šteti djeci". Malik kaže: "Gajletun' je odnos sa ženom koja doji dijete". Nije na odmet primijetiti u ovom primjeru da su Arapi činili isto što i Bizantijci i Perzijanci što se tiče ove situacije. Da je Božiji Poslanik ostvario svoju namjeru, bio bi to novi propis suprotan običajima Bizantijaca i Perzijanaca. Iz ovih primjera vidimo da gotovo ne postoji oslanjanje na rimsko pravo. Nasuprot, nalazimo uočljivije oslanjanje na iransko pravo. Spomenuli smo predaju El-Mes'udija da je hazreti Omer našao iranske propise o zemljišnom porezu pravičnim u određenoj mjeri i da je prilikom osvojenja Sasanidske carevine naredio da se zadrže ti propisi onakvi kakvi su bili, premda nije isto postupio prema bizantijskim porezima o zemljišnom porezu u Siriji, Egiptu i drugim krajevima koje su muslimani oslobodili bizantijske vlasti. Drugi primjer: u Iranu je odranije od onih koji nisu vršili vojnu službu uzimana glavarina, nazvana *kizje*: Nakon toga je *Kur'an* došao sa naredbom *džizje*. Čak i jezičari smatraju da je riječ "džizja" poarabljena - izvedena iz perzijske "kizje".

³⁹⁰ Međutim, muslimani su izmijenili osnove poreza u bizantijskom Egiptu i Siriji. Vidi, D. Dennet, *Conversion and Poli Tax* (Promjena vjere i glavarina). Vrijedno djelo, nažalost, neprevedeno na jezike muslimana.

9. Kur'an posebno naređuje da nemuslimani nastanjeni u islamskim zemljama uživaju slobodu i pravnu i sudsku autonomiju: propisi nemuslimana primjenjuju se na nemuslimane putem sudbenosti njihovih sveštenika (Kur'an, V: 42-50). Kur'an naređuje: "Neka sljedbenici Indžila sude prema onome što im je Allah u njemu objavio". Tako i Jevreji i drugi "štićenici". Iz toga proizlazi da se islamsko pravo nije miješalo sa stranim pravima, pa među njima nema djelatnog međuodnosa. To je zato što ovaj propis koji je Kur'an donio nije ostao samo pusta riječ; vidimo da je u potpunosti primjenjivan u vrijeme Poslanika, Hulefa-i Rašidina, Emevija, Abbasija, Osmanlija i drugih muslimanskih vladara. Svaka zajednica "štićenika" (hrišćana, Jevreja, vatropoklonika i drugih) imala je sopstveni pravni i sudski sistem u koji se islamska država nije nikako miješala. Slučajevi u kojima su se nemuslimani obraćali islamskim sudovima, protežirajući ih nad svojim sopstvenim, bili su rijetki. Obje stranke su morale pristati da stupe pred islamskog sudiju - bez obzira da li pripadaju dvjema različitim zajednicama (npr. hrišćanin i Jevrej) ili pripadaju istoj zajednici - ako se iz određenih razloga nisu saglasili da izađu pred sudiju svoje zajednice. U tom slučaju, islamski sud je primjenjivao islamsko pravo. Na taj način nije dolazilo do miješanja različitih pravnih sistema.

10. U početku svojih osvajanja muslimani su bili prisiljeni da se u isto vrijeme bore na dvije strane - sa Iranom i Bizantijom. Prije nego što je proteklo petnaest godina poslije smrti Božijeg Poslanika, islamska država se protezala od sjeverne Španije do kineskog Turkestana, po dužini, i od sjeverne Ermenije do zapadne Indije, po širini (govorimo o vremenu halife Osmana ibn Afana). Stanovnici ove velike države govorili su najmanje dvanaest jezika i bili pripadnici šest starih civilizacija. Svaki narod je imao svoju posebnu kulturu i pravo. Ako nasuprot ovakvom stanju neko tvrdi da je islamsko pravo bilo pod utjecajem samo onih podanika koji su ranije bili pod vladavinom rimskog prava, a nije trpilo utjecaj prava drugih podanika, onda je to neosnovano protežiranje i slijepa privrženost rimskom pravu.

11. Postoje temeljne razlike između islamskog i rimskog prava. U pogledu poimanja prava: Rimljani svoje pravo nazivaju *ius*, što znači “pravo”, dok muslimani svoje pravo nazivaju *fikh*, što znači “saznanje, razumijevanje” (poznavanje prava i obaveza jednog lica - kako je definisao Ebu Hanifa). U izlaganju praktičnih propisa u pravnim zbir-kama: Rimljani su svoje knjige dijelili na tri dijela: lica, stvari i tužbe, dok su muslimanski pravници svoja djela dijelili na poglavlja ibadeta (obredi), muamelata (imovinski odnosi) i ukubata (kazne). Nakon ovoga nije potrebno spominjati da muslimani nisu ništa izdvajali ispod vladavine prava bilo da se radi o služenju Bogu, ustavnom uređenju države,³⁹¹ postupanju vladara - što se danas naziva međunarodno javno i privatno pravo (položaj stranaca u stanju mira, rata i neutralnosti), Rimsko pravo se nije zanimalo za ovakva pitanja: ni za obrede, ni za ustav, ni za međunarodno pravo. Čak i u pitanjima zajedničkim za oba pravna sistema, vidimo npr. da *patriapotestas*, ili vlast oca nad članovima porodice, predstavlja okosnicu uređenja rimskog društva. Tako nešto islam uopće ne poznaje, jer je pojedinačna odgovornost svakog pametnog i punoljetnog lica u pogledu prava i obaveza osnova islamskih propisa. Pravo kod Rimljana je izraz narodne volje, volje čovjeka, dok se islamsko pravo temelji na Božijoj volji, koja je objavljena Poslaniku. Osim toga, kao jednu od odlika rimskog prava nalazimo mnoštvo beskorisnih formalnosti. Čak i engleski pisac Post u uvodu Gajejom djelu *Institucije* (str. 24-25.) kaže: “To su nepodnošljive formalnosti”. Ove formalnosti su obuhvatale određene riječi i pokrete neophodne za sudski spor. Ukoliko bi došlo do najmanjeg odstupanja od toga, sud bi odbio razmatranje tužbe (vidi, Gajeve *Institucije*, str. 4-11, Uvod iz pera Posta, str. 17, 455.) Nasuprot tome, islamsko sudstvo se odlikuje odsustvom zamršenosti, cjepidlačenja i širinom u sudskom postupku. Treba dodati da temeljna razlika između islamskog i rimskog pravnog sistema potiče iz toga što je osnova fikha vjera u Jednog i Jedinog Boga, a rimsko pravo je zasnovano na mnogobožачkoj vjeri. Iz ove osnove izrastaju i granaju se razlike u brojnim pitanjima između dva sistema.

³⁹¹ Imam Šafi‘ija, npr. u poglavlju “predvođenje namaza” raspravlja i o vođenju države i hilafeta.

12. Propisi koji se označavaju imenom rimsko pravo nisu isključivo rimskog porijekla. Pomenuti engleski pisac (Post) kaže: "Rimsko pravo bi još bilo u nerazvijenoj jednostavnosti da nije došlo u dodir sa istočnim krajevima" (Isto, str. 15.). Rimsko pravo je tako pretrpjelo utjecaj sjeverne Afrike, Sirije i Male Azije. Francuski naučnik Collinet i drugi, nakon napornog ispitivanja, dospjeli su do zaključka da je pravo koje se naziva rimskim uistinu bilo pod utjecajem istočnih zemalja. Osim toga, i Gaj, najveći rimski pravnik, bio je porijeklom s Istoka - iz Male Azije. Nakon pojave islama rimsko pravo je već bilo nestalo u istočnim pokrajinama Bizantijske carevine, a njegovo mjesto su zauzele mjesne tradicije i običaji i arbitraža sveštenika i kaluđera. Zbog svoje funkcije oni su mrzili rimsko pravo i zapostavljali ga, jer je ono za njih bilo pravo idolopoklonika. Nesumnjivo, tome je razlog u prvom redu bila vjerska netrpeljivost prema rimskim paganima, premda je sveštenicima pri tome osnovni cilj bilo usredsređenje sudske vlasti u sopstvenim rukama u najvećoj mogućoj mjeri, pa čak i preuzimanje te vlasti iz ruku građanskih službenika. Engleski pisac Wilson u uvodu svog djela *Pravo muslimana u britanskoj Indiji* (Anglo-Muhammedan Law) kaže: "Neizvjesno je da li su se podanici imperatora Justinijana okoristili njegovom kodifikacijom, jer je uglavnom bila na latinskom jeziku, dok je, s druge strane, većina njegovih podanika govorila grčki, neki čak sirijski ili arapski. Osim toga, ova zbirka zakona je više puta mijenjana od strane njenog autora (Justinijana) u toku posljednjih trideset godina njegove vladavine, najviše zbog njegove promjenljive ćudi. Postoje i drugi razlozi koji dopuštaju da zaključimo da su bizantijski carski zakoni u to doba jedva ostavili traga izvan centralnih pokrajina. U dalekim pokrajinama istočnog dijela države rijetko se ko obraćao zvaničnim sudovima: presuđivanje sporova traženo je od vjerskih poglavara, episkopa i paroha, različitih hrišćanskih zajednica. Sveštenici nisu neposredno poznavali rimsko pravo. Stari rimski izvori su do njih dopirali preko jednog pa i više posrednika, ali tada pomiješani sa drugim nerimskim elementima".

Zaključak

Iz svega vidimo da je udio rimskog prava među stranim izvorima koji su utjecali na islamsko pravo tako mali da se i ne uzima u obzir. Pošto su muslimani u isto vrijeme osvojili brojne zemlje, ishodišta različitih starih visokorazvijenih kultura kao što su Jemen, Egipat, Indija, Iran i slično, ne može se reći da je od svih ovih izvora na islamsko pravo utjecalo samo pravo Rima. To bi bilo neosnovano protežiranje.

Da je fikh bio pod stranim utjecajem, bio bi pod utjecajem svih ovih stranih prava. I tada, udio rimskog prava u tome ne bi bio ni jedan posto. I to, u pogledu pravnih propisa za koje nije postojao izvor ni u Kur'anu, ni u Hadisu, ni u starim običajima Arapa, već se trebalo obratiti stranim izvorima.

Izvor: *Islamska misao*, V/1983, br. 57, str. 11-16.

Ebul Ula Mardin

RAZVOJ ŠERIJATSKOG PRAVA U OSMANSKOJ CAREVINI

Prije proglašenja carskog dekreta o reformama 1839. godine (*Hatti-šerif od Gülhane*) postojale su tri različite strane pravnog sistema Turske.³⁹²

Prvo, postojali su principi privatnog prava, ili propisi građanskog prava, koji su redom uzeti iz fikha. Nužnost oslanjanja na ove principe bila je naglašena u posebnom dekretu poslanom od strane seldžučkog vladara Alauddina osnivaču Osmanske države, Osmanu I, kojim mu je podijelio odgovarajuću vlast i moć i priznao njegovu nezavisnost. Prema ovom patentnom pismu, primjena prava trebalo je da ostane u rukama postojećih sudija, čime se osigurava opstanak šerijata kao prava nove kneževine. Odgovor sultana Osmana "Kada je dekret čija je poruka konačna i mjerodavna i koji zahtijeva pokornost svih bio pročitao u prisustvu naroda, svi su povikali: 'Čuli smo i pokoravamo se!'" čini jasnim da je princip primjene šerijata prihvaćen i ustanovljen u zemlji opštom saglasnošću. Tako, u stvarima koje se tiču ličnog statusa, porodičnih odnosa, nasljedstva, ugovora, sticanja nekretnina, principi fikha su poštovani i primjenjivani. Jedino u slučajevima koji se tiču poljoprivrednog zemljišta Turci su, inspirisani svojim narodnim običajima, primjenjivali sopstvene propise.

U krivičnom pravu, propisi fikha koji se tiču *ukubata* (zločini, prijestupi, prekršaji) primjenjivani su u brojnim slučajevima. To je spomenuto u pismu - dekretu i preporučeno slijedećim navodom: "Treba djelovati sa najvećom oprežnošću i postupati s dužnom pa-

³⁹² Tekst je preuzet iz zbornika *Law In the Middle East* (Pravo na Srednjem Istoku), vol. I, The Middle East Institute, Washington, D.C., 1955, str. 279 – 291. Pisac teksta je bivši redovni profesor građanskog prava na Istanbulskom univerzitetu i autor više radova iz historije turskog prava.

žnjom prema političkim prestupnicima koji treba da budu pogubljeni.” Jedino u slučaju ubistva gdje nasljednici ubijenog protežiraju odmazdu nad obeštećenjem sudije se opominju da ne odstupaju od kur’anskog ajeta koji glasi: “Život vam je u propisu o odmazdi”.

Propisi javnog prava bili su inspirisani svakodnevnom materijom i nazvani su zakoni (*kanun*). Naredbe izdavane s vremena na vrijeme, počev od vladavine osnivača Osmanskog carstva, Osmana I, nazvane su zakonima, premda njihova pravna valjanost nije išla dalje od prešutnog prihvatanja naredbe vladara kao propisa. Mnogim naredbama bilo je dato ime vezira koji je primio vladarevo odobrenje za zapovijedanje. U ovu vrstu spadaju naredbe koje se tiču zemlje, taksu i poreza. Dekret Osmana I koji se odnosi na podjelu službenih položaja nazvan je “zakonom”. Popis koji je sadržavao sudske globe i prihode koji treba da budu sakupljeni od strane pokrajinskih sudija bio im je upućen pod nazivom “zakon” u toku vladavine Bajezida I. Slično, naredba koja se odnosila na podjelu kopija vlasničkih isprava posjednicima *timara* (feuda) državnog zemljišta (*mir topraklar*) koja je izdata po povratku Mehmeda II, Osvajača, sa vojne na Dunavu 881. godine po H. (1476. n. e.) nazvana je “zakon”. Nemoguće je naći zbirku svih ovih naredaba. Pošto se i dalje u arhivu odvija klasifikacija (ovih naredaba) iz poznatih primjeraka, teško nam je induktivnim zaključivanjem izgraditi čak i opštu predstavu.

U mnogim radovima čiji su sadržaji bazirani uglavnom na stranim izvorima pojavljuje se kompilacija zakona pripisana Mehmedu II, ali je njena autentičnost sumnjiva. Ova kompilacija sa carskim rukopisom (*manuproprio*) koji se pojavljuje na njenom početku čuva se u Nacionalnoj biblioteci u Beču i bila je predmet većeg broja ozbiljnijih i prosvijetljenih kritika. Premda rukopisni uvod pripisan Mehmedu II tvrdi: “Ovo je zakon mog oca i djeda i moj također. Želim da moji sinovi, s pokoljenja na pokoljenje, oslanjaju se na njega”, ovu zbirku ne spominju osmanski historičari. Bude li autentična, ova kompilacija bila bi veoma važna, ali kada znamo da je zapadni historičari citiraju preko grčkih historičara, nije nam čudo što sjenka sumnje pada na nju - sjenka prouzrokovana vjekovnim neprijateljstvom i mržnjom. Pouzdani pravници našeg vremena, nakon dugog

istraživanja i ispitivanja, došli su do zaključka da ova kompilacija nije autentična.

Katib Čelebi, u svom poznatom radu *Keşf ez-zunun* spominje u detalje tri kompilacije Osmanske države, ali ne kaže ni riječi o ovoj zbirci. Ali Himmet Berki, poznati pravnik, nadavno je objavio knjigu u kojoj ispituje zakonodavna dostignuća Mehmeda II (u povodu 500. godišnjice osvajanja Istanbula). Sažetak njegove kritike kompilacije glasi: "Datum ove kompilacije je 1029. god. po H. (1620. n. e.), tj. 143 godine nakon smrti Mehmeda II. Premda je ovo datum prijepisa kompilacije, nesumnjivo se može postaviti pitanje: ko je prepisivač i odakle je izvršio prepis? Zašto original, koji je bez sumnje trebalo da bude sačuvan u carskoj riznici, nije pronađen? Kako neko može zamisliti da ostali turski historičari previde tako važan zakon?"³⁹³ U uvodu se navodi da su ovi zakoni kodifikovani po zapovijedi Mehmeda II i da su sakupljeni od strane Lis Zade Muhamed ibn Mustafe, službenika u carskoj kancelariji u to doba, koji je bio zadužen pisanjem sultanovih zapovijedi i stavljanjem sultanovog monograma na isprave.

Međutim, za vrijeme vladavine Mehmeda II, u carskoj kancelariji nije postojao službenik takvog imena. Ime Lis Zade Čelebije, poznate ličnosti iz vremena Mehmeda II i Bajezida II nije bilo Muhamed nego Nurudin Hamza, a ime njegovog oca nije bilo Mustafa nego Alija.

Sadržaj rukopisnog uvoda pripisanog Mehmedu II također je sumnjiv, pošto ova kompilacija ne sadrži zakone predaka Mehmeda II. Ona čak ne sadrži ni jednu desetinu toga materijala a većina principa koji se u njoj pojavljuju u suprotnosti je sa zakonom Mehmedovih predaka.

S obzirom na prihvaćenu važnost materije, čudno je da zakonik nije ni dobro napisan ni dobro uređen. Budući da je neophodno da priznamo obrazovanje i značaj onoga lica koje je zauzimalo najviši položaj u carskoj kancelariji za vrijeme Fatihove vladavine, nemoguće je zamisliti da bi ono moglo sačiniti djelo puno pravopisnih grešaka, nejasnoća i dvosmislenosti u izražavanju. Takva kompilacija ne

³⁹³ Ali Himmet Berki, *Büyük Türk Hükümdar, İstanbul Fatih Sultan Mehmed Han ve Adalet Hayati* (Istanbul, 1953), str. 141-147.

bi zadovoljila Mehmeda II, koji je zauzimaao jedinstveno mjesto na polju nauke i književnosti. Bilo bi nepravедno prema Ali Himmet Berkiju ne prihvatiti njegove stavove o ovom pitanju, pošto je utvrđena historijska činjenica da je Mehmed II bio izuzetno sitničav, preosjetljiv i da mu je bilo teško udovoljiti u stvarima koje se tiču izraza i stila. Otuda je svoja pisma koja su oglašavala osvojenje Istanbula dao napisati perima najodabranijih književnika svoga doba.

Da je ova zbirka propisa bila stvarni zakonik, kako navode strani izvori, a ne knjiga sačinjena bez cilja, bila bi prenošena s pokoljenja na pokoljenje, navođena u različitim prilikama i upotrebljavana kao dokaz od strane historičara. Na taj način došla bi nam u baštinu.

Princip bratoubistva je dalji dokaz za sumnjivost zakonika. Von Hammer-Purgstall navodi ga ovako: "Većina pravnika je proglasila da je dozvoljeno da ko god od mojih slavniha sinova i unuka dođe na prijestolje treba, u namjeri da očuva mir svijeta, da naredi pogubljenje svoje braće. Neka oni koji dođu postupaju shodno ovome." Potpuno je izvjesno da u zemlji čiji je osnovni zakon bio zakon islama, koji je zabranjivao nezakonito ubijanje ljudskih bića, ovo legalizovanje bratoubistva nije moglo biti dopušteno. Von Hammer je morao dodati klauzulu članu koja je ukazivala da je bio prihvaćen od većine pravnika pošto je bio svjestan da je to u suprotnosti s islamskim pravom. Ova dodatna klauzula nema osnove, kakva god bila, pošto je nemoguće naći čak i manjinu pravnika koji bi smatrali ubistvo brata dozvoljenim. Mora se zaključiti da ova patvorena kodifikacija ne može služiti kao izvor osmanskog prava.

Prije proglašenja carskog dekreta od 1839. godine postojala su dva različita oblika kodifikacije u Osmanskom carstvu - zbirke fetvi i zakona. U svakom slučaju kodifikacije su načinili različiti autori od vremena do vremena i bile su širene diljem Turske. Fetve su bile klasifikovane po svome sadržaju na osnovu šerijata i umnožene u bilježnice pod različita poglavlja i naslove. Zatim su sakupljene u četiri velika toma i čuvane u Fetvahani, posebnoj kancelariji koja je pomagala muftiji u pripremanju rješenja sve do ukidanja službe šejhul-islama.

Prema osmanskim historičarima, sistem kodifikacije je započeo sa vladavinom Sulejmana II (1520-1566 n. e.), poznatog kao Zakonodavac (Kanuni). Dalje mora biti posvećena pažnja četrnaestom šejhul-islam Osmanskog carstva, poznatom pravniku Imadi Mehmed Ebu Suud-efendiji. Na ovu visoku funkciju imenovan je 952. god. po H. (1545. n.e.) i vršio ju je dvadeset dvije godine tokom vladavine Sulejmana i još šest godina tokom vladavine Selima II. On je taj koji je priredio najpoznatiju *kanunnamu* (zbirku zakona) Sulejmana i koji je prilagođavajući osmanske kanune šerijatu izdavao 1400 fetvi dnevno.

Šejhul-islam Ebu Suud-efendija namjeravao je da obezbijedi dobar odnos države i vjere i ustanovi sklad u javnim poslovima. U namjeri da djeluje u saglasnosti sa idejama tumača islamskog prava, dobio je saglasnost sultana da ove kodifikuje pod naslovom *Ma'ruzati Ebu Suud efendi*. Propisi koje je Ebu Suud napisao povodom osvojenja Budima i njegovi zakonski prijedlozi za unapređenje pravnog postupka skicirani za popis zemljoposjedničkih isprava u pokrajini Skoplje i Solun (gdje su otkriveni neki nedostaci u pravnom postupku) još su poznati kao - Kanunnama sultan Sulejmana. Premda su izvori nekih principa, postavljeni uz saradnju i rukovodstvo Ebu Suuda preuzeti iz šerijata, drugi su zasnovani na mjesnim i turskim običajima. Posebno, principi koji se tiču državnog zemljišta temeljeni su više na običaju nego na šerijatu. Čak i u vrijeme kada je šerijat bio glavni izvor prava na sudovima ili divanima koji su sudili zločine i prekršaje u Osmanjskoj carevini, bilo je odluka suprotnih njegovim principima.³⁹⁴

Moguće je sva pravila i propise koji se tiču pisanog i nepisanog prava primjenjivanog u Osmanjskoj carevini s obzirom na izvor svesti na četiri tipa:

1) šerijat;

2) propisi i principi suprotni načelima šerijata, koji su formulisani na područjima koja šerijat nije pokrивao ili koja su namjerno ostavljena mjesnom običaju;

³⁹⁴ Vidi: *Hükuku Islamiye Kamusu* (od Omer Nasuhi Bilmen, sadašnjeg muftije Istanbula), o dužnostima i funkcijama administrativnog suda zvanog "Divani Mezalim".

1) zvanična tumačenja data prema potrebama ili zahtjevima društvenih okolnosti u vremenu u kome se pravo trebalo primijenjivati, bez obzira na namjeru zakonodavca;

2) principi preuzeti iz različitih zakonika zapadnoevropskih zemalja.

Turci Osmanlije, vladajući element u Osmanskom carstvu, mogli su koristiti vlastita mišljenja i običaje (urf) jedino na području o kome je šerijat šutio. Naprimjer, prvi krivični zakon u Osmanskom carstvu uveden je jednostavno zato što u šerijatu nije bilo određenih kazni za neka krivična djela. Pravo određivanja ovih kazni dato je sultanu. Slično, putem pravničkog okolišanja šerijatski propisi o poljoprivrednom zemljištu zamijenjeni su uvođenjem zemljišnog zakona (*arazi kanunu*), inspirisanog i usaglašenog s mjesnim običajem. Ovi propisi i pravila primjenjivani su redovito u slučajevima vezanim za poljoprivredno zemljište prije i nakon Tanzimata (reformi), sve dok novi građanski zakonik, preuzet iz švicarskog prava, nije stupio na snagu.

Kodifikacija u njenom savremenom značenju započela je sa proglašenjem *Hatti-šerifa od Gülhane* koji je označio početak Tanzimata u Osmanskom carstvu. Ovaj dekret o reformama, objavljen od vlade, ukazuje da će novi poredak u zemlji zamijeniti stari. Faktori koji su igrali ulogu u ovoj temeljitoj promjeni su: utjecaj prirodnog prava, potreba za uvođenjem novih principa koji će rukovoditi društvenim i ekonomskim odnosima, jačanje centralne vlasti i usmjerenje prema dovođenju prava u saglasnost sa nacionalnim osjećanjima. Principi prirodnog prava doprli su do Osmanskog carstva kao rezultat bliskih odnosa sa Zapadom. To je očigledno iz unošenja principa francuske revolucije u *Hatti-šerif od Gülhane*. Društveni i ekonomski odnosi u XVIII i XIX vijeku izražavani su, u oblicima drugačijim od ranije poznatih, pa je bilo nužno prilagođavanje ovim novim uslovima. To se vidi iz slijedećeg izvoda iz *Hatti-šerifa* koji se odnosi na finansijska pitanja:

“... vjerujemo da banke treba da budu otvorene u cilju jačanja finansijska Carevine naravanjem i zaštitom vrijednosti

*novca, da novčani fondovi treba da budu ustanovljeni radi povećanja izvora materijalnog blagostanja, da putevi i kanali treba da budu otvoreni radi prometa proizvoda, da sve zapreke rastu i razvoju poljoprivrede i trgovine moraju biti uklonjene a neophodne pogodnosti obezbijeđene, i da za obezbjeđenje ovih ciljeva sredstva treba tražiti u korištenju evropske kulture, nauke i kapitala.*³⁹⁵

Unutrašnja politika je nastojala ojačati centralnu vlast putem kodifikacije prava. Vanjska politika, s druge strane, nastojala je da osujeti pritisak na inostrano javno mnijenje ostvarivan putem propagande stranih država neprijateljski raspoloženih prema Osmanskom carstvu. Politika je posebno bila usmjerena protiv tvrdnje da se ne postupa jednako prema muslimanima i nemuslimanima, da muslimani uživaju privilegije koje se ne daju nemuslimanima, pošto, u saglasnosti sa pravilima fikha, jednakost između muslimanskih i nemuslimanskih podanika općenito prevladava.

Niko nije nastojao razvijati nacionalno pravo u zemlji, pošto je u ovom periodu zamisao o oblikovanju prava prema nacionalnim osjećajima bila nepoznata u Osmanskom carstvu. Jedino je u području zemljišnog i krivičnog prava, o čemu šerijat nije govorio, veliki vezir Mustafa Rešid-paša, autor dekreta o osmanskim reformama iz 1839. godine, odabrao i podržavao primjenu propisa inspirisanih običajima Turaka.

U toku pripreme kodifikacije novih propisa započete 1262. god. po H. (1846. god. n.e.), veliki vezir je zatražio od kancelarije šejhulislama imenovanje jednog učenjaka dobro upućenog u principe šerijata a uz to sposobnog da razumije potrebe modernog doba. Velikom veziru je tadašnji šejhul-islam kao najpogodniju ličnost za taj zadatak uputio Ahmet Dževdet-pašu.

Dževdet-paša je postigao onoliko koliko i Ebu Suud-efendija u vrijeme Sulejmana Veličanstvenog. Kao predsjednik Pravnog komiteta Ahmet Dževdet-paša je nastojao da kodifikuje različite propise

³⁹⁵ Puni tekst ovog dekreta vidi u Edward Hertslet, *Map of Europe by Treaty* (London, 1875), Vol. II, str. 1002-1005.

koji nikada nisu bili skupljeni u sistematizovanoj zbirici. Krivični zakonik od 28. zul-hidžeta 1274 god. po H. (1858. god. n.e.) i Zemljišni zakon od 1274 god. po H. godine su djela njegovog komiteta. Njegovo vrhunsko djelo koje je nadvisilo sve ostale bila je čuvena *Medžella*. Istina je da ni jedan novi propis nije kreiran kodifikacijom osmanskog zemljišnog prava, koja je preživjela čak i *Medžellu* u današnjoj Turskoj, već su bili ozakonjeni principi i propisi koji su postojali u starim zakonima.

Ukratko, nacionalizovanje prava treba biti protumačeno kao pokazatelj razvoja reformnog pokreta, pošto se obrazovana klasa uvjerala da jedino na taj način može biti zajamčena bezbjednost zemlje.

Zagovornici modernizacije pristali su čak i na usvajanje, uz izmjene, stranih zakona u nadi da će postići ovaj cilj. Oni su proglasili *Hatti-šerif od Gülhane* vjerujući da je to jedini put uspostavljanja moderne države i uklanjanja štetnih posljedica koje su proisticale iz nereda i kršenja prava. U svakom slučaju, ovaj stav iz uvodnog dijela dekreta potvrđuje navedeno mišljenje:

“Za stotinu pedeset godina, zbog stalno rastućih poteškoća i nemira različitog porijekla, naša nekada moćna i sretna država postala je slaba i pocijepana, iz prostog razloga što nismo poštovali niti se držali ni vjerskog prava, ni kanuna...”

Dekret nakon toga ističe da će se sav nered preduprijeti primjenom novouvedenih zakona i da će prvi zakon koji će biti izdat biti krivični zakonik, pripremljen u saglasnosti sa *Hatti-šerifom od Gülhane*. Dekret takođe iznosi metod izrade novih zakona:

“...Bilo je neophodno da se donose odluke jednoglasno, članstvo Pravnog komiteta se povećavalo, naši poznati pravници i državnici su se susretali u određene dane da raspravljaju s članovima komiteta sadržinu propisa: oni su iznosili i branili svoje stavove potpuno slobodno... tako su neophodni propisi bili pripremljeni... Nakon priprema svaki propis je bio podnesen našem odobrenju i nakon toga proglašen da važi onoliko koliko Bog bude želio.”

Novi zakoni proglašeni kao posljedica obećanja datog u *Hatti-šerifu od Gülhane* mogu se podijeliti u dvije odvojene cjeline: lokalni propisi kodifikovani prema modernim principima i propisi preuzeti iz stranih izvora.

Jedan od najvažnijih zakona utemeljen na lokalnim principima bio je Krivični zakon iz 1256. god. po H. i 1267. god. po H. (1840. i 1851). Premda je Komitet konsultovao evropske zakone u istoj materiji, propisi koji su proistekli ni u kom slučaju nisu bili prerade stranih zakona. Krivični zakon 1256. god. po H. sadrži uvod, zaključak i trinaest poglavlja. Sultan je potvrdio ovaj zakon i proglasio ga važećim, godinu dana nakon proglašavanja *Hatti-šerifa* od *Gülhane*, slijedećim važnim riječima:

“Mi smo ga vidjeli. Pošto je ovaj zakon izložen detaljno i, da kažemo istinu, s najvećom umješnosti, zadobio je naš pristanak i prihvatanje. Pošto je apsolutna neophodnost i moralna obaveza za sve da mu se pokoravaju i pošto je obezbjeđenje gornjeg i njegova primjena pala na našu carsku ličnost, zahtijeva se u ovom pogledu da svi postupaju najpažljivije i najobazrivije.”

Godine 1267. god. po H. (1851) jedan novi zakon sastavljen od tri poglavlja došao je na mjesto ovog zakona. Većina njegovih članova bila je, uglavnom, istovjetna sa članovima zakona iz 1256. godine. Novi zakon je kasnije zamijenjen Krivičnim zakonikom iz 1274. god. po H. (1857. n.e.).

Propisi koji se tiču zemlje bili su ozakonjeni od prvog osmanskog vladara, Osmana I. Oni su bili prošireni i unaprijeđeni za vladavine Orhana, drugog osmanskog vladara. Za vladavine Sulejmana Veličanstvenog uspostavljen je katastarski odsjek radi bilježenja vlasničkih prava i izdavanja dokumenata o vlasništvu. Propisi i principi koji su se ticali zemljišta bili su sakupljeni i kodifikovani, posebno propisi koji su se ticali nasljednog posjeda zemljišta (*tapu*), ugara i neobrađenog zemljišta, suvlasništva itd.

Zemljišni zakon 1274. god. po H. odgovarao je narodnim potrebama i samo su manje izmjene i dopune izvršene do proglašenja

ustavnog sistema u Carevini po drugi put. Jedna izmjena je bila izvršena zakonom od 17. muharema 1284. god. po H. (maj 1867.), koji sadrži nove propise u pogledu nasljedstva, posebno nasljedstva državnog zemljišta. Nakon proglašenja ustavnog poretka, 16. i 21. februara 1910. god. doneseni su svjetovni zakoni o uređenju vlasništva pravnih lica na nekretninama i o nasljeđivanju nekretnina.

Ova dva zakona sadrže važne izmjene u zemljišnom pravu. Ranije je pravo vlasništva nad nekretninama bilo dato nekim pravnim licima kakva su vladini ili opštinski uredi, vakufi i manastiri, a uvođenjem novih zakona to pravo je dato i turskim društvima (korporacijama).

Propisi o nasljedstvu uzeti su, s manjim izmjenama, iz njemačkog Građanskog zakonika, ali, kao rezultat neznanja, propisi koje je njemački zakonik donio samo za nekretnine u gradovima bili su primjenjivani i na obradiva zemljišta i šume u Osmanskom carstvu. Zbog toga je zemlja bila podijeljena na male parcele i stvarni vlasnici, koji su vijekovima bili gospodari ovih zemalja, morali su ih napustiti. Na taj način, u zemlji je bilo posijano sjeme velikog nezadovoljstva i nereda.

Dalje izmjene u Zemljišnom zakonu sadržane su u zakonu od 1328. god. po H. (25. februara 1910. godine), koji je preuzet iz francuskog prava, a regulisao je pitanje založnog prava na nekretninama; zakonu od 1329. god. po H. (30. marta 1911.) koji se ticao prava vlasništva nad nekretninama; zakonu od 1329. god. po H. (1. decembra 1911.) o podjeli nekretnina u zajedničkoj svojini; i zakonu od 1328. god. po H. (16. februara 1910) o ukidanju feudalnih davanja.

Zemljišni zakon je bio podijeljen na slijedeće dijelove: uvod - sa definicijom različitih vrsta zemljišta; prvi dio - o državnom zemljištu (*erazi emirije*), posjedu nad ovim zemljištem, njegovom prijenosu; nasljeđivanju i povratku državi; drugi dio - o javnom zemljištu (*erazi metruke*), njegovoj definiciji i principima koji se primjenjuju na neobrađene i ničije zemlje; treći dio sadrži razne propise a potom slijedi i završetak.

Različite vrste zemljišta su:

1. *erazi memluke*: zemlja u neograničenom vlasništvu privatnih pojedinaca;

2. *erazi emirije*: državna zemljišta čiji titular ostaje država a korištenje pripada pojedincima. Zakupac je koristi u skladu sa uslovima određenim Zemljišnim zakonom. Država dobiva određenu sumu prilikom izdavanja zemlje na korištenje, koja se naziva *tapu muadžele* (prethodna zakupnina). Država takođe dobiva godišnje određeni dio prinosa (1/10 ili 1/5) ili prikuplja određeni iznos pod imenom *zemin idžaresi* (zakupnina parcele), *ušur bedeli* (desetina) ili *mukataa* (javni prihod) koji se naziva *muedždžele* (kasnije zakupnina).

Postojale su dvije vrste *erazi emirije*:

1. *erazi emirije-i sirfa* (čista državna zemljišta) - zemlja čiji su prihodi pripadali državnoj riznici,

2. *erazi emirije-i mevkufa* (darovano državno zemljište) - zemlja čiji su prihodi, nekada i pravo korištenja, od države bili poklonjeni vjerskim zadužbinama (vakufima);

3. *erazi mevkufa-i sahiha* (prava vakufska zemlja) - zemlja koja je bila u neograničenom vlasništvu pojedinaca, ali koja je kasnije poklonjena vjerskim zadužbinama;

4. *erazi metruke* (javna zemljišta) - zemlja koja nije mogla biti privatno korištena, već je bila rezervisana za javnu upotrebu i korištenje. Kao i u slučaju državne zemlje, pravni naslov je pripadao riznici, ali javno zemljište nije davano u zakup. I u ovu vrstu je spadalo opštinsko zemljište kao pašnjaci, šume i sl. pridržano za upotrebu stanovnika određenog grada ili sela ili zemljište posvećeno opštoj upotrebi kao što su javni putevi;

5. *erazi mevat* - neobrađena i ničija zemlja. *Medžella*, ili osmanski Građanski zakonik,³⁹⁶ kao i Zemljišni i Krivični zakon, bio je utemeljen na lokalnim tradicijama.

Većina zakona posuđenih sa Zapada nakon proglašenja *Hattı-şerifa* od Gülhane bila je preuzeta iz francuskog prava. Neki propisi su namjerno ispušteni iz unutrašnjopolitičkih razloga, drugi su bili

³⁹⁶ Vidi glavu XII. (Pošto tekst na koji autor upućuje nije preveden, napominjemo da je *Medžella* prevedena na bosnski jezik u seriji Bh. zakoni IV; Tisak i naklada Daniela A. – op.prev.)

skraćeni ili im je značenje izvrnuto usljed neznanja prevodilaca i nepažnje i pogrešaka pri korištenju pravnih termina.

Prvi i najvažniji zakon preuzet sa Zapada bio je Trgovački zakonik od 18. Ramazana 1266. godine po H. (1850. n.e.). Razlozi preuzimanja ovog zakonika objašnjeni su u uvodu, koji iznosi rukovodeće principe:

“Kako je dobro poznato, javni promet i poredak, blagostanje, razvoj i napredak su osnovi društvenog stanja zemlje i život državnog mehanizma. Svakodnevno širenje i rast javnog prometa vrlo je važna stvar, a on redovito zavisi od snage i vrijednosti propisa koji regulišu poslove transakcija... Premda su trgovačke tužbe suđene saglasno važećim poslovnim propisima, ovi propisi nisu bili zabilježeni i uređeni; prema tome nisu zadovoljavali poslovne potrebe sadašnjih okolnosti.”

Po carskom naređenju o hitnoj pripremi novih propisa, koji će odgovarati potrebama prometa i formulisanju neophodnih principa za razvoj trgovine uz uvažavanje svih pojedinosti, ovaj nacrt inspirisan postojećim trgovačkim propisima s posebnom pažnjom posvećenoj zanatstvu, podnesen je Zastupničkoj skupštini gdje su svi kojih se to ticalo - zanatlije, poslovni ljudi, trgovci i sl. - bili uključeni u konačni pregled nacрта.

Ovaj nacrt je bio podijeljen na četiri dijela. Prvi je sadržavao propise o opštim trgovačkim transakcijama i principe ugovaranja ortakluka, obrazovanja kompanija, društava, kao i principe upotrebe čeka i mjenice. Pomorska trgovina i osiguranje bili su predmet drugog dijela. Propisi o stečajnom postupku obrađeni su u trećem dijelu nacрта, dok se četvrti bavi uređenjem trgovačkih sudova.

Nakon diskusije odlučeno je da se izostavi četvrti dio - o uređenju trgovačkih sudova - pošto je u suprotnosti s važećim postupkom u zemlji. Kodifikacija drugog dijela - koji se odnosio na pomorsku trgovinu - ostavljena je za kasnije pošto nije hitna kao drugi dijelovi. Prvi i treći dio nacрта smatrani su osnovom razvoja trgovine, i nakon temeljite diskusije, preformulisani su tako da odgovaraju važećem sudskom postupku u zemlji.

Pomorski zakonik Francuske, uz sardinijski i sicilijanski, inspirisali su osmanski Pomorski zakonik od 6. rebiul-evvela 1280 god. po H. (1863. n.e.). Pojedini članovi ukazuju da su konsultovani zakonici Belgije, Španije i Pruske.

Francusko pravo poslužilo je kao osnova za Zakonik o trgovačkom postupku od 10. rebiul-ahira 1278. godine po H. (1861. n.e.) koji je primjenjivan u svim trgovačkim i građanskim sudovima sve do donošenja novog zakonika o istoj materiji 1297. god. po H. (1880. n.e.) O Krivičnom zakoniku iz 1274. god. po H. (1857. n.e.) raspravlja se u *Sjećanjima* Ahmet Dževdet-paše, pošto je on uložio mnogo truda i snage u njegovu pripremu. Budući da su njegovi osnovni propisi preuzeti iz francuskog Krivičnog zakonika, on se u velikoj mjeri razlikuje od prethodnog osmanskog Krivičnog zakonika.

Zakonik o građanskom sudskom postupku od 2. redžepa 1297. god. po H. pripremio je Državni savjet na osnovu francuskog zakonika od 1807. godine. Osim ispuštanja sistema porote, Zakonik o krivičnom postupku od 5. Redžepa 1296. god. po H. (1879. n.e.) uglavnom je istovjetan s francuskim zakonikom. Ovi zakonici, uz određene izmjene, ostali su na snazi sve dok nisu zamijenjeni novim od strane Repulike Turske dvadesetih godina dvadesetog vijeka.

Historija prava Osmanske carevine može se tako podijeliti na dva perioda. Prvi teče od obrazovanja Osmanskog carstva pa do Tanzimata (1839). Tekstovi zakona koji su stupili na snagu u ovom periodu zabilježeni su u *Divani-Humayun* (registar carske kancelarije). Pokretanjem *Takvimi-Vakaji* (zvaničnih novina koje su u cjelini objavljivale zakone i dekrete) 1247. god. po H. (1831. n.e.) ovi tekstovi su tu objavljeni. Ne postoji zvanično štampani izvor prava prvog perioda, izuzev publikacije *Takvimi-Vakaji*. Zatim slijedi period od Tanzimata do 1324. god. po H. (1906. n.e.), kada je ponovno uspostavljen ustavni sistem vladavine. Moguće je da zakone donesene nakon ovog momenta pa do kraja Prvog svjetskog rata označimo kao treći period.

Treba spomenuti da su objavljeni zakoni o različitoj materiji doneseni u cilju preobraćanja Turske u modernu državu. To bi se po-

stiglo okretanjem od Istoka ka Zapadu, reformama koje su započele proglašenjem *Hatti-šerifa* od Gülhane. Ove zakone je publikovala vlada pod naslovom "Dustur", (Kodeks) a prevedeni su i na strane jezike. Tako je djelo *Corps de Droit Ottoman* Georgea Younga, koji je zakone Osmanske carevine preveo u sedam tomova.

Ovi kodeksi uključivali su zakone, tumačenja i uredbe sa zakonskom snagom, kao i propise, ugovore i slično koje su pripremali ovlašteni biro i u skladu sa postavljenim normama.

Dustur je sređen u tri serije. Prva serija sadrži tekstove prije 1324. god. po H. (1906. n.e.) Sastoji se od osam tomova od kojih četiri sadrže dopune. Ona objedinjuje zakone i dekrete do 1302. god. po H., premda nekompletne. Zakoni o 1302. do 1324 god. po H. nisu sakupljeni ni štampani u obliku *Dustura*. Kompilacija nazvana *Mute-mmim* (Dopuna) sadrži samo dio njih.

Druga serija *Dustura* sadrži sve pravne tekstove od 1324. god. po H. do 1336. (1928. n.e.). Sedam tomova ove serije objavljeno je na vrijeme i sadrži tekstove do 1331. god. po H. (1912), ali dio koji obuhvata period do 1338. god. po H. (1919.) štampan je kasnije u pet tomova, što sve skupa obuhvata dvanaest tomova. Samo je dvanaesti tom, budući proglašen nakon obrazovanja Nacionalne vlade, poništen, te tako sadrži zakone koje Republika Turska nije prihvatila.

Treća serija *Dustura* sadrži u cjelini sve zakone proglašene od Velike nacionalne skupštine i sve uredbe vlade Republike Turske u dvadeset tri toma..

Zakoni kodifikovani prije Ustava 1293. god. po H. (1876.n.e.) podnošeni su od strane vlade Njegovom carskom veličanstvu na odobrenje i bili proglašavani carskim ukazom. Zakone nakon tog vremena proglašava Parlament u skladu sa ustavnim odredbama.

Izvor: *Islamska misao*, V/1983, br. 58, str. 18-23.

Muhammed Abdul Dževad Muhammed

RAZVOJ ZAKONODAVSTVA U ISLAMSKOM
SVIJETU S POSEBNIM OSVRTOM NA POSLJEDNJI
PERIOD OSMANSKOG HILAFETA³⁹⁷

(1. ...)

2. Šerijatsko pravo je vladalo Islamskim svijetom od pojave islama do 13. vijeka po Hidžri.

I pored toga što se velika islamska država pocijepala na više država i državica, počev od 3. vijeka po Hidžri (9. vijeka), islamsko zakonodavstvo je nastavilo vladati svim područjima života, bez obzira da li se radi o međusobnim, privatnim odnosima pojedinaca ili njihovim odnosima prema državi i državnim službenicima ili o odnosima islamske države s drugim državama. Može se reći da je ovaj period, koji je započeo pojavom islama i njegovim širenjem sve dok nije obuhvatio Perzijsku carevinu, na istoku, i sve posjede Bizantijske carevine, na zapadu, zahvaljujući primjeni šerijatskog prava i njegovih uzvišenih načela potrajao sve do 13. vijeka po Hidžri, završivši se objavljivanjem osmanskih reformi (Tanzimat) - 1839. godine. Nema potrebe da govorimo o historiji islamskog zakonodavstva u ovom periodu, pošto je to predmet koji se samostalno izučava i o kome, hvala Allahu, džellešanuhu, postoje dobra i mnogobrojna djela.

³⁹⁷ Tekst je preuzet iz djela *Studije o šerijatskom i opštem građanskom pravu* (dr Muhammed Abdul Dževad Muhame, *Buhus fi eš-šeria el-islamije ve el-kanun*, El-me'arif, el-Iskenderije, 1977, str. 220). Pisac je istaknuti islamski pravnik, učenik čuvenog zagovornika obnove pravne misli islama, profesora Abdurezaka Senhurija, raniji prodekan Pravnog fakulteta Kairskog univerziteta - odsjek u Kartumu. Autor je djela: *Zemljišno vlasništvo u islamu* (Aleksandrija, 1976), *Zemljišno vlasništvo u Libiji u staro doba i u turskom periodu* (Aleksandrija, 1974), *Dosjelost i zastara u islamskom pravu - poređenje s opštim građanskim pravom* (Aleksandrija, 1977), *Studije o šerijatskom i opštem građanskom pravu*, I (Kartum, 1973), II (Aleksandrija, 1977).

3. Osmanski hilafet je povećao teritoriju i ugled islamskog svijeta ali je uveo strane zakone namjesto šerijata.

Premda ne izučavamo historiju osmanskog hilafeta, moramo, istine radi, podvući njegovu zaslugu u širenju teritorije i ugleda islamskog svijeta tokom gotovo sedam vijekova, počev od kraja 7. pa do polovine 14. vijeka po Hidžri. Poznato je da je Osmanska država osnovana oko 699. godine po Hidžri (1300) i da je postala hilafet 923. (1517), kada je sultan Selim I zagospodario Egiptom, te da je Kemal Atatürk dokinuo hilafet 1923.

Zakonodavstvo Osmanske države, a kasnije hilafeta, bilo je, sve do proglašenja Tanzimata 1255. (1839), čisto islamsko. Od toga vremena, hilafet se, u pogledu zakona koje je izdavao, kretao u dva različita pravca.³⁹⁸

Iz evropskih pravnih sistema, posebno francuskog, započelo se s pozajmicama pravnih načela kojima su ocjenjivani šerijatski propisi, što se okončalo uvođenjem francuskih zakona namjesto šerijata: Krivičnog zakona koji je izdat 1840. godine, Trgovačkog zakona iz 1850. godine, Zakona o krivičnom postupku iz 1880.

Osmanski hilafet je preduzimao dobra i loša djela: tako je u isto vrijeme kada je uvodio francuske zakone namjesto nekih šerijatskih propisa, preduzeo kodifikaciju propisa građanskog prava, po hanefijskoj pravnoj školi - zvaničnom mezhebu hilafeta - u *Medžellei- ahkami adlije*, koja je izdavana odijeljeno u vremenu između 1286. i 1293. god. po H. (1869-1876) godine.

³⁹⁸ Neki turski pisci dijele historiju razvoja islamskog zakonodavstva na četiri perioda: prvi, od 610. do 1839. godine, (datum izdanja Tanzimata) koji nazivaju "vjerskim periodom"; drugi, od 1839. do 1917. godine (datum izdanja osmanskog Porodičnog zakona), koji nazivaju "kvazivjerski period"; treći, od 1917. do 1926. godine (datum izdanja turskog Građanskog zakonika - doslovnog prevoda švicarskog Građanskog zakonika); Četvrti, od 1926. do danas.

Jasno je da je ova podjela nastala pod utjecajem evropskih shvatanja o odnosu vjere i prava, koja su u oprečnosti sa situacijom u šerijatskom pravu. Osim toga, ova podjela ograničava historiju razvoja islamskog zakonodavstva u savremenom dobu samo na Tursku, što protivrječi očiglednim činjenicama. (Vidi naš rad *Zemljišno vlasništvo u Libiji u staro doba i u turskom periodu*, str. 88.)

Medžella je primjenjivana u svim arapskim krajevima koji su se nalazili u okviru Osmanskog hilafeta, izuzev Alžira, koji je okupirala Francuska 1830. i Egipta, koji se osamostalio pod vođstvom Muhammed Alija i njegove dinastije počev od 1805. godine. U Turskoj, *Medžella* je primjenjivana do 1926. kada je zamijenjena Građanskim zakonikom Turske, koji predstavlja doslovni prevod švicarskog Građanskog zakonika. U Libanu, *Medžella* je primjenjivana do 1943. god., u Siriji do 1949. god., u Iraku do 1951. god., u Jordanu do 1976. god., dok se u Kuvajtu i danas primjenjuje. Osmanski hilafet je 1274. (1858) godine izdao Zemljišni zakon koji je sadržavao određena pravila koja su izmijenila šerijatske propise o nasljeđivanju, kako ćemo vidjeti.³⁹⁹

Osmanski hilafet je, također, izdao Zakon o porodici 1336. (1917.) godine koji je važan iz tri razloga: 1. to je prvo kodifikovanje šerijatskih propisa o ličnom statusu; 2. ova kodifikacija se nije ograničila na fikhska pravila hanefijskog mezheba, kako je to bilo uobičajeno u osmanskome zakonodavstvu, već su odabrana i neka pravila četiri sunnijske pravne škole; 3. ova kodifikacija sadrži posebna pravna pravila koja se odnose na hrišćane i Jevreje. I pored toga što je ovaj zakon u pogledu Osmanskog hilafeta ukinut 1919. godine, u nekim arapskim krajevima koje su zaposjele Engleska i Francuska (Sirija, Jordan, Palestina) nastavljeno je s njegovom primjenom. U današnje doba ovaj zakon se primjenjuje među sunijskom muslimanskom zajednicom u Libanu.⁴⁰⁰

4. Osmanski hilafet i dvojnost zakonodavstva i sudstva

Može se reći da je Osmanski hilafet objavljivanjem Tanzimata postavio osnovu dvojnosti zakonodavstva i sudstva u krajevima koji su bili pod njegovom upravom, a to je većina arapskih zemalja, izuzev Alžira, koji je okupirala Francuska 1830. proglašivši francuske

³⁹⁹ Vidi naredno poglavlje.

⁴⁰⁰ Vidi o tome, i uopšte o zakonodavnom razvoju u vrijeme Osmanskog hilafeta, poseban odjeljak u našem radu *Zemljišno vlasništvo u Libiji u staro doba i u turskom periodu*, str. 87-119.

zakone, izuzev u oblasti ličnih odnosa muslimana, i Marakeša, koji je takođe okupirala Francuska 1904. Dvojnost zakonodavstva ostvarena je izdavanjem zakona preuzetih iz francuskog prava, kako je spomenuto,⁴⁰¹ dok je dvojnost sudstva ustanovljena osnivanjem redovnih sudova (*el-mehakim en-nizamijje*), kojima je pripala primjena recipiranog prava, pa su za njih imenovane i odgovarajuće sudije.

Osnovni sudovi koji su prije ustanovljenja redovnih sudova raspravljali sve vrste sporova nazvani su šerijatski sudovi (*el-mehakim eš-šer'ijje*). Njihova nadležnost je sužavana dok nije svedena na pitanje ličnog statusa muslimana.⁴⁰²

Na polju zakonodavstva Osmanski hilafet je izdao Zemljišni zakon (Erazi Kanunnama) 1247. (1858) godine i dopunske zakone⁴⁰³ kojima je propisan hakkul-intikal ili redoviti nasljedni red, kako su to nazvali neki pisci.⁴⁰⁴ Ovim su preinačena šerijatska nasljedna pravila zasnovana na Kur'anu,⁴⁰⁵ a sve to radi uspostavljanja "jednakosti muških i ženskih potomaka" kako je istaknuto u članu 54. Zemljišnog zakona.

5. Dvojnost zakonodavstva i sudstva u arapskim zemljama

Neke arapske zemlje koje su postale plijen zapadnih zemalja - pobjednica u prvom svjetskom ratu, nakon podjele zaostavštine Osmanskog hilafeta (...) naslijedile su dvojnost zakonodavstva i sudstva. Kolonijalizam je, našavši pogodno tlo, radio na povećanju jaza između šerijata i od ljudi ustanovljenih prava. To se desilo u Siriji i

⁴⁰¹ Vidi ranije poglavlje.

⁴⁰² Zemljišno vlasništvo u Libiji..., str. 101-103.

⁴⁰³ Ovi zakoni su se odnosili specijalno na erazi miriju (zemljište u državnom vlasništvu), dok se u pogledu mulka (zemljišta u potpunom vlasništvu pojedinaca) primjenjivali propisi šerijatskog prava izloženi u fikhskim djelima, kako je i navedeno u čl. 2 Erazi Kanunama, (Vidi tekstove ovih zakona u posebnom dodatku našem radu *Zemljišno vlasništvo u Libiji*).

⁴⁰⁴ Deibs El-mer, *Zbornik zemljišnopравnih propisa koji se primjenjuju u arapskim zemljama izdvojenim ispod osmanske vlasti*, Jerusalem, 1923. str. 183; Naš ranije spomenuti rad, str. 243.

⁴⁰⁵ Allah, džellešanuhu, kaže: "Muškom pripada toliko koliko dvjema ženskima" (Nisa, IV:11).

Libanu, koje su bile udio Francuske u diobi jedinstvene pokrajine Šam, i u Palestini i istočnom Jordanu nakon engleskog zaposjedanja. To se desilo i u Iraku. Italija je 1911. godine zaposjela Libiju, proglašivši je italijanskom pokrajinom u kojoj važe italijanski zakoni, izuzev u pitanjima ličnog statusa muslimana. Isto to Francuska je uradila u Tunisu i Marakešu. Engleska je u Sudanu, nakon drugog osvajanja i uspostavljanja kondominijuma s Egiptom, 1899. godine proglasila engleske zakone.⁴⁰⁶

6. Poseban položaj Egipta u pogledu dvojnosti zakonodavstva i sudstva

Može se reći da je dvojnost zakonodavstva i sudstva u Egiptu ustanovljena u isto vrijeme i dragovoljno i prinudno. Nakon osamostaljenja Muhammed Alija u Egiptu, ova zemlja je izašla iz domašaja osmanskog zakonodavstva. Godine 1875. obrazovani su mješoviti sudovi (*el-mehakim el-muhtelife*) i izdat je kodeks koji će ovi sudovi primjenjivati -ustvari potpuna recepcija francuske kodifikacije. Sve se to desilo kao posljedica posebnog položaja stranaca u Egiptu i povećanog utjecaja stranih država zbog neotplaćenih dugova kojima se zadužio Hedio Ismail. Nema sumnje, uspostavljanje mješovitih sudova, proglašenje kodeksa koji su se primjenjivali i kontrola koju su ove ustanove ostvarivale nad egipatskim zakonodavstvom ne znači samo dvojnost zakonodavstva i sudstva već i krnjenje zakonodavnog suvereniteta države. A to se desilo, kako rekosmo, usljed utjecaja stranih sila. Engleska je okupirala Egipat 1882. Godine 1883. ustanovila je domorodačke sudove (*el-mehakim el-ehlijje*) i izdala kodeks koji će primjenjivati, a koji predstavlja recepciju francuskog zakonodav-

⁴⁰⁶ Vidi naš rad, *Sudski sistem Sudana u vrijeme kondominijuma i nakon nezavisnosti*, Pravni fakultet. Univerzitet Ajn Šems, 1969. U pogledu Indije, uvaženi alim Ebul Ala el-Mevdudi kaže: "Indija je prva zemlja u kojoj je počelo dokidanje primjene šerijatskog prava. Ovo pravo je bilo opšte državno pravo Indije čak i nakon uspostavljanja engleske vlasti. Kradljivcima je, npr., odsijecana ruka do 1791. godine. Nakon toga, Englezi su započeli postepeno dokidanje šerijatskog prava zamjenjujući ga opštim građanskim pravom. Ovo dokidanje je završeno sredinom 19. vijeka. Od šerijatskog prava ostali su da se primjenjuju propisi koji se tiču braka, razvoda i sl., onoga što se naziva "lični status muslimana".

stva. Osnovni sudovi su se počeli nazivati šerijatski sudovi a njihova nadležnost je sužena na "pitanja ličnog statusa muslimana". Jedna činjenica je neosporna: engleski osvajači u ovom vremenu nisu imali nikakve uloge u izdavanju zakona i uspostavljanju sudova u Egiptu. Poznata je izjava Hediva Ismaila: "Hoću da Egipat učinim dijelom Evrope". Neki smatraju da je Hediv Ismail odbacio "uvođenje osmanske *Medželle* iz ljubavi prema nezavisnosti i oslobođenju od Turaka".⁴⁰⁷ Tako je Egipat, tvrđava al-Azhar, ustoličio dvojnost zakonodavstva i sudstva dragovoljno, slobodnim izborom, počev od 1833. godine.

7. Savremeno arapsko zakonodavstvo se pridržava svojih stranih osnova pored mnogih pozajmica iz šerijata

Spomenuli smo da je Osmanski hilafet uredio propise imovinskih odnosa hanefijske pravne škole u obliku paragrafa u *Medželli*. Prije toga izdat je Zemljišni zakon koji je obuhvatao i neka šerijatska pravila, kao što je izdat zakon o porodici.⁴⁰⁸ Tako je Osmanski hilafet započeo po prvi put kodifikovanje propisa islamske pravne nauke, dajući ih u obliku paragrafa, tako da svaki paragraf sadrži pravni propis ili više propisa o pitanju o kome govori,⁴⁰⁹ kako je uobičajeno i u klasičnim i u modernim zakonskim tekstovima.

Taj metod je praktičan i koristan, posebno za sudiju, jer ga u većini slučajeva oslobađa od traganja u fikhskim djelima za pravilima i

⁴⁰⁷ Subhi Mahmesani, *Filozofija zakonodavstva u islamu*, Bejrut, 1952, str. 78.

Pisac ističe: "Šejh Mahluf Minjavi je preuzeo napor da prilagodi francuski građanski zakonik mezhebu Imama Malika. Uprkos čuvenom djelu koje je tada napisao ovaj alim i usaglašavanja koja je u njemu učinio izdat je Građanski zakonik kao doslovni prijevod Napoleonovog zakonika. To je prouzrokovalo negodovanja u tradicionalnim krugovima pa su neki pokušavali dokazati bespotrebnost kodifikacije. Nakon toga, merhum Kadri-paša je napisao knjigu *Uputstvo nesigurnom za saznanje ljudskih situacija* u obliku Građanskog zakonika Egipta, baziranu na hanefijskom fikhu". (...)

⁴⁰⁸ Vidi, poglavlje 3.

⁴⁰⁹ Navodi se da je abasijski halifa El-Mensur želio da privoli narod da primjenjuje Malikovo hadisko djelo *el-Muvetta*. Imam Malik se s tim nije složio ističući da su se ashabi Božijeg Poslanika razišli po različitim krajevima noseći u sebi Sunnet Božijeg Poslanika, da su tim propisima prožete različite pokrajine, da bi primjenom djela *el-Muvetta* toga nestalo i da je razlikovanje učenjaka milost ummetu.

posebnim propisima koji se odnose na slučaj koji mu je izložen i za koji se traži presuda.

Šerijatu nije stran metod formulisanja pravila i propisa u jezgrovitim i obavezujućim izrazima i rečenicama. Dovoljno je pogledati uvodni dio *Medželle* koji sadrži 99 opštih pravnih pravila, preuzetih iz fikhskih djela u istom obliku u kojem su tamo izložena. Neka od ovih pravila su hadisi Božijeg poslanika, kao: “Ne smiješ prouzrokovati štetu i treba da budeš zaštićen od štete”,⁴¹⁰ ili: “Nužda čini dopuštenim ono što je zabranjeno”.⁴¹¹

I neki kur’anski ajeti ili njihovi dijelovi koji se tiču imovinskih odnosa biće šerijatska pravila ili propisi u slučajevima na koje se donose, kao riječi uzvišenog Allaha: “Onima koji vas napadnu uzvratite istom mjerom”,⁴¹² koje postavljaju jedno od najvažnijih pravila međunarodnog javnog prava, poznato tek u 17. vijeku⁴¹³ (11. v. po Hidžri) pod imenom “pravilo reciprociteta”.⁴¹⁴

I pored zapadne okupacije islamskog svijeta – od Filipina i Indonezije, na istoku, do obala Atlantskog okeana, na zapadu, izuzev Saudijske Arabije, Jemena i Afganistana – i vladavine zapadne kulture i nauke, uopšte, a zakonodavstva i prava posebno, što je dovelo do dvojnosti kulture i prava u ovim zemljama, islamski duh ostao je jak. Stari centri znanja, Al-Azhar i drugi, nastavili su čuvati nauke islama u prvom redu šerijatske, iako u suženom okviru. I pored toga, Al-Azhar je nastavio biti svjetiljka u vremenu borbe i okupacije. Na području pravnih studija, Hedivska pravna škola, osnovana u Kairu

⁴¹⁰ Ovaj hadis čini sadržaj čl. 18. *Medželle* a postavlja opšte pravilo koje se u opštem građanskom pravu naziva “odgovornost”. Takve su i riječi Božijeg Poslanika: “*Dijete pripada bračnom krevetu a preljubniku sljeduje kamenovanje*”, “*Ko obradi mrtvu zemlju, ona će mu pripasti*”, “*Ljudi imaju pravo da zajednički koriste troje: vodu, ispašu i vatru*”.

⁴¹¹ Čl. 21. *Medželle*. Vidi, Mustafa Ahmed Ez-Zerka, “Islamska pravna nauka u novom ruhu”, u *Opšti uvod u fikh*, II, str. 940.

⁴¹² Bekare II: 194.

⁴¹³ Prvi pravnik koji je pisao o ovom pravu je Holandanin Hugo Grotius (1583-1645).

⁴¹⁴ Među opštim kur’anskim načelima navodimo: “O poslovima se svojim dogovaraju” (Sura XLII: 38) “Dogovaraj se s njima” (Ali-Imran, III: 159) - Princip dogovaranja (savjetovanja) ulazi u pitanja ustavnog prava - “U odmazdi vam je opstanak” (Bekare, II: 179); “Neka imućan prema bogatstvu svom daje” (Talak, LXV: 7).

1866., koja je postala Pravni fakultet, imala je kao obavezan predmet “Šerijatsko pravo” na sve četiri godine. Isti je slučaj i na svim pravnim fakultetima koji su osnovani u Egiptu i drugim arapskim zemljama.⁴¹⁵

Od kada su strani zakoni zauzeli mjesto šerijata u islamskim zemljama, čuli su se glasovi za povratkom propisa koje je Allah, dž.š., objavio. Posljedica toga bilo je da se veliki broj pravnika okrenuo proučavanju šerijatskog prava i poučavanju drugih na njegovim izvorima.

Prvi je bio merhum Muhammed Kadri-paša, koji je napisao *Muršid el-hajran ila ma’rife ahval el-ihsan* (Upustvo nesigurnom za saznanje ljudskih situacija) u obliku građanskog zakona preuzetog iz hanefijskog fikha.⁴¹⁶

Zatim je došao merhum Senhuri, koji je uložio mnogo truda u studije i predavanje fikha⁴¹⁷ i brojna fikhska pravila unio u Građanski zakonik Egipta iz 1948.⁴¹⁸ učinivši korak dalje u Građanskom zakoniku Iraka u kome je uskladio fikhska pravila iz *Medželle* i tekstove egipatskog Građanskog zakonika.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Premda je znatan broj doktorskih disertacija odbranih u današnje doba na pravnim fakultetima posvećen poređenju šerijatskog i opšteg građanskog prava, činjenica je da su brojne disertacije odbranjene u Francuskoj tokom više od polovine ovog vijeka bile iz područja fikha.

⁴¹⁶ Istim metodom je napisao *Zbirku šerijatskih propisa o ličnom statusu muslimana po hanefijskom mezhebu i Propise o pravdi i pravednom postupku u presuđivanju vakufskih sporova*.

⁴¹⁷ U razlozima donošenja i ciljevima ovog zakona navedeno je: “Namjera je da ovaj Nacrt bude uzor za građanske kodifikacije u arapskom svijetu, pa je sačinjen kao skladan spoj pravila šerijatskog prava i pravila preuzetih iz zapadnih kodifikacija”.

⁴¹⁸ Njegovo najznačajnije djelo o tome je *Izvori prava u islamskoj pravnoj nauci- uporedna studija islamske i zapadne jurisprudencije* (6 tomova).

⁴¹⁹ U pripremnim aktima za ovaj zakonik navodi se: “Ovaj Nacrt unosi u pitanje šerijatskog prava značajnu novinu učinivši ga jednim od zvaničnih izvora Egipatskog zakonika. Kada nema primjenljivog zakonskog teksta može da ga primijeni. Takvi slučajevi nisu malobrojni. Sudska presuda se tako u brojnim slučajevima inspiriše načelima šerijata. U tome je velika pobjeda uzvišenog šerijata naročito kada se uvidi da je bez velike teškoće moguće tekst Nacrta podvesti pod šerijatske propise. Tako će sudija, bez obzira da li postoji zakonski tekst ili ne, u određenom sporu primijeniti ili propise koji ne protivrječe osnovama šerijata ili same šerijatske propise”. (*Zbirka pripremnih akata za Građanski zakonik Egipta*, I, str. 20)

Merhum šejh Muhammed Muhamed Amir formulisao je brojna fikhška pravila malikijskog mezheba u obliku paragrafa u djelu *Mulehhas el-ahkam eš-šer'ijje ala el-Mu'temed min mezheb Malik* (Sažetak šerijatskih propisa iz djela *el-Mu'temed* malikijskog mezheba).

Naučna obaveza i nepristrasnost zahtijeva da spomenemo, uz ove pravnike muslimane, orijentalistu Santillanu, koji je brojna fikhška pravila malikijskog mezheba unio u tuniski zakonik o obligacijama i ugovorima⁴²⁰ izdat 1906. u vrijeme francuske okupacije.

Ovo je stvar koja izaziva čuđenje i zapanjenost. U vrijeme u kome se Egipat, a uz njega Al-Azhar – uporište Šerijata i islamskih nauka, odlučio na doslovno preuzimanje francuskih zakona, kako smo ranije spomenuli,⁴²¹ kolonijalistička Francuska u Tunisu donosi zakonik čiji su brojni propisi preuzeti iz islamske pravne nauke.

Međutim, činjenica je da se zakoni u novije doba izdati u nekim arapskim zemljama i pored toga što su preuzeti ili pozajmljeni iz šerijata i dalje oslanjaju na svoju stranu osnovu.

Mnogi, i najvažniji, protivrječe preciznim kur'anskim propisima i opštim načelima šerijata. I to nije obilježje samo krivičnog pravnog zakonodavstva.

8. Borba Medželle i savremenih arapskih zakona

Spomenuto je već da je Osmanski hilafet kodifikovao i imovinskoppravne propise hanefijskog mezheba u *Medžellei-ahkami adlijje*, te da je ovaj zakonik primjenjivan u svim pokrajinama hilafeta, od Iraka, na istoku, do Magriba, na zapadu, osim Egipta koji se osmo-

⁴²⁰ Orijentalista Santillana je opovrgao navode drugih orijentalista da arapsko pravo "kao vjersko pravo" nije sposobno da se razvija. Na osnovu činjenice da pravnici "malikijskog i šafijskog mezheba uvažavaju propise utemeljene na običaju", on je izveo zaključak da je šerijatsko pravo u stanju da prati razvoj društva. Naveo je takođe da su muslimanski pravnici u pitanju "zloupotrebe korištenja prava" pokazali "preciznost koje se mi uopšte ne bismo dosjetili". (Arapski prijevod izlaganja profesora Santiljane, izvjestioca komisije za izradu Nacrta građanskog i trgovačkog zakona Tunisa, Zakon o obliagacljama i ugovorima Tunisa, 1966.)

⁴²¹ Vidi, raniji odjeljak 6.

stalo u vrijeme Muhammeda Alija i njegove porodice i time izašao iz domena osmanskog zakonodavstva.⁴²²

Od vremena izdavanja pa do naših dana, *Medžella* se bori protiv stranih zakona koji joj, jednu za drugom oduzimaju zemlje u kojima je primjenjivana i to u prvom redu snagom kolonijalizma. To se desilo u zemljama arapskog Magriba gdje je Francuska okupirala Tunis a Italija Libiju.⁴²³

Bez sumnje, francuski kolonijalizam je igrao određenu ulogu u izdavanju Zakona o obligacijama i ugovorima u Libanu 1943., koji je došao na mjesto *Medželle*.

U Siriji i Iraku kolonijalizam nije igrao nikakvu ulogu u doki-danju primjene *Medželle*. To je bila posljedica izdavanja egipatskog Građanskog zakonika 1948.

Sirija je prije toga već bila započela teorijski i praktični rad na izdavanju savremenog građanskog zakonika koji bi se naslanjao na islamsku pravnu nauku svih pravaca.

Međutim, neočekivano je izdat Građanski zakonik 30. marta 1949., koji je predstavljao preuzimanje egipatskog Građanskog zakonika.⁴²⁴

U Iraku, merhum Senhuri je odigrao istu ulogu kao u pripremi Nacrta građanskog zakonika za Egipat, kako ćemo vidjeti.⁴²⁵ *Medžella* je nastavila da se primjenjuje u Jordanu do kraja 1976., premda nije pobijedila u otvorenoj borbi između ovog i egipatskog zakonika. Godine 1966. izrađen je Nacrt građanskog zakonika rađen po uzoru na egipatski zakonik. Međutim, javno mnijenje se uzburkalo, državno predstavničko tijelo se podijelilo: jedni su smatrali da je nacrt "odgovarajući korak na putu ujednačenja zakonodavstva u arapskim zemljama", a drugi da pomenuti nacrt protivrječi islamskom zakonodavstvu navodeći da "arapske države ulažu napore za ujednačenje

⁴²² Vidi, raniji odjeljak 3.

⁴²³ Sudan je u tome slijedio Egipat, pa *Medžella* nije primjenjivana. Nakon drugog osvajanja Sudana, Engleska je u njemu proglasila engleske zakone.

⁴²⁴ Mustafa Ahmed ez-Zerka, *n. d.*, I, .str. 3-5.

⁴²⁵ Vidi dalje, odjeljak 11.

zakona da bi se dobilo ono što najbolje odgovara, pa smo dužni da im sačinimo jedinstven zakonik, a i sam je najpreči da iz njega crpimo svoje zakone. On nam je bliži od francuskih zakona i zakona drugih istočnih i zapadnih naroda.”

Posljednji stav je, djelimično, podržan u ovom vremenu, pošto se stvar okončala jednostavnim odgađanjem rasprave o nacrtu zakonika.⁴²⁶

Međutim, ideja se ponovo javila i godine 1976. izdat je Građanski zakonik, koji se u mnogome pridržavao *Medželle*, a dobrim dijelom preuzeo i propise savremenih građanskih zakonika.

Međutim, mi smo više puta istakli da nije ni korisno ni pravično da se jedna muslimanska država, bez obzira na njenu naučnu i materijalnu moć odvojeno angažuje u pripremi nacрта islamskih zakonika. Potrebno je da se tijesno povežu mnoga nastojanja i brojne islamske akademije i skupovi na poslu pripreme nacрта zakona i različitih mezheba, na prvom mjestu, tako da se već na početku ne razdvojimo zbog mezhepskih razlika. Slijedeći korak bila bi priprema jedinstvenih zakona iz mezheba, uprkos njihovim razlikama.⁴²⁷

U Kuvajtu *Medžella* nije prestala da se primjenjuje ali je merhum Senhuri dodao Trgovačkom zakoniku poseban dio posvećen obligacijama iz egipatskog Građanskog zakonika.⁴²⁸

Tako je *Medžella* primjenjivana u cjelini u Osmanskom hilafetu, izuzev Egipta i Sudana u vrijeme njenog izdavanja, ali je područje njene primjene sužavano, malo po malo, snagom kolonijalizma u prvom redu i kao posljedica činjenice što je zaostali i slabi slijedio naprednog i jakog, pa je na kraju primjena *Medželle* svedena samo na Kuvajt.

Ali, mi se nadamo, kao što se nada većina muslimana, da će ozbiljno izučavanje i rad na oživljavanju fikha, naučni i praktični, dovesti do kodifikacije ove pravne nauke i njene primjene u svim islamskim zemljama.

⁴²⁶ Vidi naš rad *Zakonodavstvo arapskih zemalja između šerijata i zapadnih prava*, str. 24-26.

⁴²⁷ Isto, str. 62-65; Studije o šerijatskom i opštem građanskom pravu, str. 61, 96, 98.

⁴²⁸ Vidi naredni odjeljak.

9. Stanovište merhuma Senhurija o Medželli i kodifikaciji islamske pravne nauke

Naša ocjena u istraživanjima i radovima i priznanje historijskoj ulozi merhuma Senhurija u izučavanju, prezentaciji i kodifikaciji fikha⁴²⁹ ne smije isključiti kritiku koja mu je upućena, ponekad objektivnu, a drugi put pristranu. To spada u osnovna pravila naučnog istraživanja. Tome dodajemo da se ljudi razilaze samo u pogledu velikih pitanja, velikih ljudi i naučnika. Ovo su najvažniji vidovi kritike koja je upućena, ili se može uputiti, merhumu Senhuriju povodom njegove pripreme nacrtu građanskih zakonika u arapskim zemljama: Egiptu, Iraku, Libiji i Kuvajtu.

10. Egipat

Posljedica "sistema kapitulacija" (stranih povlastica) u Egiptu je 1875. godine bilo uspostavljanje mješovitog sudstva za raspravljanje međusobnih odnosa stranih državljana, ili stranaca, i Egipćana. Ovo sudstvo je imalo nadzor nad zakonodavstvom u Egiptu. Egipat je bio u mogućnosti da se sporazumi sa svim državama - posjednicama ovih povlastica o njihovom ukidanju počev od 15. oktobra 1949. godine.⁴³⁰

U ovim političkim okolnostima, koje je karakterisala nemoć Egipta, pojavio se merhum Sunhuri sa Nacrtom građanskog zakonika koji je izdat 1948. a počeo se primjenjivati 15. oktobra 1949. godine - od datuma prenošenja jurisdikcije mješovitih sudova na domaće (nacionalne) sudove.

Merhumu Senhuriju prigovoreno je što nacrt zakonika nije u cjelini bazirao na fikhu, nego se ograničio na kodifikovanje samo nekih fikhskih teorija i pravila.⁴³¹

⁴²⁹ Vidi raniji odjeljak 8.

⁴³⁰ Na osnovu konvencije iz Monterije iz 1936. godine.

⁴³¹ Za upoznavanje teorija i pravila koje je egipatski Građanski zakonik preuzeo iz šerijatskog prava, vidi *Zbornik pripremnih akata za ovaj zakon I*, str. 20.

Ove kritičare mi nazivamo teoretičarima, jer se ograničavaju samo na vjerski ili nacionalni aspekt problema bez ikakvog uvažavanja praktičnog aspekta, i podređenog položaja Egipta u odnosu na strane sile. Po našem mišljenju, i važnije i teže od toga bilo je neprihvatanje primjene šerijatskog prava od strane znatnog broja intelektualaca i pravnika iz idejnih, a ne praktičnih razloga.⁴³²

I pored toga, jedna grupa učenjaka sa Al-Azhara i pravnika izradila je Nacrt zakona o ugovorima na osnovu učenja četiri pravne škole, koji je velika pomoć i nama i drugim istraživačima i koji treba biti osnova za današnju pripremu islamskog zakonodavstva u arapskom svijetu.⁴³³

11. Irak

Veza između merhuma Senhurija i Iraka veoma je stara - potiče iz 1936. godine kada je bio dekan Pravnog fakulteta u Bagdadu. Nećemo pretjerati ako kažemo da je Bagdad bio glavni centar škole i učenika profesora Senhurija. Iz toga razloga on je započeo pripremu Nacrta građanskog zakonika Iraka, koji je izdat 1951. godine.

Zato nije čudo da je jedino Irak, između ostalih arapskih zemalja, jednom amfiteatru na Fakultetu, za pravne i političke studije Bagdadskog univerziteta dao ime profesora Senhurija.

U izlaganju razloga i motiva za donošenje ovog zakona rečeno je: "Namjera je da ovaj Nacrt bude uzor za građanske kodifikacije u arapskom svijetu, pa je sačinjen kao skladan spoj pravila šerijatskog

⁴³² Napominjemo da je Udruženje advokata u Kairu pozvalo zainteresovane na predavanje merhuma Muhammed Sadik Fahmija, savjetnika egipatskog Kasacionog suda i predsjednika komisije za izradu Nacrta zakona o ugovorima, baziranog na šerijatskom pravu. Predavanje je bilo posvećeno kritici Nacrta građanskog zakonika. Međutim, predavaču nije bilo moguće da održi predavanje zbog "vike" velikog broja prisutnih od kojih su mnogi, naravno, bili pravnici. Bilo je to u suprotnosti s najosnovnijim pravilima naučne etike i slobode raspravljanja i dijaloga. Ovaj postupak nam daje praktičnu sliku "javnog mnijenja", posebno kruga intelektualaca, u pogledu primjene šerijatskog prava.

⁴³³ Udruženje advokata u Kairu štampalo je ovaj nacrt, u obliku posebnog dodatka časopisa "Advokatura", mart 1948.(...)

prava i pravila preuzetih iz zapadnih kodifikacija. Takvom svojom prirodom, on uspostavlja harmoniju ova dva izvora. Dovoljno je prostran za sučeljavanje sa situacijama savremene civilizacije i podstiče napore za uporedno proučavanje islamske pravne nauke kojom se doseže do njenih početaka i omogućava joj da se prilagodi situacijama savremene civilizacije”.

12. *Islamski građanski zakonik - cilj profesora Senhurija*

Tako se u potpunosti otkriva da je mehrum Senhuri građanske zakonike Egipta i Iraka smatrao pripremnom fazom za kodifikaciju fikha. Zato ćemo se poslužiti njegovim riječima radi objašnjenja njegove ideje i obrazloženja njegovog cilja, a on će to učiniti jasnije i rječitije nego mi. Nakon izdavanja egipatskog i iračkog zakonika, on je rekao:

“Cilj kome težimo je razvoj islamske pravne nauke saglasan njenom porijeklu sve dok ne postignemo savremeni zakonik koji će odgovarati vremenu u kome živimo... Egipatski zakonik i Irački zakonik su zakони koji samo odgovaraju sadašnjem stanju Egipta i Iraka. Stalni i konačni zakonik ne samo za Egipat i Irak nego i za sve arapske zemlje može biti samo građanski zakonik koji ćemo izvesti iz šerijatskog prava nakon završetka njegovog razvoja.

Može biti da će arapske zemlje pri pojavi ovog zakonika biti ujedinjene, pa će zakonik poduprijeti to jedinstvo. Može biti da će se nalaziti na putu ujedinjenja, pa će zakonik biti jedan od faktora jedinstva. U svakom slučaju biće simbol ovog ujedinjenja.”⁴³⁴

Nakon ovog objašnjenja nije potrebno ništa reći. Molimo Allaha, dželle šanuhu, da poznavaočima šerijata i svjetovnog prava da snage da ostvare ovaj uzvišeni cilj kome je prokrčen put i koji je na dohvat ruke.

⁴³⁴ Citiramo prema merhumu dr. Muhamed Jusuf Musau u uvodu djelu “Krivična odgovornost u islamskoj pravnoj nauci” dr Ahmed Fethi Behnes, Dar el-Kalem, 1961; Vidi Senhuri, Od *Medželle* do iračkog Građanskog zakonika. Časopis *Iračko sudstvo*, mart 1936.

13. Libija

Libija se osamostalila 1. januara 1956. i iste godine u neviđenoj ali razumljivoj brzini, izdala sve zbornike zakona: građanskih, trgovačkih, parničnog postupka, krivičnih prava i krivičnog postupka. Merhum Senhuri je bio na čelu komisije koja je izradila ili tačnije prepisala u brzini ove zakonike tako da su se u njima zbog toga pojavile “smiješne sadržajne pogreške”.⁴³⁵

Ne može se prigovoriti ni Libiji ni merhum Senhuriju zbog neprimjenjivanja islamskih zakona u uslovima koji nisu dozvolili izradu takvih zakona, niti pružili dovoljno vremena za njihovu pripremu, kada su jedine sudije bile sudije arapskog svijeta koji su samo bili u stanju da primjenjuju pisane zakone. U drugačijim okolnostima moglo je doći do uspostavljanja novih zakona baziranih na islamskoj pravnoj nauci.

14. Kuvajt

Merhumu Senhuriju se prigovara da je suzio područje primjene *Medželle* u Kuvajtu prilikom izrade Nacrta građanskog zakonika kada je Trgovačkom zakoniku pridodao poseban dio egipatskog Građanskog zakonika posvećenog obligacijama.⁴³⁶ Niko ko je čitao i proučavao radove profesora Senhurija ne može nijekati njegovu veliku brigu za izučavanje, kodifikaciju i prezentaciju fikha. Međutim, arapske zemlje u vrijeme kada su ga pozvale da izrađuje nacрте njihovih zakona bile su, zbog posebnih okolnosti u kojima su se nalazile - tek stečena nezavisnost, želja da svoje temelje upotpune izdavanjem neophodnih zakona - u velikoj žurbi. Nisu imale dovoljno vremena za izradu zakona izvedenih iz šerijata.

⁴³⁵ Tako je npr. u libijski Građanski zakonik unesen propis o mulju iz rijeke Nil, a u Zakonu o građanskom postupku odredbe o nadležnosti suda u Kairu.

⁴³⁶ Zabilježene su njegove riječi, hiperbolične u izrazu: “Počelo mi se činiti da on gleda na *Medžellu* kao da je sami *Kur'an*.” (*Zemljišno vlasništvo u Libiji*, str. 284). Jasno je da je merhum Senhuri želio da u Kuvajtu umjesto *Medželle* uvede egipatski ili irački građanski zakonik. To je bilo iz razloga što i da mu je povjereno korigovanje teksta *Medželle*, bilo bi mu potrebno dugo vremena, a okolnosti u kojima su se nalazili, i Kuvajt i on sam, nisu to dozvoljavale.

Oni koji bliže poznaju Senhurija, bilo da je riječ o njegovim sinovima, prijateljima ili učenicima, znaju njegovu preciznost u izražavanju i dubinu u proučavanju ne samo u zakonskim nacrtima koje je pripremao već i u brojnim radovima. Zbog ove svoje prirode on je mogao da izradi nacrt određenog zakona baziran na šerijatskom pravu tek nakon produbljenog studiranja, ozbiljnog promišljanja i sposobnosti da pruži pogodne formulacije.

Savjetovao nas je više puta da ne mislimo o izradi zakona na temelju fikha prije nego se najmanje deset godina isključivo ne posvetimo njegovom proučavanju tako da budemo u stanju da razumijemo fikh na način koji nam omogućava da fikhsku materiju izrazimo u obliku zakonskih paragrafa.⁴³⁷

Stvarnost pokazuje da je napor merhuma Senhurija, hvala Bogu, urodio plodom. Njegovi učenici su se razišli po svim arapskim krajevima nastavljajući ono što je on počeo, idući putem kojim je on pošao - proučavanju fikha putem poređenja sa opštim građanskim pravom - što će nas, ako Bog da, odvesti kodifikaciji islamske pravne nauke u obliku koji je on zacrtao.⁴³⁸

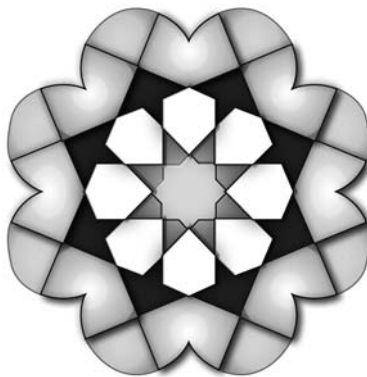
Izvor: *Islamska misao*, VI/1984, br. 61, str. 19-26.

⁴³⁷ O tome je rekao: "Cilj izučavanja fikha na način na koji sam izložio, jeste da se to izučavanje nakon decenija završi obnavljanjem mladosti ove pravne nauke, da se u njoj otkriju faktori razvoja i da bude kao nekad: pravo pogodno za neposrednu primjenu, u punoj saglasnosti s duhom vremena. Časopis *Iračko sudstvo*, op. cit.) Od ovih riječi prošlo je punih 40 godina.

⁴³⁸ Vidi dalje odjeljak 38.

ŠERIJATSKE INSTITUCIJE

Izvorni radovi



MEDINSKO ISKUSTVO

O uspostavljanju i uređenju prve islamske države i njenom značaju za pravno-političku misao islama Taberi u svojoj historiji iznosi da je drugi halifa Omer ibn el-Hattab, poslije dvije i po godine upravljanja islamskom državom, upitao pravovjerne: “Od koga dana da računamo vrijeme?” Ali ibn Ebi Talib odgovori: “Od dana kada je Allahov poslanik preselio iz Mekke u Medinu ostavljajući zauvijek zemlju idolopoklonstva”.⁴³⁹

Dva perioda misije

U islamskoj nauci je uobičajeno razlikovanje dva perioda u poslaničkoj misiji Muhammeda, alejhisselam. Granični događaj je Hidžra. Oba ova perioda karakterišu osobitosti na doktrinarnom i političkom planu. Mekanski period je sav u znaku objavljivanja istine o Bogu, u Medini se postavljaju osnove organizovanja i funkcionisanja jedne posebne zajednice. U Mekki je postojala skupina pravovjernih, u Medini se počinje uspostavljati državna organizacija.

U toku misije u Mekki Božiji poslanik je proširio krug pravovjernih, idejno izgrađivao svakog pojedinca i dostigao stepen kada se u datim uslovima nije moglo više ništa postići. Islamski nauk najčistijeg monoteizma na društvenom planu predstavljao je otvorenu prijetnju postojećem poretku. Za dalje uspješno odvijanje misije bila je potrebna određena društvena organizacija. Arapsko plemensko uređenje u kome je svaki društveni organizam bio samostalan i predstavljao zatvorenu i statičnu strukturu, bez postojanja bilo kakvog natplemenskog autoriteta, uz neodređeno običajno pravo, nije moglo

⁴³⁹ Navedeno prema Fethi Osman *Devletul-fikri*, Kuvajt, (-), str. 1-10.

poslužiti takvoj svrsi. Izlaz je bio u novoj zajednici zasnovanoj na propisima Božanske poruke.

Nova društvena zajednica

Svi oni koji slijede Poruku i Vjerovjesnika čine prema ostalim ljudima posebnu i jedinstvenu zajednicu (ummet).⁴⁴⁰ Zasnovana na jedinstvenom pogledu na svijet, dajući presudni utjecaj ličnom i slobodnom opredjeljenju svakog pojedinca, ona je značila prevladavanje zatvorenih društvenih struktura, a njena otvorenost za sve one koji prihvate Poruku omogućavala joj je priliv različitih iskustava i obezbjeđivala nove nosioce ideje.

Pored duhovne zasnovanosti, drugi važan princip ummeta je jednaka vrijednost svakog člana, koja nadilazi različitost socijalnog statusa i rezultira visokim nivoom integrisanosti pojedinca u zajednici.

Među članovima vlada duh solidarnosti, koji se ne iscrpljuje kroz međusobno pomaganje već i kroz zajedničku brigu za izvršavanje Božijeg zakona i ustanovljenih običaja. U takvoj zajednici nema prepuštenosti samom sebi, jer Poslanik kaže da nije vjernik onaj ko se ne brine za opšte stvari muslimana.

U zajednici donošenje propisa pripada samo Allahu. Njegova poruka je najviši izvor i predstavlja jedinstveni kodeks, sadržavajući regulisanje privatnih, javnih, moralnih i duhovnih odnosa čovjeka. Islam tako ne poznaje razliku između religijskog i svjetovnog područja djelovanja kako to shvata i poznaje zapadna teorija i praksa. Oba ova područja čine jedinstven put islamskog načina života.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ “Nju ne definiše ni *jus sanguinis* ni *jus loci*, ona će ih tolerisati, po potrebi vrednovati, ali pod uslovom da ih ona i na njihovom zemaljskom planu, stopi u *jus religionis*, jedini u potpunosti prihvatljiv njenim očima”. Luis Gardet, *La Cite musulmane*, Pariz 1954. (Navedeno prema Stojanu Gligoriću, *Arapski svet i socijalizam*, Beograd, 1973, str. 140)

⁴⁴¹ Uporedi, Bernard Lewis, *Svijet islama* (Uvod), Beograd, 1979, 16. Nasuprot ovome Georges G. Corm (*Prilog proučavanju multikonfesionalnih društava - društveno-pravne i političke posljedice religioznog pluralizma*, Sarajevo, 1977, str. 171)

Po volji Božijoj, koji jedino posjeduje neograničenost i slobodu propisivanja i Poslanik, kao prenosilac Njegove poruke ima zakonodavne kvalitete.

Ovdje se ima na umu da osnovna intencija Kur'ana nije formulisanje pravnih normi, niti uspostavljanje konkretnog državno-političkog sistema, već više uspostava religioznih osnova i moralnih principa. Šerijat je jedinstveni put islamskog načina života, i moral i pravo.⁴⁴² Iz kur'anskih stavova o pojedinim problemima i Poslanikove aktivnosti, specifičnom metodologijom (usuli-fikh) kasniji pravници su formulisali pravne norme, i ugrađivali ih u sistem sopstvenog razumijevanja šerijata, koji obuhvata i pravo ali se ne iscrpljuje u njemu.⁴⁴³

Pravni izraz

Načelne postavke Kur'ana o uspostavljanju i uređenju ummeta dobile su kroz Poslanikovu praksu u Medini i svoj konkretni društveni i pravni značaj.⁴⁴⁴

Nakon dolaska u Medinu, najvjerovatnije druge godine nakon Hidžre, Muhammed, alejhisselam je donio posebni akt ustavno-političkog karaktera (Sahifa) u literaturi navođen i kao Medinski ustav ili statut. Ovaj akt reguliše sva važna pitanja jedne države u nastajanju. Proglasio je uspostavljanje posebne zajednice muslimana, kojoj su se ugovorom priključili i medinski Jevreji, vladavinu Božijeg zakona, jednaka prava za sve članove, uzajamnost i solidarnost među muslimanima i slobodu vjeroispovijesti i autonomnost jevrejskih plemena.

⁴⁴² To niukoliko ne znači "da Prorokovi propisi nisu imali uopće ulogu da služe za pozitivno zakonodavstvo", kako to hoće Corm (n. dj., 180.) Opravdavanje propisa na religioznom i moralnom planu veća je garancija da će traženo ponašanje biti realizovano nego prijetnja (čisto) pravnom sankcijom koja se primjenjuje *post eventum*, kada je poredak već poremećen. Osim toga, karakter islama kao posljednje objave svim svjetovima, implicira primjenu njegovih propisa u različitim prirodnim, društvenim i historijskim uslovima, pa je načelno i elastično normiranje tome potpuno primjereno.

⁴⁴³ O tome vrlo instruktivan prikaz, Fazlur Rahman, *Islam*, New York, 1968, str. 75-98 i 117-139.

⁴⁴⁴ Ovom aspektu djelatnosti Božijeg poslanika posebnu pažnju je posvetio Muhammed Hamidullah u dokumentovanoj studiji "Muhammed, a. s." (Zagreb, 1977), čijeg smo se izlaganja držali znatnim dijelom u ovom radu.

U pokušaju da damo analizu medinskog iskustva sa već naznačenog aspekta, obratit ćemo pažnju na elemente koji tradicionalno ulaze u određenje pojma države.

Teritorija - Aktom se regulišu društveni i politički odnosi na teritoriji grada Medine i njene okoline, koji se kasnije može povećavati.

Stanovništvo - U okvir islamačke države ulazi posebna i jedinstvena zajednica muslimana i jevrejska plemena.

Svaki član muslimanske zajednice ima obavezu na zekat i džihad. U doba prije Hidžre uspostavljena su materijalna davanja za muslimane kao pročišćenje imovine (zekat), milosrđe koje posvjedočuje istinito vjerovanje (tesadduk), tuđe pravo u imovini nekog lica (hakk). Nakon Hidžre ova davanja figuriraju kao javni porezi i uz drugo (ratni plijen, carine i slično) čine državne prihode. S razvojem državne organizacije reguliše se centralizacija prihoda i rashoda, određivanje visine davanja, kategorizacija dobara i njihova procjena te drugi organizaciono-tehnički poslovi.⁴⁴⁵

Druga obaveza - džihad propisana je u Medini i usmjerena, ne samo konsolidaciji državne zajednice i očuvanju njenog teritorijalnog integriteta već i prevladavanju svega što se u čovjeku opire njegovom usponu ka savršenstvu.⁴⁴⁶

U vrijeme utemeljenja islamačke države gotovo polovina stanovništva bili su Jevreji, koji su na osnovu ugovora pristupili novoj društvenoj organizaciji. Kroz status "zaštićenih" (ehli- zimme) garantovana im je vjerska i sudska autonomija: jevrejski sudija primjenjuje jevrejsko pravo na jevrejske stranke. Zabilježeni su i slučajevi da je i sam Poslanik primjenjivao jevrejsko pravo u slučajevima kada su obje stranke Jevreji. Pravni položaj Jevreja proširen je kasnije i na sve pripadnike objavljenih religija (ehli-kitab) uz uslov plaćanja glavarine (džizja). I pored kritike na doktrinarnom planu, oni su primljeni u okvir islamačke države i njihov položaj u kasnijim muslimanskim državama regulisale su norme crpljene iz medinskog iskustva.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Muhammed Hamidullah, n. dj., str. 187-204.

⁴⁴⁶ Uporedi, Dragoš Kalajić, "Aktuelnost islama", *Delo*, Beograd, 7/1978, str. 56-70.

⁴⁴⁷ Više o tome, Abdul Kerim Zejdan, *Ahkamu ez-zimijjin ve el-muste'minin fi dar el-islam*, Bagdad, 1963.

Vlast - Sve tri funkcije vlasti, zakonodavna, sudska i izvršna, bile su ujedinjene u osobi Božijeg poslanika.

Pošto Poslanik ima zakonodavne kvalitete pored Božije objave iskazane sadržajno i tekstualno (*vahj metluvv*), islamska pravna teorija govori i o Objavi koju Poslanik saopštava izjavom, činjenjem ili prešutnim odobravanjem (*vahj gajr metluvv*). Osobe prisutne činu saopštavanja upoznavale bi odsutne. Iznimno bi se propisi javno obznanjivali izvikivanjem. Okončanjem objave Kur'ana i završetkom misije Božijeg poslanika, zakonodavna funkcija, teorijski posmatrano, preobražava se u funkciju utvrđivanja pravog smisla kur'anskog teksta i Sunneta i tzv. popunjavanje pravnih praznina neovisnim, individualnim doprinosom kvalifikovanih osoba (*idžtihad*) što nalazi svoj izraz u sistemima fikha, uslovljenim historijskim okolnostima i podložnim reviziji.⁴⁴⁸

Sudskoj vlasti u islamskom konceptu države posvećuje se posebna pažnja. Staro arapsko shvatanje je za ovu funkciju vezivalo i samo postojanje države. U Arabiji prije islama nije bilo stalnih sudija ni opšteobavezujućih zakona. Sudile su izabrane sudije na osnovu nedovoljno definisanog običajnog prava i zdravog razuma.

U Medini je ulogu sudije vršio Božiji poslanik, koji, kasnije, dio svojih sudijskih prerogativa delegira pojedinim drugovima (*ashabima*), dok se on sam pojavljivao u ulozi apelacionog sudije. Na osnovu ove prakse uobličit će se ustanova delegacija sudske vlasti (*el-istihlaf ala el-kadi*), posebno tretirana u djelima islamskog procesnog prava.

Daljim širenjem islamske države, Božiji poslanik bi slao u provincije izaslanike koji bi vršili različite funkcije (poučavanje vjeri, civilna i vojna uprava, pravosuđe, ubiranje poreza). Kasnije su slati isključivo sa sudskim funkcijama. Kao "sudija Božijeg poslanika" spominju se Ali ibn Ebi Talib, Mu'az ibn Džebel, Ebu Musa el-Eš'ari.⁴⁴⁹ Izaslanici su dobivali instrukcije od Muhammeda, alejhisselam, koje su zabilježene i utkane u osnovu sistema islamskog pravosuđa. Sam

⁴⁴⁸ Uporedi, Said Ramadan, *Islamic law*, (-), 1970, str. 74-88.

⁴⁴⁹ O tome i drugom o sudskoj oblasti, u vrlo iscrpnoj studiji Zafir el-Kasimija, *Nizam el-hukmi fi eš-šeri'a ve et-tarih el-islami - es-sulta el kadaije*, Bejrut, 1978, str. 90-100.

Poslanik nije bio iznad zakona, te je zabilježeno više slučajeva pritužbi u kojima je odlučivao protiv samoga sebe. To je imalo odraza u kasnijoj historiji, pa su evidentni slučajevi pozivanja pojedinih halifa na sud na osnovu tužbi običnih građana, vrlo često nemuslimana.

Vršeci funkcije šefa izvršne vlasti, Božiji poslanik je provodio Kur'anom propisan metod savjetovanja (*šura*). Pored uobičajenih i poslova koji ulaze u sferu izvršne vlasti, on je vršio i funkciju nadzornika javnog života i morala, što je uključivalo i kontrolu mjera i kvaliteta robe kod trgovaca, postupka sa životinjama i slično. U daljem razvoju islamske države iz ovoga se razvila samostalna služba muhtesiba.

Principi o cjelovitom i potpunom sistemu života, proglašeni u Božijoj Knjizi ostvarivani su kroz Zajednicu pravovjernih koja se u Medini konstituisala u državu. Cilj države je samo učvršćivanje i odbrana Božijeg zakona i stvaranje uslova za islamsko potvrđivanje svakog pojedinca. Zato se i problem države i prava u islamu posmatra u okviru opšte vizije svijeta i čovjeka u njemu. Iskustvo prve islamske zajednice dalo je pečat kasnijoj islamskoj ustavnopravnoj teoriji i praksi. Pored toga što izvjesne državno-pravne institucije vuku direktno porijeklo iz tog perioda, utjecaj se manifestuje i kroz različite oblike organizacije i ponašanja u savremenim muslimanskim zemljama. Principi prvobitne islamske države, često zaboravljani i iznevjeravani, ostali su da žive u srcima vjernika predstavljajući cilj kome teže i htijenje koje ne nestaje.

Izvor: *Glasnik VIS*, XLVI/1983, br. 1-2. str. 217-221.

SLUŽBA REISUL-ULEME KOD BOŠNJAKA

O nastanku, uobličanju i razvoju islamske vjerske administracije u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu Bosna) objavljen je veći broj radova.⁴⁵⁰ I pored toga, ovo pitanje čeka monografsku obradu koja bi uključila istraživanje međudjelovanja različitih činilaca koji su doveli do, sada već stabilne, strukture Islamske zajednice u Bosni.

Jedno od pitanja koje u dosadašnjoj literaturi nije zadovoljavajuće tretirano jeste služba reisul-uleme, njeno porijeklo, legitimitet i procedura uvođenja u dužnost. U ovom tekstu pokušat ćemo baciti više svjetla na ova pitanja.

Reisul-ulema: od titule do službe

Naziv reisul-ulema pojavio se u bosanskom kontekstu prvi put 1881. u molbi bošnjačkih uglednika austrougarskim vlastima da imaju svoga poglavara (*reisul-ulemu*) koji će rukovoditi njihovim vjerskim poslovima.⁴⁵¹ Naredne godine austrougarska vlast udovoljila je ovoj molbi, koju je inače i inicirala, te je konstruiran Savjet uleme (*medžlisi-ulema*) sastavljen od četiri alima i reisul-uleme kao predsjednika. Na taj način uspostavljeno je zemaljsko vjersko vođstvo Bošnjaka odvojeno od centra u Istanbulu (*mešihat*).

U Osmanskoj državi muslimani, kako je poznato, nisu imali vjersku administraciju odvojenu od državne strukture. Osmanska

⁴⁵⁰ Vidi: Mustafa Imamović, *Pravni položaj vjerskih zajednica u vrijeme šestojanuarske diktature*, neobjavljeni magistarski rad, Beograd, 1967; Mahmud Traljić, "Islamska zajednica u Bosni i Hercegovini do oslobođenja" u: *Islam i Muslimani u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo; Starješinstvo Islamske zajednice u SR BiH, 1977; str. 145-152; Nijaz Šukrić, "Islamska zajednica u Bosni i Hercegovini nakon oslobođenja" u *Islam i Muslimani u Bosni i Hercegovini*, str. 153-168.

⁴⁵¹ J. Krcsmarik, "Bosnia and Herzegovina", *RJ. Brill's First Encyclopaedia of Islam 1913-1936*, reprint edition (EI) vol. II, str. 760.

država bila je izgrađena na principu organskog jedinstva vjerskog i političkog autoriteta. Međutim, ta država je bila poznata po tome što je posjedovala čvrsto izgrađenu hijerarhiju uleme (*ilmije*) neuobičajenu za ranije muslimanske države. U toj hijerarhiji mogla se identificirati obredoslovna ulema (*imami, hatibi*), edukativna (*muderisi*), pravnička (*kadije*) itd.⁴⁵² Unutar svake kategorije postojali su različiti rangovi. Na čelu cjelokupne organizacije *ilmije* stajao je *šejhul-islam*. Izvorno, on je bio muftija Istanbula sa kasnije izraženom tendencijom da bude prihvaćen kao najviši vjerski autoritet sunijskih muslimana, posebno u 19. vijeka.⁴⁵³

Za razliku od muslimana, nemuslimani u Osmanskoj državi su u okviru sistema vjersko-pravne autonomije (*millet*) posjedovali zasebne konfesionalne organizacije. Samim tim, nemuslimanske zajednice su spremnije dočekale smjenu vlasti na teritorijama sa kojih su Osmanlije morali odstupiti. Pošto je na tim teritorijama novouspostavljena vlast redovno bila utemeljena na organskom i funkcionalnom razlikovanju političkog i vjerskog autoriteta, i muslimani su morali u tom okviru iznaći nova institucionalna rješenja za organizaciju svojih poslova. U slučajevima muslimanskih zajednica bivše Osmanske države ta rješenja su se zasnivala na analogijama izvedenim iz stavova hanefijske pravne škole o muslimanskim manjinama, osmanskoj strukturi uleme i praktičnim shvatanjima i interesima novih vlasti. To se desilo i u Bosni. Politički gledano, Austro-Ugarska je bila zainteresovana da Bošnjake odvoji od utjecaja Istanbula u svakom pogledu. S obzirom na ulogu islama kod Bošnjaka, vjersko-administrativni aspekt te povezanosti bio je veoma važan. Bošnjački uglednici, s druge strane, suočeni sa odlaskom visokih osmanskih funkcionera iz Bosne 1878. god., prekidom veza sa kancelarijom *šejhul-islama* i Ministarstvom vakufa u Istanbulu, željeli su konsolidaciju novouspostavljenog stanja i osiguranje perspektive održanja u novim okolnostima. Jedno od mogućih rješenja koje bi tom cilju moglo doprinijeti bilo je uspostavljanje lokalne islamske vjerske admini-

⁴⁵² Vidi, Ismail Hakki Uzunçarşılı, *Osmanlı Develetinın İlmîye teşkilatı*, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1988.

⁴⁵³ J. H. Kramers, *Shaikh al-Islam, EI*, vol. VII, str. 277.

stracije. Ta administracija obuhvatala je: vjersko vođstvo sastavljano od uleme na čelu sa *reisul-ulemom*, upravu vakufa i muslimansko školstvo. Šerijatsko sudstvo smatrano je dijelom državnog sistema sudova i zbog toga je bilo labavije povezano sa vjerskom administracijom. Ovi segmenti su postepeno razvijani, pravno regulirani, prilagođavani i zadobili relativno stalan oblik 1909. proklamacijom *Statuta za autonomnu upravu islamskih vjerskih i vakufsko-mearifskih poslova* (Autonomni statut). Ovim dokumentom, kao rezultatom dugogodišnje političke borbe, Bošnjaci su dobili pravo da samostalno upravljaju svojim vjerskim poslovima.

Našu pažnju posebno privlači upotreba naziva *reisul-ulema*. U cijelom muslimanskom svijetu, jedino Bošnjaci danas svoga vjerskog vođu tako nazivaju. U vrijeme britanskog mandata u Palestini (1920-1948) poglavar muslimanske zajednice također je tituliran kao *reisul-ulema*. Zbog toga se opravdano nameće pitanje: koje je porijeklo tog naziva i kako se desilo da ga Bošnjaci i Palestinci u jednom historijskom momentu usvoje?

Pošto su i Bošnjaci i Palestinci bili u okviru Osmanske države nekoliko vijekova, uputno je u tom okviru tražiti odgovor. U osmanskoj praksi *reisul-ulema* je bila titula (*unvân*), a ne služba. U Kanunnami sultana Mehmeda II (1451 -1481), nastaloj krajem 15. vijeka a koja se odnosi na organizaciju uleme, kaže se da je “šejhul-islam poglavar uleme” (... *Šejhul islam ulemanin reisidir...*).⁴⁵⁴ Ovaj zakonski tekst kazuje da se titula *reisul-ulema* u to doba vezivala za muftiju Istanbula koji će od kraja 17. vijeka postati uglavnom poznat kao *šejhul-islam*.⁴⁵⁵ O takvom značenju titule *reisul-ulema* svjedoči i osmanski autor Hajdar Čelebi u djelu *Risale*, pisanom između 1526/7. i 1534. Spominjući *šejhul-islama* Šemsuddina b. Kemal-pašu (1468/9-1534), autor kaže: “On je sada muftija zaštićenih zemalja i poglavar uleme islama (...*ulema-i Islamin reisi.*)⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ I. H. Uzunçaršili, *op.cit.*, 175, b. 159.

⁴⁵⁵ R. Repp, *The Mufti of Istanbul A Study of the Ottoman Learned Hierarchy*, London: Ithaca Press for the Board of Faculty of Oriental Studies Oxford University, 1986, str. 195.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

Izgleda da se od 17. vijeka mijenja težina titule *reisul-ulema* i ona počinje da se daje vojnom sudiji za evropski dio osmanske države (*Rumeli kazasker*). Dva *kazaskera*, ovaj za Rumeliju i drugi za Anadoliju, bili su članovi Sultanskog savjeta (*Divani Humayun*) i imali su pravo imenovati kadije čija je plata manja od 150 akči, muderise, imame i hatibe u svojim oblastima.⁴⁵⁷

Kazaskere je od kraja 17. vijeka postavljao *šejhul-islam* uz suglasnost velikog vezira.

U slučaju rumelijskih *kazaskera* titula *reisul-ulema* bila je vezana za rang, a ne i za stvarnu naučnu vrijednost pojedinca na tom položaju. Zbog toga je bilo moguće, kako primjećuje turski historičar Ismail Hakki Uzunçarşılı, da neki nekompetentni ljudi dobiju tu titulu, pogotovo u vrijeme opće dekadence Osmanske države.⁴⁵⁸

Činjenica da je titula *reisul-ulema* prešla postepeno sa istanbulskog muftije na rumelijskog *kazaskera* može pomoći objašnjenju njenog javljanja kod Bošnjaka krajem 19. vijeka. Prvo, *reisul-ulema* je postala titula niža u rangu od *šejhul-islama*. Drugo, ta titula je postala vezana za Rumeliju, dio Osmanske države kojoj je i Bosna pripadala. Kada su se bošnjački predstavnici i austrougarske vlasti složili 1882. o potrebi osnivanja islamske vjerske administracije za Bosnu, moguće je da je titula *reisul-ulema* uzeta zbog oba pomenuta razloga.

Od 1882. nadalje položaj *reisul-uleme* se uobličavao a prerogative fiksirale. Konačno, nekadašnja titula visokih islamskih velikodostojnika Osmanske države postala je najviši vjerski položaj među Bošnjacima.

Alternativa službi *reisul-uleme* mogla je biti *veliki muftija* ili *glavni muftija* (*baš mufti*), naziv za vjerskog vođu kod ostalih muslimanskih zajednica na Balkanu. Kod svih ovih zajednica nakon odstupanja Osmanske države nailazimo na vjersku administraciju na čelu sa muftijom. Opšta je pojava u muslimanskom svijetu u moderno doba, posebno među muslimanskim manjinama, da se muftijska funkcija

⁴⁵⁷ I. H. Uzunçarşılı, *op. cit.*, str. 151-160.

⁴⁵⁸ *Ibid*, str. 159.

afirmisala izvan uobičajene jurisprudencijalne oblasti (*iftâ*).⁴⁵⁹ Tako je i u većini balkanskih zemalja sa muslimanskim manjinama (Bugarska, Srbija, Grčka, Rumunija) nakon balkanskog rata 1912-1913. ugovorima o miru bilo predviđeno osnivanje nacionalnih vjerskih administracija muslimana na čelu sa velikim/ glavnim muftijama.⁴⁶⁰

Jednoobraznost ovih rješenja posljedica je činjenice da je to postignuto putem ugovora Osmanske države i balkanskih nacionalnih država pa su slijeđeni istovjetni institucionalni obrasci. Nasuprot tome, Bošnjaci su sami, pod pritiskom austrougarske vlasti i kroz borbu za vjersko-prosvjetnu autonomiju, izgradili osebujan sistem vjerske administracije i zbog toga su bila moguća rješenja koja nemaju paralelu među ostalim muslimanskim zajednicama na Balkanu.

Primjer institucionalnog vjerskog organizovanja Bošnjaka bio je uzor nekim albanskim intelektualcima koji su, s drugim motivima, težili autonomnoj vjerskoj upravi. Dok su Bošnjaci pod austrougarskom upravom nastojali da očuvaju vezu između *reisul-uleme* i *šejhul-islama*, utjecajni albanski intelektualni krugovi početkom 20. vijeka nastojali su svaku vezu sa Osmanlijama prekinuti u nadi da na taj način preduprijeđe poistovjećivanja s Turcima, napade susjednih pravoslavnih zemalja, moguće masakre i protjerivanje u Aziju.

U tom smislu, poznati albanski intelektualac Faik Konica objavio je 1909. članak pod naslovom *Kratka poruka muhamedancima* u kome je, između ostalog, predložio postepeno kretanje prema tački kada Albanci više neće priznavati *šejhul-islama* i kada će formirati vlastiti "muslimanski sinod" nazvan *Savjet uleme Albanije* na čelu sa *reisul-ulemom*.⁴⁶¹ Ovaj članak objavljen je u godini kada je odobren *Autonomni statut* u Bosni i autor je vjerovatno bio pod njegovim utjecajem. Ali, očigledna je i razlika između bošnjačkog i albanskog shvatanja vjerske "autonomnosti". Bošnjačka borba za autonomiju

⁴⁵⁹ O tom procesu u Jugoistočnoj Aziju, vid. Michael O. Mastura, "The Status of Muslim Personal Law in Selected Non-Muslim Countries", *Journal Institute of Muslim Minority Affairs*, vol. VI, no. 1 (1985), str. 123.

⁴⁶⁰ M. Ali Kettani, "Islam in Post-Ottoman Balkans", *Journal of the Institute of Muslim Minority Affairs*, vol. IX, no. 2 (1988), str. 381-401.

⁴⁶¹ Gyorgy Lederer, "Islam in Albania", *Central Asian Survey*, vol. XIII, no. 3 (1994), str. 337.

bila je usmjerena protiv Beča, a ne Istanbula. Albanska borba bila je usmjerena protiv Istanbula. Bosanski *Autonomni statut* sačuvao je veze između Islamske zajednice u Bosni i Mešihata putem *menšure* i mogućnosti da Bošnjaci u spornim pitanjima traže fetvu *šejhul-islama*. Statut muslimanske zajednice Albanije od 24. septembra 1929. prekinuo je sve veze sa Istanbulom. Tom zajednicom rukovodio je Veliki muftija u Tirani koga je birala opšta skupština muslimanske zajednice a potvrđivao albanski monarh.⁴⁶²

Na drugoj strani, daleko od Balkana, titula *reisul-ulema* pojavljuje se u Palestini u vrijeme britanskog mandata. Slično situaciji u Bosni nakon 1878. god., Britanci početkom svoje uprave u Palestini 1920. pozivaju muslimanske uglednike da formiraju svoju komunalnu organizaciju po uzoru na *millet* sistem Osmanske države.⁴⁶³ Sporazum se uskoro postiže (1922). Palestinski muslimani dobivaju zaokruženu vjersku administraciju, kojom rukovodi Vrhovni islamski savjet (*El-Medžlis El-Islami El-A'la*) sastavljen od četiri člana na čelu sa *reisulemom*. Članovi ovog savjeta bili su birani od strane izbornog tijela koje je ranije biralo poslanike za osmanski parlament. *Reisul-ulema* je bio muftija Jerusalema.⁴⁶⁴

Fascinirajuća je sličnost između rješenja usvojenih u Bosni i u Palestini: ista titula za vjerskog vođu, gotovo isti naziv i sastav tijela na čijem je on čelu, te slična nadležnost. Za sada jedino raspoloživo objašnjenje za ovu sličnost je fakt postojanja kontakata između britanskih vlasti na Srednjem istoku i austrougarske diplomatske misije putem kojih su britanske vlasti bile upozante sa austrougarskim iskustvom u upravljanju muslimana iz bivše osmanske države.⁴⁶⁵ Po ovom objašnjenju, bosansko iskustvo je prenijeto u Palestinu.

⁴⁶² G. H. Bousquet, "Note sur les reformes de l'Islam Albanais", *Revue des Etudes Islamiques* vol. IX, 1935, str. 401.

⁴⁶³ Robert H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel*, Leiden: E. J. Brill, 1987, str. 77.

⁴⁶⁴ Zvi Elpeleg, *Haj Amin al-Hussaini, Founder of the Palestinian National Movement*, London: Frank Cass, 1993, str. 12.

⁴⁶⁵ Na ova kontakte skrenuo je pažnju bosanskohercegovački historičar Tomislav Krajačić u radu "Vjerska politika Kalajevog režima", *Godišnjak Historijskog društva*, 34 (1983), str. 17-77.

Legitimitet pozicije reisul-uleme

Imajući u vidu historijske uslove nastanka službe *reisul-uleme* u Bošnjaka, može se reći da pitanje osnova legitimiteta ove službe spada u širi kontekst položaja muslimana pod nemuslimanskom vlasti, odnosno muslimanskih manjina. U načelu, klasična islamska pravna misao raspravlja pitanje vođstva u okviru islamske države, to jeste države u kojoj su većina stanovnika muslimani a državna vlast svoj legitimitet izvodi iz islamskog učenja.⁴⁶⁶ U ličnosti poglavara islamske države bile su koncentrirane tri funkcije: vođstvo (*imamet*), tumačenje islamskih propisa (*futja*) i sudstvo (*kada*). Vladari historijskih muslimanskih država zadržali su za sebe političko i makar simbolički vjersko vođstvo, dok su funkcije tumačenja i primjene propisa prenijeli na muftije i kadije. Osnov autoriteta ovih funkcionera bila je delegirana vlast vladara: u vršenju svojih funkcija oni su smatrani zastupnicima imama. Ova ideja pokazat će se veoma važnom pri utvrđivanju osnove autoriteta vjerskih vođa muslimanskih manjina.

Pošto se u slučaju Bosne, kao i ostalih balkanskih zemalja, radilo o muslimanima koji slijede hanefijsku pravnu školu, zvanični mezhzeb Osmanske države, važno je pogledati kako standardna djela ove škole tretiraju pitanje vođstva muslimanskih manjina.

Za hanefijsku pravnu školu jedna teritorija se smatra za dio *darul-islama* (svijet islama) onoliko dugo koliko se određeni islamski propisi u njoj slobodno primjenjuju. Među tim propisima hanefijska djela navode: obavljanje namaza u džematu, posebno *džuma-namaza* i *bajram-namaza*, te postojanje muslimanskih sudija (*kadija*) i guvernera.⁴⁶⁷

Ova pozicija hanefijske pravne škole izgrađena je u predmodernu doba i predstavlja muslimanske historijske odgovore na gubitak teritorija posebno tokom 6/12. vijeka.⁴⁶⁸ Za muslimanske manjine se za-

⁴⁶⁶ Vidi naprimjer, Ali b. Muhammed b. Habib el-Basri el-Maverdi, *el-Ahkam es-sultâniyye*, el-Kahire, (n.d.).

⁴⁶⁷ *El-Fetâva el-Hindijje*, Kuetta (Pakistan): el-Mektebe el-Medžidijje: 1982, vol. 6, str. 311; Ibn Abidin, *Redd el-muhtar*, Bejrut: Der el-Fikr, 1979, vol. 3, str. 253.

⁴⁶⁸ Detaljnu analizu razvoja pravnih shvatanja o ovom problemu dao je Khaled Abou El-Fadl, "Islamic Law and Muslim Minorities: The Juristic Discourse on Muslim Minorities".

htijevalo očuvanje autonomnog pravnog statusa (važenje šerijatskog prava u personalnim pitanjima), što je bilo većinom prihvatljivo i za nemuslimanske države zbog personalnog važenja porodičnog prava tokom srednjeg vijeka. Dakle, predmoderna rješenja ne raspravljaju o pitanju isključivo vjerskog vođstva muslimanskih manjina već njihovu vjersko-pravnu autonomiju.

Međutim, stavovi o imenovanju guvernera i sudija za muslimane pod muslimanskom vlasti uzeti su od strane samih muslimanskih manjina u moderno doba kao osnova za analogiju za imenovanje vjerskih vođa. Kao primjer takvih stavova mogu se navesti sljedeći hanefijski autoriteti: Ibn Nudžejm (u. 979. god. po H):

“A što se tiče pokrajina u kojima je vlast nevjernika, dozvoljeno je muslimanima da obavljaju džumu i bajram, postaviti će se sudija s njihovom privolom, i oni su dužni da traže postavljanje guvernera muslimana” (el-Bahr er-raik, el-Mektebe el-Medžidije Pakistan, vol. 6, 274)⁴⁶⁹

Ibn el-Humam el-Hanefi (u. 681. god. po H.):

“A ako ne bude sultana ili nekoga ko je ovlašten da vrši imenovanja, kao što se to desilo u nekim muslimanskim zemljama koje su zauzeli nevjernici kao što su Kordoba, Velencija i Etiopija... treba da se muslimani saglase da jednoga između sebe izaberu i proglase ga valijom pa će on imenovati kadije ili sam suditi a isto tako će imenovati imama da im klanja džume.” (Feth el-kadir, vol 7. 294)⁴⁷⁰

Oba ova stava korištena su u Bosni za teorijsko opravdanje legiteteta islamske administracije nakon 1878. Na njih se izričito pozvao i istaknuti bosanski alim Mehmed-efendija Handžić (1906-1944) u radu *Šerijatsko javno pravo*, skripta za Višu islamsku šerijatsko-teološku školu u Sarajevu)⁴⁷¹

ties from the Second/Eighth to the Eleventh/Seventeenth Centuries”, *Islamic Law and Society*, vol. I, 1994, str. 141-187.

⁴⁶⁹ *el-Bahr el-Raik*, Kuetta: el-Mektebe el-medžije (n.d.), vol. 6, str. 274.

⁴⁷⁰ *Feth el-kadir*, Bejrut: Dar el-Fikr (n.d.), vol. 7, str. 294.

⁴⁷¹ Mehmed Handžić, *Šeriatsko pravo*, skripta za Višu Islamsku šeriatsko-teološku školu, umnoženo na pisačkoj mašini, Sarajevo, (n.d.), str. 11

Pitanje legitimiteta šerijatskih sudova u Bosni nakon 1878. god., koji su tada postali dio pravosudnog sistema nemuslimanske države, bilo je relativno jednostavno. Predmoderni hanefijski pravници kao što je Ibn Nudžejm, Ibn Abidin i sl. smatrali su legalnim postavljanje kadije od strane nemuslimanskog vladara. Dodatni uslov (saglasnost muslimana s tim imenovanjem) u Bosni je bila osigurana putem izdavanja posebnog ovlaštenja (*murasele šer'ijje*) kadijama od strane *reisul-uleme*.

Mnogo je kompleksnije bilo pitanje legitimiteta vjerskog poglavara Bošnjaka – *reisul-leme* s obzirom da takva funkcija nije ranije postojala u Bosni. Najviši muslimanski dostojanstvenici u Bosni prije 1878. bili su muftije, koji su u osmanskoj hijerarhiji uleme imali rang “pokrajinskih muftija” (*kenar muftileri*). Oni su bili postavljeni od strane *šejhul-islama*, koji im je izdavao i poseban dokument o postavljenju poznat kao *menšura* (*menšur*). U tom smislu pokrajinske muftije su djelovali kao zastupnici istanbulskog muftije. Za sve vrijeme postojanja kancelarije *šejhul-islama* u Istanbulu (ukinuta 1924) Bošnjaci su insistirali na tome da *reisul-ulema* dobije autorizaciju, pismo o imenovanju, iz Istanbula. Nakon aneksije Bosne od strane Austro-Ugarske 1908. i prekida političkih veza sa ranijom metropolom, Bošnjaci su željeli sačuvati makar vjerske veze.

Istovremeno, Austro-Ugarska, kao i svaka naredna vlast u Bosni, nije mogla biti nezainteresovana za pitanje izbora vjerskog vođe Bošnjaka. Rješenje koje je usvojio Autonomni statut 1909. odražavalo je izvjesnu podjelu utjecaja na izbor *reisul-uleme* između Bošnjaka, Austro-Ugarske i *šejhul-islama*. Specijalno izborno tijelo *uleme* nominiralo je tri kandidata za upražnjeno mjesto *reisul-uleme* od kojih je austrougarski monarh odabirao jednog i imenovao ga za vjerskog vođu Bošnjaka. Nakon toga Izborna kurija se obraćala molbom *šejhul-islamu* da imenovanom *reisul-ulemi* izda pismo o imenovanju (*menšur*). Molba je upućivana diplomatskim putem.⁴⁷² Ista ili slična procedura predviđena je kasnije za muslimane ostalih balkanskih zemalja nakon rata 1912-1913.

⁴⁷² J. Krčmarik, *op. cit.*, str. 761.

Nova situacija nastupila je nakon ukidanja Mešihata u Turskoj 1924. Bošnjaci, ujedinjeni sa ostalim muslimanima tadašnje Kraljevine Jugoslavije, 1930. iznalaze novo rješenje za izvor legaliteta pozicije *reisul-uleme*. Ustav islamske vjerske zajednice Kraljevine Jugoslavije od 9. jula 1930. propisao je da posebno tijelo sastavljeno od nacionalnih muslimanskih uglednika izda pismo o imenovanju novoizabranom *reisul-ulemi* "sve dok se ne uspostavi pravovaljani hilafet".⁴⁷³ "Prekid hilafeta" (*fasile-i hilafet*) traje i dalje.

Ova praksa izdavanja menšure vjerskom poglavaru Bošnjaka nakon ukidanja Mešihata jedinstven je slučaj među muslimanskim zajednicama na Balkanu a, po svoj prilici, i šire. Druge manjinske muslimanske zajednice i kada su imale opšteprihvaćene vjerske vođe, nisu nastojale da im osiguraju, makar i formalnu, šerijatsku legitimaciju.

Menšura

Svečani dokument kojim se potvrđuje da je određeno lice legalno imenovani odnosno izabrani *reisul-ulema* i da je kao takav ovlašten, da u smislu šerijatskog prava, daje slična ovlaštenja podređenim vjerskim službenicima (*murasele*) naziva se u bosanskoj praksi *menšura*. Ovaj naziv je u bošnjačku islamsku administraciju došao putem osmanskih institucija a Osmanlije su ga uzele od prethodnih muslimanskih država.

Termin menšur (od ar. *nešere*) u muslimanskoj diplomaciji ima značenje *potvrde, ukaza, diplome o imenovanju*.⁴⁷⁴ U različitim muslimanskim državama dokument pod ovim nazivom mogao se odnositi na različite djelatnosti i profesije. U vrijeme Fatimija, naprimjer, profesori su bili imenovani putem *menšure* a u vrijeme Ejubija starješine uglednika (*nekib el-ešraf*) ili upravitelji pokrajina.⁴⁷⁵ Poznati hanefijski pravnik El-Hasan ibn el-Mensur el-Fergani (u. 592. god. po H.) spominje menšuru kao dokument o imenovanju kadija.⁴⁷⁶

⁴⁷³ Fikret Karčić; *Šerijatski sudovi u Jugoslaviji 1918-1941*, Sarajevo: Vrhovno starješinstvo Islamske zajednice u SFRJ, 1986, str. 83.

⁴⁷⁴ W. Bjorkman, *Manshur*, EI, vol. V; str. 246-248.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Fetava Siradžijje*, vol. 3, str. 36.

U osmanskoj praksi termin *menšur* korišten je uporedo sa nazivima *berat* i *misal* za pisma o imenovanju.⁴⁷⁷ Pokrajinske muftije, uključujući i one u Bosni, imenovani su menšurinom. U međunarodnim ugovorima o regulisanju položaja muslimana na Balkanu nakon 1912-1913. termin *menšur* je korišten za označavanje dokumenata o autorizaciji lokalnih muslimanskih vođa (velikih/glavnih muftija) od strane *šejhul-islama* nakon provedene procedure izbora ili imenovanja u nacionalnim okvirima.⁴⁷⁸ U istom smislu ovaj termin koristi Autonomni statut iz 1909. i sva kasnija praksa Bošnjaka.

Tekst *menšure* kod Bošnjaka mijenjao se tokom proteklog stoljeća. Generalno govoreći, tekstovi ranijih *menšura* bili su mnogo bliži osmanskom uzoru dok su kasniji, posebno u vrijeme komunističke vlasti, pretrpjeli znatne modifikacije što je na svoj način odražavalo marginalizaciju uloge islama u društvenom životu Bošnjaka.

Menšura se novoizabranom *reisul-ulemi* predaje svečano i po tradiciji u Gazi Husrev-begovoj džamiji u Sarajevu u prisustvu bosanske uleme, vjernika, državnih predstavnika, visokih dostojanstvenika drugih konfesija. Posebno značajno mjesto među gostima pripada visokim predstavnicima islamskih institucija iz svijeta. Prisustvo ovako impozantnog broja neke vrste "svjedoka čina" (*šuhudul-hal*) razumijeva se među Bošnjacima kao priznanje legitimiteta njihovog vođstva i potvrda pripadanja Islamske zajednice kod Bošnjaka univerzalnom muslimanskom ummetu.

Izvor: (engleska verzija teksta) *Intellectual Discourse*, 1997, vol. 5, no. 2, str. 109-120.

⁴⁷⁷ I. H. Uzunçaršili, *op. cit.*, str. 78, n.l.

⁴⁷⁸ W. Bjorkman, *op. cit.*, str. 248.

OPŠTI POGLED NA HISTORIJAT MUFTIJSKE SLUŽBE KOD NAS

Funkcija tumačenja šerijatskih propisa (ifta) imala je veliki značaj u historiji muslimana u pojedinim zemljama. U izmijenjenom obliku ona taj značaj zadržava i danas. Sadržina ove funkcije je, kako je poznato, davanje tumačenja o pitanjima islamskog vjerovanja, prava i morala na traženje zainteresovanih pojedinaca ili tijela. U zavisnosti od statusa koji je islam uživao u toku historijskog prisustva u pojedinim zemljama, ova tumačenja (fetve) su imala različitu prirodu - bila su tumačenja prava ili vjere. Ista okolnost uticala je na to da li će jedna fetva imati reperkusije samo na privatni život i ponašanje pojedinca ili i na tokove društvenog života. Status islama je, osim toga, utjecao i na društveni status njegovih tumača.

U svjetlu ovih navoda izgleda opravdano i zanimljivo dati jedan opšti osvrt na sadržaj, društvenu ulogu i promjene muftijske službe u BiH. Ova služba će biti posmatrana u okviru državnopravnih cjelina koje su se smjenjivale u BiH od vremena širenja islama, do današnjih dana.

I.

BiH, kao i u drugim jugoslovenskim zemljama uključenim u Osmansku carevinu, funkcionisao je jedinstveno uređeni sistem tumačenja i primjene šerijatskog prava. Oličenje ovog sistema su bili kadije i muftije. U pogledu nadležnosti, društvenog položaja i uloge, muftije u BiH se nisu ni po čemu razlikovali od muftija u drugim pokrajinama Osmanske države.⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ Vidi *Encyclopaedia of Islam*, Leiden 1979, odrednice "fetwa" i "mufti" i literaturu navedenu u bibliografiji.

Opšta nadležnost muftija u Osmanskoj carevini bilo je tumačenje šerijatskih propisa. U skladu sa značenjem šerijata kao puta ispravnog života kojim treba ići sljedbenik islama, muftijska funkcija se nije iscrpljivala samo tumačenjem pravnih pitanja već i onih koja se tiču vjerovanja, morala, lične higijene, društvenih običaja itd. Pošto je islam u Osmanskoj državi imao status državne vjere a šerijatsko pravo obavezujuću snagu, fetve su predstavljale legitimni nadzor nad aktima javnih vlasti i ponašanjem pojedinaca. Njima su potvrđivane ili osporavane odluke sultana ili vlade, reforme i promjene u strukturi Carstva, prihvatane nove norme društvenog ponašanja, rješavane dileme pojedinaca.

U Osmanskoj carevini, kako je poznato, nije postojala posebno organizovana islamska vjerska zajednica. Islamske ustanove i ulema bili su dio državne strukture i birokratije. Ulema je bila glavni nosilac vjerske, obrazovne i pravne službe. U tom svojstvu muftije su, kao dio uleme, putem mreže pokrajinskih i centralnih organa bili uključeni u osmanski državni i društveni aparat i svojim djelovanjem utjecali na njegov historijski hod.

Muftije u BiH su u vrijeme osmanske uprave spadali u kategoriju pokrajinskih muftija (*kenar muftileri*). To su bile muftije u većim mjestima kojima je šejhul-islam izdao ovlaštenje (*menšuru*) za vršenje funkcije tumačenja šerijata.

Pošto za svoju službu nisu dobivali platu, obično su vršili funkciju muderisa u lokalnoj medresi. U praksi je bilo rašireno da se za pismeno izdatu fetvu daje izvjesna, često minimalna, naknada. U načelu muftijske služba vršila se doživotno, ali je bilo moguće smjenjivanje s funkcije.

Pored muftija koji su bili postavljeni dekretom šejhul-islama u manjim mjestima u BiH mogli su biti pojedinci kojima je dekretirani muftija ili mjesno nadležni kadija dao ovlaštenje da izdaje fetve. Takvo lice je u dokumentima označavano kao *me'zun bil-ifta* ("ovlašten da daje pravna tumačenja").

I jedne i druge muftije su bili obavezni da daju fetve prema učejnu hanefijske pravne škole, i to prema većinskom mišljenju (*mufta*

bihī el-kavl). Takođe su bili obavezni da u svojim fetvama navedu izvore na kojima zasnivaju odgovor na postavljeno pitanje (*nakl*). Prema osmanskoj praksi fetva je morala sadržavati jasan i nedvosmi-slen odgovor, tako da ni u kom slučaju nije ostavljala u dilemi onoga ko je tražio objašnjenje. Nakon što bi pitanje bilo formulirano bez spominjanja konkretnih lica koja su u situaciju uključena, muftija je odgovarao sa “Dozvoljeno je” (*olur*), ili “Nije dozvoljeno” (*olmaz*).

Po svojoj pravnoj prirodi fetva je bila obavještenje o sadržini islamskog propisa i nije uvijek izvršavana od strane lica koje je pitalo za savjet. S druge strane, presuda kadije je po svom karakteru predstavljala dosuđivanje prava i izvršavana je pod prijetnjom sankcije. Pojedinaac koji bi odbio da postupi po fetvi koja je u skladu sa šerijatom dolazio bi pod udar krivičnopravnih sankcija (*ta'zir*) a u nekim slučajevima mogao je da bude smatran otpadnikom od vjere (*murted*). Fetva koja bi se odnosila na slučaj koji je u toku raspravljajnja pred kadijom nije u svakom slučaju tog kadiju obavezivala. To je zato što muftija donosi fetvu na osnovu činjenica koje su mu stranke predočile pa je i primjenljivost fetve na konkretni slučaj zavisila od podudarnosti predočenih činjenica sa stvarnim stanjem. Kadija koji bi odbio da primijeni fetvu koja je bila u skladu sa šerijatom i odgovarala stvarnom stanju slučaja koji se rješava mogao je biti smijenjen.⁴⁸⁰

Uspostavljanje muftijske službe započelo je u BiH u drugoj polovini 16. vijeka, u vrijeme kada se islam proširio u masama i učvrstio. Prvi muftija u Sarajevu imenovan je 1519. god., a u Mostaru između 1571. i 1592.⁴⁸¹ U oba slučaja je uočeno da su prvi nosioci muftijske službe bili stranci. U Sarajevu je tek 1612. za muftiju imenovan domaći čovjek i nakon toga to postaje redovna praksa. U Mostaru je, također, polovinom 17. vijeka imenovan muftija iz kruga mjesnog stanovništva. U svakom slučaju znači da je trebalo proći od pedeset do sto godina od pojave muftiluka na tlu BiH pa da tu službu počnu

⁴⁸⁰ Uriel Heyd, “Some Aspects of Ottoman Fatwa”, BSOAS (London), XXXII/ 1969, str. 6.

⁴⁸¹ Kemura šejh Sejfuddin Fehmi bin Ali, *Sarajevske muftije od 926-1519. do 1334 -1916. god.*, Sarajevo, 1444 -1916, 5; Hifzija Hasandedić, “Mostarske muftije-prilog kulturnoj povijesti Mostara”, separat iz *Glasnika VIS*, 9-10/1975, str. 3.

vršiti domaći ljudi. To je bio period potreban da se među domaćim stanovništvom koje je prihvatilo islam obrazuje sloj uleme kvalifikovane da vrši visoke funkcije tumačenja šerijata.

Može se, isto tako, uočiti da se muftijska služba javlja kasnije u odnosu na kadijsku. U dokumentima se nalazi podatak da je, npr. u Višegradu, postojao kadija i prije Fatihovog osvojenja Bosne 1463.⁴⁸² To se može objasniti činjenicom da je muftijska služba vezana prvenstveno za tumačenje vjerskih propisa muslimanima pa je za njeno uspostavljanje neophodno masovnije prihvatanje islama. S druge strane, kadije su kao nosioci sudske vlasti i upravnih ovlaštenja vezani za proces osvajanja i stabilizacije osmanske vlasti pa se i pojavljuju ranije.

Na postavljanje muftija u BiH imalo je uticaja mjesno muslimansko stanovništvo ili predstavnici lokalne vlasti. O mogućem kandidatu upućivan je prijedlog šejhul-islamu u obliku predstavke (*mahzar*). Ovakvi prijedlozi su redovno bili uvažavani.

Zbog važnosti funkcije koju su vršili, muftije su ubrajani u društvene uglednike svoga doba. Četverica muftija u BiH (sarajevski, mostarski, travnički i gradačački) ubrajani su u *erkani-ejalet*, odnosno najutjecajnije ljude ove zemlje.

I pored toga što je ulema u Osmanskoj carevini često zauzimala konzervativna stanovišta u pitanjima tumačenja vjere i prava, u literaturi je skrenuta pažnja na liberalna tumačenja šerijata od strane visokih muftija, uključujući i šejhul-islama kojima su podržani pokušaji reforme osmanskih društvenih i državnopravnih ustanova u 18. i 19. vijeku.⁴⁸³

Takve podatke imamo i u pogledu muftija u BiH. Turski državnik Ahmed Dževdet-paša (1823-1895) boravio je u BiH 1863/64. u važnoj misiji pridobijanja mjesnog stanovništva za reforme osmanske vlade. Istovremeno je nadzirao i upostavljanje reformatorskih ustanova (redovne vojske, trgovačkih sudova itd.). Prema njegovim

⁴⁸² Mehmed Handžić, *Pogled na sudstvo u BiH za vrijeme turske vladavine*, Sarajevo 1941, str. 6.

⁴⁸³ Binaz Toprak, *Islam and Political Development in Turkey*, Leiden, 1978, str. 29.

svjedočanstvima najutjecajnije bosanskohercegovačke muftije su dali podršku njegovim naporima obrazlažući šerijatskopravnu zasnovanost reformi i izjavama da će izdati fetve protiv svih onih koji se reformama usprotive.⁴⁸⁴

U procesu reorganizacije pokrajinske uprave u BiH u drugoj polovini 19. vijeka kada je formirano Upravno vijeće Vilajeta, muftije su ušle u njegov sastav zajedno sa naibima, mitropolitima, biskupima, predstavnicima stanovništva i drugim.⁴⁸⁵

U to vrijeme u BiH su postojale muftije u slijedećim mjestima: Sarajevo, Mostar, Bihać, Banja Luka, Travnik, Donja Tuzla, Rogatica, Foča, Zvornik, Gradačac i Tešanj. Među ovim muftijama nije bilo službene povezanosti niti hijerarhijskih odnosa.⁴⁸⁶ Svako je samostalno vršio svoju funkciju prema šerijatskim propisima i osmanskim zakonima.

U cjelini, može se zaključiti da su za sve vrijeme trajanja osmanske vlasti u BiH muftije djelovali kao visoki islamski dostojanstvenici uključeni u državnu strukturu, da je njihova osnovna funkcija bilo davanje savjeta o pitanjima islamskih i državnih propisa, da su vršili značajne obrazovne funkcije, nadzirali vjerski život i uticali na društvena kretanja na svom području. Zbog odsustva posebne islamske vjerske strukture odvojene od države, muftije nisu bili međusobno povezani.

II.

U nastojanju da svoje prisustvo u BiH učini trajnim, Austro-Ugarska je posebnu pažnju posvetila pitanju islamske vjerske strukture. Izgradnja Islamske vjerske zajednice nezavisne u odnosu na Mešihat u Carigradu u očima austrougarskih stratega je bilo pogodno sred-

⁴⁸⁴ Hamdija Kreševljaković, *Dževdet-pašina pisma o Bosni iz 1864. godine*, Sarajevo 1932, str. 20.

⁴⁸⁵ Husein Bračković, "Mala historija događaja u Hercegovini", (uvod i prijevod s turskog: Zejnil Fajić). *POF*, XXXIV/1985, str. 191.

⁴⁸⁶ Ferdinand Schmid, *Bosnien und die Herzegovina unter der Verwaltung Osterreich-Ungarns*, Leipzig, 1914, str. 675.

stvo za osporavanje eventualnih turskih zahtjeva za suverenitet nad BiH jednako kao i za vezivanje domaćeg muslimanskog stanovništva za novu vlast, kojoj se ne bi moglo prigovoriti da ne uvažava vjerske osjećaje i potrebe sljedbenika islama.

Carigradski Mešihat je nakon okupacije pokušao kreirati funkciju "muftije od Bosne". Ovu titulu bi dobio sarajevski muftija koji bi, pored tradicionalnih prava i dužnosti, imao ulogu starješine islamske vjerske uprave, pravo davanja ovlaštenja (*murasela*) kadijama za vršenje šerijatskosudskih funkcija itd. Austro-Ugarska nije prihvatila ovaj pokušaj direktnog intervenisanja šejhu l-islama u pitanja vjerske uprave muslimanskog stanovništva BiH pa tako ovdje nije došlo do transformisanja muftijske službe od tumača vjerskog prava ka starješini vjerske uprave kao što je bio slučaj sa drugim balkanskim zemljama nakon prestanka osmanske vlasti.⁴⁸⁷

Umjesto toga, za upravu islamskim vjerskim poslovima kreirana je ustanova Ulema-i medžlisa, zbornog tijela na čelu sa reisul-ulemom. Ovo zborni tijelo sam kreator austrougarske vjerske politike u BiH Benjamin Kalaj uporedio je sa konzistorijom kršćanskih crkava. Naziv reisul-ulema preuzet je iz kancelarije šejhu l-islama gdje je tako označavan funkcioner zadužen za vjersku prosvjetu.⁴⁸⁸

Službi muftijstva kao mogućnosti uticaja na ponašanje muslimanskog stanovništva austrougarska uprava je posvetila značajnu pažnju. Pet godina nakon okupacije već su bila popunjena sva muftijska mjesta u BiH, a muftijama je određena visoka plata (1200 forinti) iz državnih sredstava.⁴⁸⁹ Imenovanje muftija bilo je u nadležnosti austrougarskih vlasti.

Muftije su nastavili da izdaju fetve koje se ne tiču samo pitanja vjerovanja i ličnog života pojedinaca nego i o stanovištu šerijata prema aktima nove vlasti. Jedna od najvažnijih fetvi bila je ona koju je izdao sarajevski muftija Hilmi-efendija Hadžiomerović nakon dono-

⁴⁸⁷ Hamdija Kapidžić, *Hercegovački ustanak 1882. godine*, Sarajevo 1957, str. 79.

⁴⁸⁸ *Isto*, str. 80.

⁴⁸⁹ Nusret Šehić, *Autonomni pokret Muslimana za vrijeme austrougarske uprave u BiH*, Sarajevo, 1980, str. 25.

šenja austrougarskog vojnog zakona od 4.XI 1881.⁴⁹⁰ Austrougarskoj vlasti je ovom fetvom sa stanovišta šerijata priznato pravo regrutovanja domaćeg stanovništva u vojsku, a muslimani su pozvani da prihvate ovaj propis. Iako je i poslije ove fetve došlo do pobune i otpora regrutovanju u austrougarsku vojsku, ona je interesantna po tome što ilustruje i u ovom vremenu nastavljenju praksu šerijatskoprogovnog opravdavanja konkretnih društveno-političkih situacija i akata. I dalje je bila moguća pojava suprotnih tumačenja šerijata o istom pitanju, pošto je od valjanosti početne premise zavisila i valjanost zaključka.

Nakon donošenja Statuta za autonomnu upravu islamskih vjerskih i vakufsko-mearifskih poslova 15.V 1908. povećan je uticaj autonomnih vjerskih organa na izbor muftija.⁴⁹¹ U svakom okružnom mjestu u BiH Zemaljska vlada je trebala na prijedlog Ulema-i medžlisa imenovati muftiju. Ulema-i medžlis je za svako upražnjeno mjesto označavao dva kandidata od kojih je Zemaljska vlada jednog imenovala za muftiju. Muftije su plaćene iz državnih sredstava (čl. 144-145). Dužnost muftija je bila da izdaje uobičajene fetve, nadzire vjerske i vakufske službenike, džamije i druge vjerske objekte, nadzire izvršenje nastavnog plana za islamsku vjeronauku u državnim i konfesionalnim školama te da se brine za širenje islamske nauke među muslimanima, učvršćenje morala itd. (čl. 146). Muftija je trebalo da posjeduje iste stručne, moralne i građanske kvalitete kao i član Ulema-i medžlisa (čl. 127).

U ovo doba je evidentno veće pomjerenje muftijske funkcije sa područja tumačenja vjerskih propisa ka sferi islamskog obrazovanja i vjerske uprave. Istovremeno je potvrđena nadležnost Ulema-i medžlisa, kao tijela za vrhovno rukovođenje islamskih vjerskih poslova u BiH, da daje autoritativna tumačenja islamskih propisa. Takvo tumačenje mogao je tražiti od Ulema-i medžlisa i Vrhovni šerijatski sud u pitanjima iz nadležnosti šerijatskih sudova. Ulema-i medžlis

⁴⁹⁰ H. Kapidžić, *n. dj.*, str. 24

⁴⁹¹ *Statut za autonomnu upravu islamskih vjerskih i vakufsko-mearifskih poslova u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 1909.

je, prema odredbi čl. 142. "Autonomnog statuta", bio dužan da se u dvojbenim i prijepornim dogmatičkim i šerijatskopравim pitanjima obrati šejhu1-islam u za fetvu. Zamolnica s pitanjem i odgovor s fetvom imali su biti upućeni diplomatskim putem.

Uočava se, dakle, da je od zaokruženja organizacije Islamske vjerske zajednice u BiH nadležnost za tumačenje važnih vjerskih i šerijatskopравnih pitanja pomjerena s muftija prema Ulema-i medžlisu a da je na planu tumačenja šerijata muftijama ostavljeno davanje "uobičajenih fetvi", odnosno obavještenja o sadržini šerijatskih normi na osnovu konsultovanja standardnih priručnika fikha.

III.

U državnoправnom okviru stare Jugoslavije islam je imao status zakonom priznate vjere. Država je imala pravo da putem svojih pravni akata (zakona, uredbi itd.) uređuje pitanja unutrašnje organizacije i funkcionisanja Islamske vjerske zajednice. U tim aktima regulisana je i muftijska služba, odnosno pitanje tumačenja islamskih propisa.

Ustav IVZ Kraljevine Jugoslavije od 9.VII 1930⁴⁹² odredio je nadležnost i funkcije muftije slijedeći "Autonomni statut" (čl.48). Za sjedišta muftija u BiH određeni su gradovi: Sarajevo, Mostar, Banja Luka i Tuzla (čl.50). Muftije su birane prema propisima posebnog Zakona o izboru reisul-uleme, članova ulema-i medžlisa i muftija.

Ustavom IVZ iz 1930. muftije su još čvršće vezane za vjersko-upravne organe IVZ, odnosno Ulema-i medžlis. Njihova funkcija davanja fetvi iscrpljivala su se, uglavnom, odgovorima na privatna pitanja pojedinaca. Na osnovu godišnjih izvještaja koje su muftije upućivali Ulema-i medžlisu može se zaključiti da je među vjericima opadao interes za šerijatsko prosuđivanje ličnih situacija i postupaka. Istovremeno, muftije su intenzivirali svoju funkciju nadzora nad islamskom vjeronaukom u školama i radom medresa, očuvanjem morala među muslimanskim stanovništvom (borba

⁴⁹² *Službene novine* br. 167, LXIII, 2:5, 1930.

protiv “divljih brakova”, alkoholizma, prostitucije itd.). U ovo doba fetva muftije definitivno je izgubila karakter tumačenja prava. Državni šerijatski sudovi nadležni za primjenjivanje šerijatskog prava u porodičnim i nasljednim stvarima muslimana i pitanjima vakufa nisu konsultovali muftije u predmetima koje su raspravljali niti su ih obavezivale eventualno izdate fetve. Vrhovni šerijatski sud je mogao u važnim vjerskim pitanjima zatražiti mišljenje nadležnog vjerskog poglavara (čl. 15. Zakona o uređenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama od 21.III 1929) Davanje ovih mišljenja dato je, prema Ustavu IVZ iz 1930. god., Vrhovnom vjerskom starješinstvu (čl. 67).

Gubitkom pravnog karaktera fetve su zadržale karakter tumačenja vjerskih propisa a proces pomjeranja muftija iz sfere sudstva (u osmanskoj državi) prema sferi vjerskih poslova (Austro-Ugarska, stara Jugoslavija) bio je definitivno završen.

Pojedini nosioci muftijske službe bili su aktivno angažovani u političkom životu stare Jugoslavije. Stranačka pripadnost uzela je maha u popunjavanju upražnjenih mjesta u organima i ustanovama IVZ-a. Na kreiranje normativnih akata IVZ-a uticao je trenutni odnos snaga između rivalskih muslimanskih građanskih predstavnika, tako da je 1935. prilikom donošenja Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o IVZ-u Kraljevine Jugoslavije ukinuta muftijska služba. Kao razlozi su navedeni: nesposobnost pojedinih nosilaca ove službe, nezaposlenost muftija i problem finansiranja. Ova odluka iza koje je stajalo rukovodstvo Jugoslovenske muslimanske organizacije izazvala je burno reagovanje u krugovima uleme i dijela građanstva. Pojavilo se nekoliko brošura o historijatu i značaju muftijske službe (Mehmed Handžić, Abdurrahman Adil Čokić), u štampi su objavljivani članci o negativnim posljedicama ovog poteza (“Hikjmet”, “Muslimanska svijest” i drugi) a organi staleških udruženja islamskih vjerskih službenika upućivali su protestne predstavke snagama koje su stajale iza donošenja novih propisa o uređenju IVZ-a.⁴⁹³

⁴⁹³ Vidi pisanja listova “Hikjmet” (g. VII, br 7/1936, 205-209; 176-179; br. 11/1936, str. 341;) “Jugoslovenski list” (22.XII 1935) i drugih.

Sve je to bilo bez uspjeha pa je u Ustavu IVZ-a Kraljevine Jugoslavije od 5.XI 1936. iz strukture IVZ-a izostavljena služba muftije.⁴⁹⁴ Izdavanje fetvi dato je u nadležnost posebnog službenika Ulema.i medžlisa (*fetva-emin*), a za rješavanje dvojbenih ili spornih šerijatskopравnih ili vjerskih pitanja obrazovan je Širi savjet reisul-uleme. Mišljenja ovog Savjeta obavezivala su organe IVZ-a i šerijatske sudove i publikovana su u "Glasniku Vrhovnog islamskog starješinstva". U istoj publikaciji objavljene su i neke fetve fetva-emin.a.* To je bio početak objavljivanja obaveznih tumačenja islamskih vjerskih i šerijatskopравnih pitanja i fetvi u službenoj formi. Međutim, ova praksa trajala je veoma kratko.

IV.

Nakon završetka Drugog svjetskog rata i socijalističke revolucije u Jugoslaviji je prihvaćen princip odvajanja vjerskih zajednica od države. Vjera je proglašena za privatnu stvar građana, kojima je zajamčena sloboda vjerovanja, udruživanja u vjerske zajednice i slobodno djelovanje tih zajednica u granicama zakona.

Ovakav status vjere i vjerskih zajednica nužno se odrazio i na pitanje važenja vjerskih prava. Proglašeno je načelo važenja jednakog prava za sve građane te su vjerski propisi izgubili pravnu sankciju i pojedinac više nije mogao zbog svoje vjerske pripadnosti biti podvrgnut posebnom pravu.

U takvim okolnostima, a nakon ukidanja šerijatskih sudova u BiH 5.III 1946., Šerijat je izgubio karakter pravne norme za muslimane u našim krajevima. Njegove određene sadržaje kao vjerske norme primjenjuju vjernici u svom privatnom životu, a njima su vezani i organi i ustanove IZ-a u toku obavljanja svojih redovnih dužnosti (vršenje vjerskih obreda, obavljanje vjerskih vjenčanja, uvakufljenja

⁴⁹⁴ *Službene novine*, 256, LXIV, 5. XI 1936

* Fetva-emin je bio jedan od četiri člana Ulema-i medžlisa nadležan za izdavanje uobičajenih fetvi, pripremanje referata za rješavanje svih vjerskih i šerijatskopравnih pitanja koja se pojave te vođenje brige da se nigdje, kako u upravi IVZ-a tako i inače, ne krše propisi šerijata (čl. 82. Ustava IVZ-a iz 1936).

itd.). Od mnoštva normi fikha aktuelni značaj imaju, uglavnom, propisi ibadata. Zato se u ovom periodu govori o važenju i tumačenju vjerskih islamskih propisa. Promjena karaktera ovih normi (od pravnih transformišu se u vjerske propise) imala je značajne posljedice na njihovu obaveznost i primjenu: njihova obaveznost zavisi od stepena vjerskog ubjeđenja pojedinca a u stvarnosti se realizuju dobrovoljnim ponašanjem lica na koja se odnose.

Ranije izražena tendencija koncentrisanja nadležnosti tumačenja islamskih vjerskih propisa u najvišem upravnom tijelu IZ-a našla je odraz i u normativnim aktima o organizaciji i djelovanju ove vjerske zajednice.

Prema Ustavu IZ-a u SFRJ od 5.XI 1969. Vrhovno islamsko starješinstvo daje obavezna tumačenja o vjerskim pitanjima (čl. 42. t. 4)⁴⁹⁵ Ova tumačenja su, dakle, takvog karaktera da službeno obavezuju sve organe, institucije i službenike IZ-a a vjerski i moralno obavezuju članove IZ-a.

Prema istom Ustavu u strukturi IZ-a postoje i djeluju muftije. Trideset i više godina nakon ukidanja ova služba je ponovo uvedena s nešto izmijenjenim sadržajem. Muftija je glavno vjersko lice IZ-a na određenom regionalnom području (čl.21). Bira ga i razrješava Sabor na prijedlog Starješinstva a uz prethodnu saglasnost Vrhovnog islamskom starješinstva. Njegova kompetencija je da se stara o širenju islamske nauke među pripadnicima IZ-a, da predlaže Vrhovnom islamskom starješinstvu da dâ obavezno tumačenje (fetvu) o određenom vjerskom pitanju, da se stara o pravilnoj primjeni šerijatskih i drugih propisa IZ-a, o organizaciji i održavanju vjerske nastave, da predlaže postavljanje imama i muallima i vrši nadzor nad njihovim radom, da predstavlja IZ na svom području itd. (čl. 24).

Kako se vidi, u funkciji muftije preovladavaju vjerskoprosvjetni i vjerskoupravni poslovi. Od nekadašnje tradicionalne jurisprudencijalne funkcije (*ifta*) ostala je samo nadležnost muftije da *predloži* Vrhovnom islamskom starješinstvu davanje obaveznog tumačenja

⁴⁹⁵ Zbirka propisa IZ i državnih propisa koji se primjenjuju u radu IZ, Sarajevo, 1982, str. 35-48.

(fetve) o određenom vjerskom pitanju. Osim toga, prema važećem Ustavu IZ-a došlo je do promjene i u samom shvatanju fetve. Fetva je izjednačena sa obaveznim tumačenjem vjerskih pitanja. U normativnim aktima prethodnog perioda razlikovane su uobičajene fetve od obaveznih tumačenja spornih ili dvojbenih šerijatskopравnih ili vjerskih pitanja.

V.

Funkcija tumačenja islamskih propisa doživjela je značajne promjene tokom historije na našem prostoru. Ove promjene su, kako smo pokazali, bile uzrokovane promjenom statusa islama i karaktera islamskih propisa u promjenljivim društveno-političkim i pravnim okolnostima kao i promjenom same strukture Islamske vjerske zajednice.

Pitanje tumačenja islamskih vjerskih propisa ni danas nije izgubio aktuelni značaj. Prije bi se reklo da neke okolnosti zahtijevaju dalju afirmaciju njegovog mehanizma. IZ u BiH i u Jugoslaviji susreće se sa brojnim pitanjima o kojima je potrebno zauzeti jedinstveni stav i taj stav učiniti obavezujućim za sve strukture vjerske zajednice. Savremeni život donosi nove dileme koje treba da se sagledaju i riješe u svjetlu islamskih propisa. S druge strane, IZ u našoj zemlji ne može nekritički preuzimati tumačenja i rješenja koja su nastala u drugačijim društvenim, političkim, pravnim i kulturnim uslovima. Fikh pruža alternativna rješenja za pojedine situacije pa se prema prilika-ma u kojima žive muslimani u određenoj zemlji treba odabrati, prema načelima usuli-fikha, ono koje najbolje odgovara duhu islamskog učenja i interesima konkretne islamske zajednice.

Zahtjev za aktuelnosti islamske misli, ujednačavanje teorije i prakse i onemogućavanje ekstremnih i anahronih tumačenja moći će se postići samo daljim institucionalnim jačanjem funkcije tumačenja islamskih vjerskih propisa.

ODNOS BOSANSKE ULEME PREMA REFORMAMA U OSMANSKOJ CAREVINI U XIX VIJEKU

Od kraja XVII vijeka državno-pravne, religijske i vojne institucije Osmanske carevine zapale su u duboku krizu i postale važan faktor stagnacije i opšteg propadanja klasičnog osmanskog poretka. Zbog toga pojedini sultani i njihovi savjetnici počinju preduzimati mjere reorganizacije i reforme. S obzirom na opšti koncept ovih mjera moguće je govoriti, kako to čini i historičar Stanford J. Shaw, o tradicionalnim i modernim osmanskim reformama.⁴⁹⁶

Tradicionalne reforme su predstavljale mjere za očuvanje i obnavljanje starih osmanskih ustanova i okončane su sa Selimom III (1808). Moderne reforme obuhvatale su uvođenje novih ustanova, uključujući i one evropskog porijekla. Započele su sa sultanom Mahmudom II (1808-1839) a doživjele vrhunac u doba Tanzimata (1839-1876).

U Osmanskoj carevini, koja je predstavljala jedan historijski oblik realizacije islamskog klasičnog državno-pravnog modela (din ve devlet), nikakva izmjena u postojećim normama ili institucijama nije mogla biti izvršena bez šerijatske legitimacije. Zbog toga, i zbog okolnosti da je u to doba najveći dio osmanskog obrazovanog sloja pripadao redu uleme (ilmije), uspjeh ili neuspjeh reformi uveliko je zavisio od stava islamskih učenjaka, koji su bili organizovani u čvrst, hijerarhijski sistem.⁴⁹⁷ Ulema je, na taj način, postala zna-

⁴⁹⁶ Stanford J., Shaw, *History of the Ottoman Empire and Modern Turkey*, prema Joseph von Hammer, *Historija (Turskog) Osmanskog Carstva*, prev. i. prir. Nerkez Smailagić. III, Zagreb, 1979., str. 257. i dalje.

⁴⁹⁷ Na pitanje odnosa uleme prema reformama u Osmanskoj carevini u XIX vijeka skrenuli su pažnju Uriel Heyd, "The Ottoman Ulema and Westernization in the of Selim III and Mahmud II", *Studies in Islamic History and Civilization (Scripta Hierosolymitana)*,

čajan činilac uspjeha modernizacije Osmanske carevine, procesa koji je poznati osmanista Uriel Heyd nazvao istinskim "istočnim pitanjem".⁴⁹⁸

U savremenoj literaturi o reformama u Osmanskoj carevini u XIX vijeku skrenuta je pažnja na ulogu uleme u tim zbivanjima. Opšti zaključci do kojih su došli Uriel Heyd, Avigdor Levy, Niyazi Berkes i drugi, tiču se uglavnom odnosa visoke istanbulske uleme prema reformama. Pri tome se spominju i izvjesna pitanja vezana za držanje uleme u pokrajinama ali ovaj problem tek treba da bude predmet posebnih istraživanja. U ovom radu ćemo iznijeti neke podatke koji govore o odnosu uleme Bosanskog ejaleta prema reformama vojske, državne uprave, prava i sudstva u Osmanskoj carevini tokom XIX vijeka.

Na početku treba podsjetiti da ulema u Osmanskoj carevini u XIX vijeku ne predstavlja monolitnu cjelinu.⁴⁹⁹ Unutrašnja socijalna i "ideološka" diferencijacija izražava se u vidu cijepanja uleme na dvije velike skupine: većinu, koja pripada srednjim ili siromašnim slojevima i manjinu, koja pripada višim slojevima i postepeno se stapa sa visokom vojničkom i službeničkom klasom. Pored ove okolnosti, koja značajno utječe na tip reagovanja uleme na proces modernizacije, treba imati na umu i razliku između uleme u Istanbulu (gdje izvan pokrajinskih centara i tzv. ulemanskih porodica najveći dio uleme čine srednji i siromašni slojevi) i uleme u pokrajinama.

Odnos uleme Osmanske carevine prema reformama u XIX vijeku, pa samim time i uleme Bosanskog ejaleta, zavisio je od tipa reforme koja je proglašena, trenutnog odnosa unutrašnjih snaga u Carstvu i vanjskopolitičkih prilika.

IX, Jerusalem, 1968, str. 63-96. i Levy Avigdor, "The Ottoman Ulema and Military Reforms of Sultan Mahmud II", *Asian and African Studies*, 7 (1979), str. 13-39. Prilikom razmatranja odnosa bosanske uleme prema reformama držali smo se opštih zaključaka ovih autora.

⁴⁹⁸ Uriel Heyd, "Some Aspects of Ottoman Fatwa", *BSOAS* (London), XXXII/1969, str. 56.

⁴⁹⁹ Avigdor Levy, op. cit., str. 14.

I. Tradicionalne reforme (do 1808):

Otpor uleme uvođenju nizam-i džedida (*nizāmi-džedīd*)

Tradicionalne reforme u Osmanskoj carevini započele su uvođenjem inovacija u vojno uređenje (uvođenje stranih vojnih savjetnika u doba Abdulhamida I, 1774-1789, od kojih se nije zahtijevalo da prime islam, kao do tada) i pokušajem obrazovanja nove formacije regularne vojske *nizami džedida*. Pošto je ova posljednja reforma ugrožavala pozicije janjičara, koji su od nekadašnje udarne borbene formacije postali specifična vojno-politička organizacija za zaštitu interesa svoga članstva, ona je od početka imala jakog protivnika. Kada se tome doda otpor visoke uleme, grupisane oko šejhul-islama Ataullah-efendije, uvođenju evropskog sistema obučavanja i uniformisanja, te nedovoljna "ideološka" i organizaciona priprema reformi, postaje razumljiv neuspjeh sultana Selima III. Ovaj sultan bio je prisiljen da 1807. odstupi s prijestolja nakon što je najviša ulema putem šerijatske odluke (*hudžet-i šer'ijje*) uvođenje *nizami džedida*, odnosno "novog poretka" proglasila za "nedopuštenu novotariju," (*bid'at*) i "oponašanje nevjernika".⁵⁰⁰

Uvođenje *nizami džedida* nije važno za Bosanski ejalet. Prema volji samog sultana pitanje vojne organizacije u Bosni trebalo je riješiti na način koji najbolje odgovara pograničnoj pokrajini. Prema istraživanju Ahmeda S. Aličića u Bosni je samo kupljen porez na stoku namijenjen finansiranju *nizami džedida*.

I pored toga, uvođenje "novog poretka" izazvalo je otpor janjičara i njihovih simpatizera iz reda srednje i niže uleme. Kao primjer reagovanja tog sloja bosanske uleme može se uzeti sarajevski hroničar Mula Mustafa Firakija (rođen krajem XVIII vijeka i, prema Mehmedu Mujezinoviću, rođeni sin Mula Mustafe Bašeskije). Mustafa Firakija, kao i drugi koje je narod oslovljavao sa "mula", posjedovao je "osrednje" medresansko obrazovanje, bez idžazetname, te je mogao biti imam u mahali, muallim u mektebu ili javni pisar.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Uriel Heyd, op. cit., str. 69.

⁵⁰¹ Zbornik (*medžmua*) Sarajlije Mula Mustafe Firakije iz početka 19. vijeka, s turskog originala preveo i tumačenja dao Derviš M. Korkut, Sarajevo, 1957, umnoženo pisačom mašinom, str. 24.

U Firakijinom Zborniku (*medžmua*), u kome su bilježeni događaji od 1806. do 1813. god., nalazi se "Prijepis pisma što ga je prijatelj prijatelju poslao da ga obavijesti o stupanju na prijestolje novog sultana u Carigradu". Pismo je potpisao Hadžidžaferović Salih Bošnjak, a u njemu, se *nizami džedid* (novi poredak) naziva *nizami jezid*, odnosno "Jezidov / izdajnički poredak", čime se reforme sultana Selima III poistovjećuju s poretkom omraženog emevijskog (omajadskog) vladara Jezida (680-683) odgovornog za smrt hazreti Husejna. U tom pismu pobuna janjičara opisuje se kao šerijatski zasnovan akt protiv novotarija. Pisac pisma, jednako kao i prepisivač, simpatizeri su janjičara i protivnici reformi. Takve stavove Firakija je ponovio i u konceptu svoga pisma upućenog nepoznatom adresantu.⁵⁰²

II. Moderne reforme (1808-1839. i 1839-1876)

Ove vrste reformi započele su sa sultanom Mahmudom II a doživjele vrhunac u doba Tanzimata. Područje proglašavanja reformi je šireno, tako da je, polazeći od vojske, postepeno zahvatilo i druge segmente državnog, pravnog i obrazovnog sistema i društvene etike.

1. Reforme sultana Mahmuda II

Najvažniji aspekt reformi ovog sultana bile su reforme vojske i promjene u nošnji javnih službenika.

Modernizaciju vojske sultan Mahmud II je započeo s uvjerenjem da je kompromitovane ustanove potrebno uništiti, a umjesto njih uspostaviti nove formacije. Da bi u tome uspio, preduzeo je temeljite pripreme: putem Povelje sloge (*Senedi-ittifak*) od 7.X 1808. osigurao je podršku lokalnih moćnika (ajana) a putem fetvi šejhul-islama osigurao je vjerski legitimitet reformama. Sultanu odani šejhul-islam Kadi-zade Mehmed Tefvik-efendija izdao je dvije fetve: o tome da je vojna obuka vjerska zapovijed i da svaki onaj koji ne izvrši tu obavezu podliježe strogim kaznama. Visoka ulema Osmanske carevine je na taj način izvršila "ideološko opravdanje" reforme. Šerijatska odluka koja obrazlaže zakonitost reformi sadrži i slijedeći stav:

⁵⁰² *Ibid*, str. 78-83. i 87-88.

“U cilju uzdizanja, širenja i rasprostiranja istinite Božije riječi, želeći jedino i svesrdno samo to, a kao uslov za pobjede i suprotstavljanje svim neprijateljskim varkama i podvalama, islamska vojska treba da se: prvo, pridržava svih vjerskih propisa i pokorava naredenjima i drugo, da se obuči i uvježba za džihad i nauči ratne vještine. To se mora savladati, drugog izlaza nema, to je očito.

S obzirom na to, a pošto postoji i jednodušno mišljenje cjelokupne savremene uleme (idžmai ummet), odlučeno je da se janjičarski odžaci, onakvi kakvi su do sada bili, ukinu, a da se iz svake jedinice odaberu oni koji će uz platu biti obučeni kao eskindžije (aktivne formacije).⁵⁰³

Dajući šerijatsku legitimnost uvođenju regularne vojske ulema Carigrada je vjerski diskreditovala najljuće protivnike reformi - janjičare i njihove duhovne inspiratore beктаšijski derviški red. Janjičari koji su se pobunili protiv reformističkog sultana 15. VI 1826. proglašeni su za buntovnike protiv vjere i države, a muslimansko stanovništvo je pozvano da nad njima izvrši Božiju kaznu.⁵⁰⁴

Sultan je, s druge strane, svoje vojne reforme ogrnuo u islamsko simboličko ruho. Regularne vojne formacije su nazvane “Uvježbana pobjedonosna Muhamedova, a.s., vojska” (*Muallem-i Asakir-i Mansure-i Muhammedijje*), a u svakoj četi je postavljen po jedan imam. Vjerski udžbenik *Duryetka* postao je obavezni dio obrazovanja vojnika. Nova vojna obuka je nazvana šerijatsko obučavanje” (*ta’lim i šer’i*) a novi borbeni poredak opravdan je 4. ajetom LXI sure (Saff - Bojni red). Ovaj ajet u prijevodu glasi: “Allah voli one koji se na Njegovom putu bore u redovima koji su kao bedem čvrsti”. Riječi “kao bedem čvrsti” (*ke ennahum bunjanun mersus*) protumačene su tako da opravdavaju savremeno uvježbanu nizamsku formaciju).⁵⁰⁵

Na pitanje koji su stvarni razlozi potakli visoku ulemu da podrži reforme sultana Mahmuda II u literaturi se odgovara navođenjem slijedećih razloga: strah od moćnog sultana, povezanost sa dvorom,

⁵⁰³ Citirano prema fermanu upućenom bosanskom valiji hadži Mustafa-paši sredinom zul-kadeta 1241. (juna 1826) - Muvekit, *Tarihi Bosna* (neobjavljeni prijevod Abdulah efendije Polimca u Gazi Husrev-begovoj biblioteci), III, str. 175.

⁵⁰⁴ *Ibid*, III, 169.

⁵⁰⁵ Uriel Heyd, *op. cit.*, str. 74.

netrpeljivost prema janjičarima i beктаšijama, želja za očuvanjem Osmanske carevine kao islamske države pa i po cijenu uvođenja novih ustanova, lično uključivanje u projekte reformi putem preuzimanja visokih državnih službi itd.⁵⁰⁶

Carski ferman o ukidanju janjičara došao je u Bosnu juna 1826.⁵⁰⁷ Javno je pročitano na Musali nakon Kurban-bajrama. Utjecajni janjičari, kojih je najviše bilo u Sarajevu, okupili su svoje pristalice u haremu Careve džamije i izjavili da odbijaju ferman. Iz reda uleme njima su se pridružili Mostarac Ali-efendija, Abadžija Abdulah-efendija i Korkut hadži Ibrahim-efendija. Da bi svojoj akciji osigurali širu podršku sazvali su 3. X 1826. skup predstavnika svih kadiluka tadašnjeg Bosanskog ejaleta (32 kadiluka). Sa ovog skupa upućen je *arzi ilam* sultanu s molbom da se janjičarski odžak zadrži u Bosni, jer je ta formacija osnovana prije tri vijeka "uz saglasnost i na osnovu jakih argumenata šejhul-islama i uleme".

Centralna vlast, odlučna da reforme u potpunosti i dosljedno sprovede, poslala je u Bosnu dva izaslanika da pomognu dovođenje stvari u red. To su bili alim Prilipeli Ahmed-efendija (koji će kasnije biti postavljen za sarajevskog kadiju i ostati na toj funkciji do 13. VIII 1828) i državni službenik Arif-beg. Zbog nesigurne situacije u centru ejaleta izaslanici su ostali u Novom Pazaru nastojeći da pismima privole uglednike i stanovništvo Sarajeva da prihvati reforme.

Za razumijevanje državne politike kršenja otpora reformama značajno je navesti jedan dio carskog fermana u kome su Prilipeli Ahmed-efendiji date instrukcije za djelovanje. U tom dijelu se kaže:

"... Budući da nisu valjani džuma i bajram-namazi, te provođenje šerijatskih propisa u ejaletu koji se protivi šerijatu i mojoj carskoj zapovijedi, treba smijeniti sa položaja sve kadije, naibe i hatibe Bosanskog ejaleta i iza toga nad njima kao nad izdajnicima i buntovnicima primijeniti mjere koje šerijat traži i o provedenom odmah obavijestiti moj carski prijesto."⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ *Ibid*, str. 77-95.

⁵⁰⁷ Tok ovih događaja dat je prema Muvekitu, *op. cit.*, III, str. 156. i dalje.

⁵⁰⁸ Ahmet Cevat Eren, *Mahmud II zamanında Bosna-Hersek*, Istanbul, 1965, str. 80.

Janjičari su, sa svoje strane, nastojali vjerski diskreditovati reforme. Nazvali su ih besmislicama koje ukazuju na približavanje Sudnjeg dana i nedozvoljenim novotarijama ističući svoju riješenost da se pridržavaju odredbi časnog šerijata i kanuna.⁵⁰⁹

Ovakvim pozivanjem na šerijat radi podrške suprotstavljenim projektima društvenog razvoja ulema Bosanskog ejaleta je bila dovedena u situaciju da se mora opredijeliti: za reforme (ili u ideologizovanom obliku za pokoravanje šerijatu i halifi) uz cijenu ostavljanja na milost i nemilost lokalnim janjičarima ili protiv reformi (odnosno u ideologizovanom obliku na sve posljedice nepokoravanja legitimnoj islamskoj vlasti) uz trenutačnu i opozivu podršku mjesnih pobunjenika.

Da bi ubrzala provođenje carskog fermata o ukidanju janjičara, Porta je 22. XII 1826. postavila za bosanskog namjesnika Abdurahim-pašu, dotadašnjeg beogradskog muhafiza. Po preuzimanju dužnosti, ovaj energični vojnik je bujruždijom zatražio od stanovnika Sarajeva da se pokore sultanu. Sarajlije su se počele dijeliti na lojaliste i simpatizere janjičara.

Sarajevski nekibul-ešraf Šerifzade Mustafa Nurudin-efendija odbio je da njegov autoritet bude iskorišten za podršku janjičarske pobune pa je kamenovan od strane pobunjenika 6. I 1827. Taj događaj izazvao je zgražanje i kod onih koji nisu odobravali sultanove reforme, te vjerovatno utjecao i na distanciranje uleme i uglednika od pobunjenika.

Dana 9. II 1827., kako bilježi Muvekit, sastali su se stanovnici Sarajeva nakon džuma-namaza na Vratniku. Sarajevskom muli, kadijama i ostaloj ulemi upućeno je pitanje: "Šta treba činiti u ovom slučaju prema propisima šerijata?" Ulema je odgovorila: "Treba se pokoravati naredbi koja je došla od strane vlasti i koja je u skladu sa šerijatom". Okupljena masa je odgovorila riječima "Čuli smo i pokoravamo se". Na taj način, sarajevska ulema je presudno utjecala da se konačno prihvati carski ferman, onemogućujući razbuktavanje janjičarskog otpora i da se ta formacija, bez većih borbi, dokine u Bosni.⁵¹⁰

⁵⁰⁹ Muvekit, *op. cit.* in. str. 163 i dalje.

⁵¹⁰ Ulogu uleme u prihvatanju reformi u Bosni, "koja je bila uporište konzervatizma", ističe i A. Levy (*op. cit.* str. 29).

Izvjesno razumijevanje za janjičare, koje je sigurno postojalo kod srednje i niže uleme, sadržano je i u pjesmi Mula Mustafe Firakije koja počinje riječima “Piše mahzar bosanska fukara”.⁵¹¹ U pjesmi se ističu zasluge janjičara u Bosni i moli sultan da se njihov odžak očuva.

*“Sultan care, sunce ogrijano,
Što imade janičara amo,
Svi su oni junaci na namu
Poklon’ nama djecu janičare*

*Poklon’ nama djecu janičare
Kad nam dođe paša Dželalija
Š njim dodje Novaljanin Alija
Ah, i oni Ingliz Efendija
Pogazi nas, svjetlo koljeno*

U okviru reformi vojske sultan Mahmud II je uveo i novine u odijevanju državnih, vojnih, civilnih i vjerskih službenika, odnosno pripadnika tri grane državne administracije (od 1835) označenih kao *sejfiye*, *kalemije* i *ilmije*. Budući da su, prema normama tradicionalnog razumijevanja islama, vanjska obilježja imala vjerski karakter stav uleme prema izmjenama u formama odijevanja imao je veliki značaj bilo u pravcu prihvatanja i vjersko-pravnog odobravanja novina, bilo njihovog odbacivanja.

Maja 1828. u osmansku armiju je uveden sjevernoafrički fes umjesto tradicionalne šubare.⁵¹² Javni predavači u Istanbulu su u svojim vazovima počeli dokazivati njegovu vjersku opravdanost a neki su ga odmah počeli i nositi. Sultan Mahmud II je zatim uputio zahtjev da i ulema, pored vojnih i administrativnih službenika, počne nositi fes ali se time suprostavio šejhul-islam Mehmed Tahir-efendija. Zbog nastupajućeg rata sa Rusijom, sultanu nije bilo u interesu da ulazi u sukob sa ulemom, te je ulema zadržala saruke, odnosno bijele turbane (*imame*). Treba spomenuti da su *saruci* proglašeni za

⁵¹¹ Zbornik (*medžmua*) Sarajlije Mula Mustafe Firakije, str. 105-110.

⁵¹² Uriel Heyd, op.cit, str. 70; Avigdor Levy, op.cit. str. 29

obavezni dio nošnje uleme nakon ukidanja janičarskog odžaka. Do tada je ulema nosila *kauke*. Uvođenje novih vanjskih obilježja izazvalo je protivljenje, posebno uleme u pokrajinama. Ahmed Lutfi u svojoj Istoriji, među događajima iz 1244. (1828/29) spominje muderisa Bošnjak Mustafa-efendiju koji je bio protjeran iz Istanbula zato što je u mjesecu ramazanu prilikom vaza u časnoj džamiji na Ejubu izrazio podozrenje prema novoj odjeći i proglasio nevjernikom onoga ko je nosi (*tekfir*). Ovaj alim se priključio pobuni Keleš Mehmeda protiv sultana u pokrajini Ajdin.⁵¹³ U Bosni je sarajevski muftija Muhamed (Mehmed) Šakir-efendija Muidović odbio naredbu o uvođenju saruka i za sobom poveo još nekoliko alima. Šejhul-islam Jasendži-zade Abdulvehab-efendija ga je zbog toga svojom kaimom 24. V 1830 smijenio sa dužnosti i naredio da se briše sa spiska kadija.⁵¹⁴ U pismu bosanskom namjesniku Namik Ali-paši, šejhul-islam je muftiji zaprijetio progonstvom ukoliko bi se nakon smjenjivanja miješao u bilo kakve afere.

Sarajevska ulema nije predložila drugog alima za muftiju umjesto cijenjenog Muidovića, pa je šejhul-islam na to mjesto nominalno postavio izvjesnog Mustafa-efendiju iz Istanbula, koji zbog starosti i neredovanih prilika u ejaletu nije u Bosnu uopšte došao. Budući da je Mehmed Šakir-efendija pristao da zamota saruk i budući da nije učestvovao u pokretu Husein-kapetana Gradašćevića, ponovo je postavljen za sarajevskog muftiju 1832.⁵¹⁵

O tome da je uvođenje nove nošnje nailazilo na otpor muslimanskog stanovništva u Bosni govori u Muvekitov podatak da je namjesnik Namik Ali-paša (1828-1831) veoma hladno dočekan kada je došao sa fesom na glavi. I u toku antireformističkog pokreta Husein-kapetana Gradašćevića, zapovjednik osmanske vojske je tražio od ustanika da obuku uniforme regularne vojske (*elbise-i nizam*).⁵¹⁶

⁵¹³ Ahmed Lutfi, *Tarih*, II, Istanbul 1292. (1875-76), str. 169.

⁵¹⁴ Mehmed Remzi Delić, "Zašto je šejhul-islam smijenio sarajevskog muftiju Muidovića", *Gajret*, 1936, 12, str. 189-191.

⁵¹⁵ Kemura šejh Sejfudin Fehmi bin Ali, *Sarajevske muftije*, Sarajevo, 1916, str. 22-k25.

⁵¹⁶ Muvekit, op.cit. III, str. 267-276.

2. *Tanzimat*

Reforme, poznate pod imenom *tanzimat-i hajrije* ("spasonosne uredbe"), proglašene su hatišerifom od Gulhane 5.X 1839, a potvrđene hatihumajunom (*Islahat fermani*) od 18.II 1856. Tanzimatske reforme su se odnosile na upravu, pravo, sudstvo i obrazovanje i njima je pojačano razlikovanje svjetovnog i religijskog u osmansko-islamskom kontekstu. Pored postojećih, pretežno religijskih, formiraju se nove, pretežno svjetovne institucije.⁵¹⁷ Bitna karakteristika tanzimata je fiksiranje dualiteta normi i institucija. U državnoj upravi obrazuju se nova tijela odvojena od tradicionalnih ustanova. U oblasti prava, proglašena je nova cijelina propisa sekularnog karaktera koji u suštini predstavljaju recipirano evropsko pravo, a samo šerijatsko pravo postalo je predmet reforme i kodifikacije. U oblasti sudstva, pored postojećih šerijatskih sudova formira se svjetovna (*nizamije*) jurisdikcija nadležna za sve podanike Carevine. U oblasti obrazovanja, pored postojećih konfesionalnih škola kreirane su nove obrazovne institucije, koje su trebalo da unaprijede obrazovanje i kulturu svih osmanskih podanika bez obzira na vjeru.

Hatišerif od Gulhane stigao je u Bosnu početkom mjeseca ramazana 1839. Odredbe tog akta o promjenama u pokrajinskoj i lokalnoj upravi počele su u Bosni da se provode tokom 1840/41. godine.⁵¹⁸ U pokrajinska i okružna savjetodavna tijela uključeni su predstavnici uleme, čime su faktički podržali reforme i za njihovo provođenje založili svoj autoritet. U Savjet prvaka zemlje (*Medžlis-i vudžuh-i vilajet*) 1840/41. ušli su sarajevski muftija Mehmed Šakir-efendija Muidović, Gačakli Mustafa-efendija, Fočić Abdulah-efendija i Poprović Sulejman-beg efendija.⁵¹⁹

U upravne savjete ejaleta, sandžaka i kaza formirane nakon 1845. ušle su odgovarajuće muftije, i kadije i drugi alimi. U Sarajevu su u Upravni savjet (*Medžlis-i šura*) iz reda uleme ušli: kadija Abdura-

⁵¹⁷ Niyazi Berkes, *The Development of Secularism in Turkey*, Montreal 1964, str. 155.

⁵¹⁸ Ahmed S. Aličić, *Uređenje Bosanskog ejaleta od 1789. do 1878*, Sarajevo, 1983, str. 57 i dalje.

⁵¹⁹ Ibid.

hman Esad-efendija, muftija Mehmed Šakir-efendija, Uzunić Salih Redžai-efendija, Glođo Ahmed Munib-efendija, Mehmed Hasib-efendija i Telelagić Muhamed Hilmi-efendija.⁵²⁰

Najviše poteškoća u Bosni i u ovo doba bilo je vezano za uvođenje redovne vojske. Kako je poznato, uvođenje redovne vojne obaveze značilo je likvidiranje spahijske vojske a samim i klasičnog osmanskog timarsko-spahijskog sistema. Prihvatanje redovne vojne obaveze za spahije u Bosni značilo je gubitak vojničkog statusa i za njega vezanih privilegija i to je bilo razlogom oružanog otpora reformama pod vođstvom Husein-kapetana Gradaševića. Nakon kraha tog otpora u Bosni se od aktivnih spahija formira rezervna konjica (*redifa*) ili "Osmanska nacionalna garda".

Energična vojna akcija seraskera Omer-paše Latasa u Bosni 1850-1852, bila je u funkciji provođenja reformi ali je, i pored iskazane odlučnosti, polučila ograničene rezultate. Klasični timarsko-spahijski sistem je ukinut (država je preuzela sve timare, izmjenjen je način ubiranja harača) i skršen je otpor bosanskih muslimana prema reformama, ali redovna vojna obaveza nije uvedena.⁵²¹ Tim se pokazalo da vojna akcija može skršiti revolt, ali da ne može biti garant politički poželjnog ponašanja stanovništva.

Do uvođenja redovne vojne obaveze među bosanskim muslimanima doći će tek nakon misije poznatog osmanskog pravnika, historičara i državnika Ahmed Dževdet-paše (1822-1895). On je pripadao redu uleme i u svojoj cjelokupnoj državničkoj aktivnosti oslanjao se na davanje vjersko-pravne legitimnosti reformama u Osmanskoj Carevini, bilo da se radilo o uvođenju redovne vojne obaveze u Bosni, kodifikovanju šerijatskog prava u vidu Medžele ili uvođenju trgovačkih (*tidžarije*) ili svjetovnih (*nizamije*) sudova.⁵²² Ahmed Dževdet-paša je boravio u ejaletu Bosna od 16. VII 1863, do 24. XI 1864. O toj misiji ostale su zabilješke u njegovim pismima iz Bosne, memoarima

⁵²⁰ Ibid, str. 58.

⁵²¹ Ibid, str. 60-76.

⁵²² O životu i djelu ovog reformatora vid. Ebul Ula Mardin, *Medeni hukuk cephesinden Ahmed Cevdet paša*, Istanbul, 1946.

(*Tezakir*) i u knjizi sekretara misije Albanca Paska Vasa-efendije “Bosna i Hercegovina za vrijeme misije Dževdet-efendije”.⁵²³

Dževdet-paša je došao u Bosnu u ulemanskom odijelu (saruk i zeleno džube) sa titulom rumelijskog kadi askera. Imajući u vidu uticaj uleme na ponašanje bosanskih Muslimana, zaključio je da se reforme najbolje mogu provesti ukoliko se dokaže njihova vjerska utemeljenost i osigura podrška uleme.⁵²⁴ Zbog toga je aktivnosti za uvođenje redovne vojne obaveze započeo uz ramazan. Vaizi u Begovoj džamiji su tumačili spomenuti 4. ajet LXI sure (Saff-Bojni red) u smislu potrebe uvođenja regularne, moderno opremljene i uvježbane vojske. Nakon Ramazanskog bajrama u Sarajevu je sazvan skup bosanskih uglednika (*erkan-i ejalet*), među kojima su bili i četvorica muftija (sarajevski, mostarski, travnički i gradačački). Nakon višednevnog vijećanja uglednici su, pod rukovođenjem Dževdet-paše, donijeli zaključak da se regrutuju regularne trupe, da redovna vojna obaveza traje tri godine a rezervna devet godina i da Bosanci služe vojsku unutar granica Bosanskog ejaleta. Dževdet-pašine napore su posebno podržali hatib Begove džamije Kaukčija Abdulah-efendija, koga Dževdet-paša spominje po krasnoj bajramskoj hutbi, travnički muftija Korkut Muhamed Derviš-efendija (1792-1877) i sarajevski muftija Mustafa Hilmi-efendija Omerović (1816-1895). Ovaj posljednji je nakon vijećanja uglednika ejaleta izjavio: “Ko bi se kasnije protivio ovim zaključcima s kojim smo sada svi saglasni, neka je svima poznato, izdaću fetvu da ga smaknu”.⁵²⁵ Praksa vjerskog legitimisanja reformi vojske, te argumenti korišteni u vrijeme Mahmud II (džihad kao farz-i kifaye odnosno skupna obaveza muslimana, ajet 4. sur LXI itd) korišteni su i u Bosni u vrijeme Dževdet-pašine misije.

Dževdet-paša je postigao uspjehe i prilikom sprovođenja reformi u drugim granama državne uprave, prava, sudstva i obrazovanja. U literaturi je zabilježen jedan slučaj otpora njegovoj misiji. Pasko Vasa-efendija navodi da se izvjesni Arif-efendija iz Mostara usprotivio

⁵²³ Prevod na srpskohrvatski jezik u izdanju “Veselin Masleša”, Sarajevo, 1958.

⁵²⁴ Hamdija Kreševljaković, *Dževdet-pašina pisma o Bosni iz 1864. godine*, Sarajevo, 1932, str. 14-21.

⁵²⁵ Ibid, str. 20.

Dževdet-paši kada je ovaj dozvolio da se u kajmekamluku (okrug) Hercegovina neiskorišteno državno zemljište ustupi uz protivnaknadu hrišćanskim zamljoradnicima.⁵²⁶ U to vrijeme u Mostaru je bio poznati muderis Kajtaž Arif-efendija (u 23.XII 1897), školski drug Omerović Mustafa Hilmi-efendije sa carigradskih studija, ali nemamo bližih podataka koji govore da je riječ o istoj osobi. U svakom slučaju, odluka Dževdet-paše o korištenju spomenutog državnog zemljišta u Hercegovini je provedena u djelo i suzbijen je svaki otpor među muslimanskim zemljoposjednicima i, eventualno, ulemom koji su smatrali da je protežiranje muslimana u pogledu korištenja državnog zemljišta prirodno stanje stvari. O velikim uticaju uleme i drugih muslimanskih uglednika na prihvatanje novih školskih ustanova u Bosni u drugoj polovini XIX vijeka govori i Bračковиć Husein-efendija u spisu "Mala istorija događaja u Hercegovini"⁵²⁷ On kaže: "Priča se da su se muslimani, kada je u Mostaru (1858/59-op.F.K.) otvorena mekteb-i rušdija, sustezali i kolebali da šalju djecu u ovu školu, a ako bi bili podsticani od strane vlasti, još više bi se opirali tome. Međutim, kada bi neki koji su bili svjesniji i na položajima svoju djecu slali u spomenutu školu, to bi u izvjesnoj mjeri podstaklo i druge."

Izvor: *Anali Gazi Husrevbegove biblioteke u Sarajevu*,
XVII-XVIII/1996, str. 221-231.

⁵²⁶ Pasko Vasa-efendija, op.cit, str. 80.

⁵²⁷ Zejnil Fajić, "Mala istorija događaja u Hercegovini (Iz Bračковиčkog autografa u Gazi Husrev begovoj biblioteci)", *Anali Gazi Husrevbegove biblioteke*, II-III, Sarajevo, 1974, str. 105.

PITANJE JAVNOPRAVNOG PRIZNANJA ISLAMA U JUGOSLOVENSKIM KRAJEVIMA NAKON PRESTANKA OSMANSKE VLASTI

Javnopravno priznanje označava da je islam u određenoj zemlji zadobio status zakonom priznate vjere. Ovaj status je uključivao pravo javnog ispovijedanja islamskog učenja, vršenja vjerskih obreda i grupisanja vjernika u vjersku zajednicu. Zakonom priznate vjerske zajednice u zemljama u kojima je postojala povezanost vjere i države uživale su status pravnih lica javnog prava što je značilo da imaju posebne veze s javnim vlastima i da posjeduju pogodnosti koje ne pripadaju pravnim licima privatnog prava.⁵²⁸

U gotovo svim jugoslovenskim zemljama u vrijeme nakon prestanka osmanske vlasti postojala je povezanost vjerskih zajednica i državne vlasti. Zbog toga je javnopravno priznanje islama predstavljalo pokazatelj opšteg pravnog položaja muslimanskog stanovništva, pa se u tom kontekstu treba i istraživati.

I.

Pitanje regulisanja pravnog položaja muslimanskog stanovništva postavljeno je u jugoslovenskim krajevima u toku borbe za oslobođenje od osmanske vlasti. Njegovo rješavanje se odvijalo na dva plana: međunarodnom i unutrašnjopolitičkom.

⁵²⁸ Podjela na javno i privatno pravo pripada klasičnoj teoriji prava. Prihvaćena je u pravnim sistemima građanskih država. Javno pravo obuhvata one grane prava u kojima je bar jedna strana nosilac javne vlasti koji se pojavljuje kao takav. Time se javno pravo razlikuje od privatnog prava, gdje su obje strane lišene tog svojstva. Kriteriji razlikovanja javnog i privatnog prava ni u teoriji građanskih država nisu opšteprihvaćeni. Savremena jugoslovenska pravna teorija ovu podjelu ne prihvata. (Up. *Pravna enciklopedija*, Beograd 1979, str. 493)

Na međunarodnom planu, velike evropske sile su inicirale unošenje posebnih klauzula u pojedine međunarodne ugovore kojima su oslobođene i novouspostavljene balkanske države obavezne da muslimanskom stanovništvu na svom području osiguraju zaštitu vjere i nesmetano uživanje građanskih prava. Od jugoslovenskih zemalja, ovakve obaveze su preuzele Srbija i Crna Gora na osnovu Berlinskog ugovora o miru iz 1878.⁵²⁹

Na unutrašnjopolitičkom planu, Srbija i Crna Gora su pristupile regulisanju pravnog položaja muslimanskog stanovništva u toku opšteg pravnog uređenja stanja u oslobođenim i prisajedinjenim krajevima. To je činjeno u namjeri da se muslimanima osigura osnova za uključivanje u novi državnopravni sistem i da se zadovolji evropsko javno mnijenje koje je od balkanskih država zahtijevalo i očekivalo politiku vjerske snošljivosti i građanske jednakosti.

Pitanje regulisanja pravnog položaja muslimanskog stanovništva postavilo se i pred Austro-Ugarsku monarhiju nakon što je dobila mandat da okupira Bosnu i Hercegovinu. Međutim, pravno-političke posljedice okupacionog mandata i ciljevi intervencije evropskih država u pitanja Osmanske carevine dali su rješenju ovog pitanja u BiH nešto drugačiji vid nego što je to bio slučaj sa stanjem u Srbiji i Crnoj Gori.

II.

Osmansko odstupanje s Balkana, intenzivirano porazom u ratu 1876–1878. god. šokiralo je muslimane na ovom području. Državno-pravna i kulturna veza s Osmanskom carevinom i Istokom se kidala a umjesto toga nametala se potreba uključivanja u državnopravne zajednice naroda koji su pripadali drugoj vjeri. Istovremeno, muslimanske skupine na Balkanu zakoračile su u kulturnu sferu srednje i jugoistočne Evrope. Kad se ima na umu da se muslimansko stanov-

⁵²⁹ Više o tome, vid. Vladimir – Đuro Degan, "Međunarodnopravno uređenje položaja Muslimana sa osvrtom na uređenje položaja drugih vjerskih i narodnih skupina na području Jugoslavije", *Prilozi Instituta za historiju radničkog pokreta u Sarajevu*, VIII (1972), str. 55-105.

ništvo u to vrijeme prvenstveno vjerski identifikovalo, jasno je kakav je učinak imalo javnopravno priznanje na odvijanje ovih procesa.

Sam akt priznanja islama u pojedinim jugoslovenskim državama bio je određen načinom na koji je u konkretnom slučaju bio regulisan odnos države i crkve.

U Srbiji je, godinu dana nakon povlačenja turskih garnizona, ukazom kneza Mihaila Obrenovića od 18. V 1868. muslimanskom džematu u Beogradu predana na korištenje Bajrakli džamija, određena državna pomoć za njeno održavanje i plata vjerskih službenika.⁵³⁰

U ovim postupcima kneza Mihaila vidimo akte političke i vjerske tolerancije muslimana ali i implicitno priznanje islamske vjere (pravo vršenja vjerskih obreda, javnog ispovijedanja i grupisanja u vjersku opštinu). Ovo priznanje je pretočeno u zakonski tekst nakon ratova s Turskom 1876–1878, kada se suverenitet Srbije proširio na teritorije sa znatnim dijelom muslimanskog stanovništva. Privremeni zakon o uređenju oslobođenih predjela izdan 3. I 1878. u Nišu sadržavao je slijedeće odredbe:

“Zakon srpski daje zaštitu građaninu srpskom hrišćanske kao i građaninu srpskom muslimanske ili koje druge zakonom priznate vere” (61, 76)

“Građanin muhamedanske kao i građanin hrišćanske i svake druge zakonom priznate vere, ima pravo i slobodu na javno izvršivanje verozakonskih obreda veroispovesti svoje” (61. 77)⁵³¹

Gotovo identične navode sadrži i Uredba o uređenju oslobođenih oblasti izdata u Beogradu 18. VIII 1913. nakon poraza Turske u balkanskom ratu i prestanka osmanske vlasti u Novopazarskom sandžaku, Kosovu i Makedoniji.⁵³²

Kao obilježje javnopravnog priznanja islama u Srbiji pojavljuje se i važenje šerijatskog prava u porodičnim i statusnim pitanjima mu-

⁵³⁰ Mehmed Begović, *Vakufi u Jugoslaviji*, Beograd, 1963, str. 6.

⁵³¹ *Zbornik zakona i uredaba izdanih u Knjaževstvu Srbiji od 5. avgusta 1877. do 12. juna 1878*, 32. (XXXII), Beograd, 1878, str. 266.

⁵³² *Srpske novine*, br 181, 21. VIII 1913.

slimana, što je osnaženo Uredbom o uređenju sudova i o sudskom postupku u prisajedinjenim oblastima stare Srbije od 7. VI 1914. (61. 52).⁵³³

Pitanje priznanja islama u Crnoj Gori takođe se postavilo nakon ratova 1876–1878. god., kada je pet turskih kadiluka došlo u okvir ove države i prešlo put od vjerske i političke tolerancije muslimana do priznanja islama *via facti*. U odsustvu drugih zakonodavnih faktora, izjave i akti Knjaza Nikole predstavljali su osnovu javnopravnog priznanja islama. Tu u prvom redu mislimo na okolnost da je Knjaz nekoliko godina nakon prisajedinjenja oslobođenih krajeva imenovao vjerskog starješinu crnogorskih muslimana – muftiju – davši mu ovlaštenje i da sudi muslimanima po šerijatu “onako isto kao što je bilo u turski vakat”.⁵³⁴ Imenovanje vjerskog starješine i pravo primjene vjerskog prava očigledno su obilježja javnopravnog priznanja islama.

U prijestonj besjedi pred skupštinom na Nikoljdan 1905. crnogorski vladar je podsjetio da je muslimane, “koji ne ustupaju dobrim vladanjem, radom i poslušnošću svojim hrišćanskim sugrađanima”, izravnjao u slobodama i pravima s njihovom krštenom braćom u državi, ne sprečavajući im ni održavanje duhovnih veza s halifom u Carigradu.⁵³⁵

Na status islama kao priznate vjere ukazuje i Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. koji je među vlasnike (imaonike) vjerskog značaja svrstao i “sve nehrišćanske bogomolje i druga postojana vjerska uređenja (npr. muhamedanske džamije itd.) ukoliko je država samu vjeru priznala” (čl. 717).⁵³⁶ Za razmatranje priznanja islama u Crnoj Gori značajan je i Zakon o sudskom postupku u građanskim parnicama od 1. XI 1905. koji u čl. IV uvodne odredbe propisuje:

⁵³³ *Srpske novine*, br 126, 10. VI 1914.

⁵³⁴ M. Karađuzović, “Crnogorski i bosanskohercegovački muslimani i nadležnost šerijatskih sudova”, *Glas Crnogorca* (Cetinje), br. 4, 31. I 1912.

⁵³⁵ *Isto*.

⁵³⁶ *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru, novo zvanično izdanje*, Cetinje 1898.

“Duhovne sudske vlasti i šerijatski sudovi vršiće i ubuduće sudsku vlast u bračnim sporovima ukoliko se predmetni sporovi ne bi odnosili na imovinsko pravo”

Priznanje primjene šerijatskog prava i nadležnosti šerijatskih sudova podrazumijeva i priznanje islama kao vjere. Potvrda uspostavljenog stanja sadržana je i u sažetoj odredbi čl. 129. crnogorskog ustava od 6. XII 1905:

“Unutrašnja uprava Muhamedove vjeroispovijesti pripada muf-tiji Crnogorskom”.⁵³⁷

U Srbiji i Crnoj Gori pravoslavlje je bilo državna vjera i druge vjere, među njima i islam, su zakonom ili drugim pravnim aktima zadobijale javnopravno priznanje koje je povlačilo ranije spomenute posljedice.

U BiH u vrijeme osmanske vlasti islam je imao status državne vjere. Faktički a kasnije i pravni prestanak sultanovih suverenih prava na ovu teritoriju odrazio se i na status islama. Od državne vjere on će postati jedna od zakonom priznatih vjera.⁵³⁸

Pošto je okupacija podrazumijevala zadržavanje postojećeg pravnog stanja u zemlji, nije se postavilo pitanje priznanja islamske vjere već uređenja odnosa okupacionih vlasti i vjerskih zajednica u BiH na načelu vjerske jednakosti zbog čega je, pored ostalog, Austro-Ugarska zvanično tražila mandat za okupaciju.

Zbog umirenja bosanskohercegovačkih muslimana, prilikom provođenja i regulisanja okupacije, Austro-Ugarska se više puta obavezala na poštovanje islamske vjere (proklamacija na narod BiH koju je general Josip Filipović izdao u ime monarha, Konvencija o regulisanju okupacije BiH od 21. IV 1979). Međutim, za priznanje javnopravnog statusa islamske vjerske zajednice važna je okolnost kontinuiranog funkcionisanja šerijatskih sudova i njihovo normiranje naredbama austrougarskih vlasti,⁵³⁹ kao i uspostavljanje islam-

⁵³⁷ *Ustav za Knjaževinu Crnu Goru*, drugo izdanje, Cetinje, 1907.

⁵³⁸ Up. Eugen Sladović, *Ženidbeno pravo*, Zagreb 1925, str. 96.

⁵³⁹ *Zbirka naredaba za šerijatske sudove 1878 – 1900*, Zemaljska vlada i Vrhovni sud za BiH, Sarajevo, bez godine izdanja.

skog vjerskog starješinstva odvojenog od kancelarije šejhul-islama u Carigradu. Carskim dekretom od 17. X 1882.⁵⁴⁰ kojim je imenovan reisul-ulema i četiri člana ulemai-medžlisa, ustanove konstruisane po uzroku na sinod hrišćanske crkve, islam je potvrđen kao zakonom priznata vjera a njeni sljedbenici kao vjersko udruženje koje država štiti ali i nadzire (odobrava izbor vjerskog poglavara, proglašenje i izvršenje propisa vjerske administracije i sl.).

Nakon aneksije BiH 1909. Austro-Ugarska je mogla da pristupi ozakonjenju vjerske politike iz okupacionog perioda. Zemaljski ustav za BiH od 17. II 1910. u čl. 8. je kao priznata vjerska udruženja (zajednice) naveo: islamska, srpsko-pravoslavna, rimo-katolička, grko-katolička, evangelička augsburškog i helvetskog zakona i jevrejska.⁵⁴¹

U BiH je na području odnosa države i vjerskih zajednica prihvaćeno rješenje poznato pod imenom "sistem priznatih vjerskih zajednica" ili "sistem pravne države", koji je važio u Austro-Ugarskoj monarhiji. Proglašena je sloboda vjere i savjesti, vršenje vjerezakona u kući ujamčeno je svakome a javno samo članovima priznatih vjerskih udruženja ukoliko to nije u protivnosti s javnim obzirima. Po ovom sistemu država na osnovu svog suvereniteta odlučuje koje će vjere i ukoliko "priznati", tj. dozvoliti njihovim sljedbenicima da obrazuju vjerske zajednice i javno vrše vjerske obrede. Kao korporacije javnog prava, vjerske zajednice su uživale niz prednosti nad privatnopravnim licima kao što je oslobađanje od poreza ili "stvarni imunitet", te pravo ubiranja vjerskog poreza. Državni funkcioneri su učestvovali u vjerskim manifestacijama, a vjera i vjerski obredi su uživali krivičnopravnu zaštitu, itd. S druge strane, država je vršila pravo nadzora nad vjerskim zajednicama.⁵⁴²

Značajno je spomenuti da je Zemaljska vlada za BiH svojim aktom br. 27698/1 od 9. II 1902. odredila da se kao zakoniti naziv upo-

⁵⁴⁰ *Sarajevski list*, g. V, br. 150, 5. XII 1882.

⁵⁴¹ *Glasnik zakona i naredaba za BiH*, 1910/II, str. 21 i dalje.

⁵⁴² Toma Pavlović, "Odnos državnoga i crkvenoga zakonodavstva, naročito s obzirom na zaključenje braka", *Spomenica VI Glavne skupštine Kongresa pravnika Kraljevine Jugoslavije u Zagrebu dana 7 - 9. IX 1934.*, Zagreb 1935, str. 42.

trebljavaju izrazi “muslimani” za sljedbenike islama i “islamska vjera” za samu vjeru.⁵⁴³

Aneksija BiH postavila je pred državnopravne cjeline Austro-Ugarske monarhije pitanje regulisanja pravnog statusa islama. Bosanskohercegovačko stanovništvo je pravno postalo podanicima austro-ugarskog monarha a kretanje i nastanjivanje muslimana u zemljama Monarhije postalo je svakodnevna pojava. Pitanje javnog iskazivanja islamske vjere i običaja bilo je potrebno zakonski urediti.

U jugoslovenskim zemljama koje su do 1918. bile uključene u državnopravni okvir Dvojne monarhije to je učinjeno putem donošenja dva zakonska teksta. Za Sloveniju i Dalmaciju važio je Zakon o priznanju sljedbenika islama po hanefitičkom obredu kao vjerozakonsko društvo od 15. VII 1912.⁵⁴⁴ a za Hrvatsku i Slavoniju Zakon o priznanju islamske vjeroispovijesti od 27. III 1916.⁵⁴⁵ Oba zakona sadrže gotovo istovjetne ideje i rješenja o regulisanju statuta islama i muslimana.

Na prvom mjestu, islam je uvršten među zakonom priznate vjeroispovijesti (čl. 6. zakona od 15. VII 1912., odnosno čl. 1. zakona od 27. III 1916).

Oba zakonska teksta navela su i posljedice koje proističu iz javno-pravnog priznanja islama. Sljedbenici islama (“muslimani” prema zakonu od 27. III 1916) imaju pravo u granicama zakona svoju vjeru javno ispovijedati, svoje vjerske, nastavne i zakladne poslove samostalno uređivati i njima upravljati ali bez uštrba na pravo vrhovnog državnog nadzora (čl. 1. zakona od 27. III 1916.) Islamska vjerska zajednica (po zakonskoj terminologiji “muslimanska vjerozakonska zajednica”, odnosno “vjerozakonsko društvo sljedbenika islama po hanefitičkom obredu”) u pogledu svoje ličnosti, ispovijedanja vjere i

⁵⁴³ E. Sladović, *Priručnik zakona i naredaba za upravnu službu u BiH*, Sarajevo, (1915), str. 136.

⁵⁴⁴ *List državnih zakona za kraljevine i zemlje zastupane u Carevinskom vijeću*, 1912, str. 875-876. (Za prijepis integralnog teksta ovog zakona dugujem zahvalnost Ishaku Aleševiću, imamu u Ljubljani).

⁵⁴⁵ *Zbornik zakona i naredaba valjanih za Kraljevine Hrvatsku i Slavoniju*, 1916, str. 149 – 151.

u pogledu vjerskih službenika uživa istu pravnu zaštitu kao i druge zakonom priznate vjeroispovijesti. (čl. 6 zakona od 15. VII 1912, odnosno čl. 2. zakona od 27. III 1916.)

Država ima pravo nadzora nad radom Islamske vjerske zajednice. U slučaju kad ova prekorači svoj djelokrug, upravne vlasti će primijeniti zakonita prisilna sredstva (čl. 5. zakona od 15. VII 1912, odnosno čl. 6. zakona od 27. III 1916.) Nauka, uredbe i običaji islama uživaju državnu zaštitu ukoliko nisu u suprotnosti s državnim zakonima čl. 6. st. 2 zakona od 15. VII 1912., odnosno čl. 2 st. 2 zakona od 27. III 1916.) Na osnovu ovog propisa u zemljama Austro-Ugarske monarhije, osim BiH, nije bilo dozvoljeno višeženstvo muslimana.

Aktima o javnopravnom priznanju islama u Austro-Ugarskoj muslimanima nije bilo priznato pravo primjene šerijata u bračnim, odnosno porodičnim i nasljednim stvarima. Predviđeno je da se primjenjuje opće građansko pravo sve dok se to pitanje ne uredi posebnim zakonom (čl. 7. zakona od 15. VII 1912, odnosno čl. 7. zakona od 27. III 1916)

Zapaža se da je do priznanja islama u Austro-Ugarskoj došlo neposredno pred Prvi svjetski rat (Slovenija i Dalmacija), odnosno u toku rata (Hrvatska i Slavonija). Izgleda da su u korist priznanja islama djelovali ne samo razlozi pravne prirode već i okolnosti političkog oportuniteta (pokušaj osiguranja lojalnosti muslimana prema Monarhiji)

Na ovaj način, islam je bio javnopravno priznat u jugoslovenskim zemljama prije 1918.

U Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, odnosno Jugoslaviji, prihvaćen je sistem priznatih vjerskih zajednica. To znači da je zadržana povezanost vjerskih zajednica i države i da je usvojeno načelo ravnopravnosti usvojenih vjeroispovijesti. Ustav Kraljevine SHS od 28. VI 1921. (Vidovdanski) proglasio je u čl. 12.:

“Usvojene veroispovesti ravnopravne su pred zakonom i mogu svoj verozakon javno ispovedati” (st. 1)

“Usvajaju se one vere, koje su u ma kom delu Kraljevine već dobile zakonsko priznanje. Druge vere mogu biti priznate samo zako-

nom. Usvojene i priznate vere samostalno uređuju svoje unutrašnje verske poslove i upravljaju svojim zakladama i fondovima u granicama zakona” (st. 3)⁵⁴⁶

Pošto je u pojedinim dijelovima jugoslovenske države islam zadobio zakonsko priznanje prije 1918. god., to je i uvršten u red priznatih i usvojenih vjeroispovijesti. U periodu 1918-1941. u Jugoslaviji je za muslimane važno šerijatsko pravo u pitanjima porodičnog i nasljednog prava i stvarima islamskih zadužbina (čl. 109. Vidovdanskog ustava). Postavlja se pitanje do kada su važili zakoni o priznanju islama u pojedinim pravnim područjima predratne jugoslovenske države. Ovo pitanje je interesantno s obzirom na okolnost da je u periodu prije 1918. priznanje islama vršeno na dva načina: ili je priznat samo islam kao vjera (Slovenija i Dalmacija, Hrvatska i Slavonija) ili je priznat islam zajedno sa određenim granama islamskog prava (BiH, Srbija i Crna Gora).

Iako je Vidovdanski ustav sadržavao garanciju postojanja šerijatskih sudova, postojeće stanje u pogledu primjene šerijatskog prava kao specifičnosti javnopravnog priznanja islama zadržano je sve do donošenja Zakona o uređenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama 21. III 1929.⁵⁴⁷ Ovim zakonom, šerijatsko pravo je zadobilo obavezno važenje na cjelokupnoj teritoriji jugoslovenske države. Nakon toga je uslijedio i Zakon o Islamskoj vjerskoj zajednici Kraljevine Jugoslavije od 31. I 1930., koji je jedinstveno riješio pitanje uprave Islamske vjerske zajednice na jugoslovenskom državnom području.⁵⁴⁸ U čl. 1. ovog zakona ističe se:

“Svi muslimani u Kraljevini Jugoslaviji sačinjavaju jednu samostalnu Islamsku versku zajednicu, pod reisul-ulemom kao vrhovnim verskim starešinom.

Islamska verska zajednica javno ispoveda i uči svoju islamsku veru, javno vrši svoje islamske verske dužnosti, i samostalno upravlja

⁵⁴⁶ Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (obnarodovan u br. 142 *Službenih novina* na Vidovdan 28. juna 1921. god. U Beogradu), Državna štamparija Kraljevine SHS, Beograd, 1925.

⁵⁴⁷ *Službene novine*, br. 73 – XXIX, 28. III 1929.

⁵⁴⁸ *Službene novine*, br. 29 – X, 7. II 1930.

i uređuje svoje verske, versko-prosvetne i vakufske poslove”.

Nakon Austro-Ugarske u BiH, stara Jugoslavija je obratila pažnju na pitanje jedinstvenog regulisanja naziva za islamsku vjeru i njene sljedbenike. Predsjedništvo Ministarskog savjeta Kraljevine Jugoslavije je 4. VIII 1932. izdalo naređenje br. 1738 svim ministarstvima po kome se pripadnici islama u službenim aktima imaju nazivati i bilježiti imenom “musliman” a vjeroispovijest “islamska vjera” ili “islamska vjeroispovijest” ili samo “islam”.⁵⁴⁹ Time je na jugoslovenskom području bila zvanično dokinuta neujednačenost zakonske terminologije u ovom pitanju (muhamedanac, muslim, musliman).

III.

Javnopravno priznanje islama u pojedinim državama na jugoslovenskom prostoru predstavljalo je važan faktor u procesu društvene integracije muslimanskog stanovništva te njegovom vjerskom i kulturnom životu u periodu nakon prestanka turske vlasti. S druge strane, samo zakonsko priznanje nije islamu osiguravalo da u konkretnom vremenu ili državnom okviru i stvarno ima takav položaj. Na realizaciju garantovanog pravnog položaja utjecali su i mnogi vanprivredni momenti (naslijeđe iz prošlosti, opšti raskorak između proklamovanog i stvarnog stanja u pojedinim državnim cjelinama, politizacija vjerskih zajednica i sl.) U ovom radu se ne može šire ulaziti u razmatranje djelovanja ovih faktora pošto je pažnja posvećena pravnom aspektu pitanja priznanja islama. Može se zato zaključiti da je javnopravno priznanje islama u jugoslovenskim zemljama imalo značaj u vrijeme kada je država pojedinim vjerskim zajednicama dodjeljivala priznanje i kada su na taj način usvojene vjerske zajednice imale status privilegovanih korporacija javnog prava.

Nakon socijalističke revolucije u Jugoslaviji prihvaćen je princip odvajanja vjerskih zajednica od države a vjera je proglašena za privatnu stvar građana. Vjerske zajednice se smatraju privatnopravnim

⁵⁴⁹ *Glasnik Vrhovnog starješinstva Islamske vjerske zajednice Kraljevine Jugoslavije*, br. 2/1934, str. 96.

udruženjima (građanskim pravnim licima), pa država ne “priznaje” i ne “usvaja” pojedine vjere niti njihovim sljedbenicima daje poseban status. Samim tim i pitanje javnopravnog priznanja islama je zadržalo samo historijski značaj.

Izvor: *Anali Gazi Husrevbegove biblioteke u Sarajevu*, vol. XI-XII, 1985, str. 113-120.

GLAVNE TENDENCIJE U PRAVNOM UREĐENJU VAKUFA U NEKIM MUSLIMANSKIM ZEMLJAMA 1850-1950.

Polovina 19. vijeka uzima se u historiji šerijatskog prava za početak perioda bitnih promjena koje se izražavaju u recepciji evropskih prava u muslimanskim zemljama, prožimanju islamskog prava evropskim konceptima, pokušajima unutrašnje obnove islamske pravne nauke, ograničavanju primjene šerijatskog prava na pitanja ličnog statusa, porodičnih i nasljednih odnosa i sužavanju nadležnosti i značaja šerijatskih sudova. Ova usmjerenja su u toku prve polovine 20. vijeka zadobila izgrađen pozitivnopravni oblik, tako da ih je i moguće u cjelini sagledati i ocijeniti. Važna je okolnost da je do finaliziranja procesa promjena došlo u okviru samostalnih pravno-političkih cjelina izgrađenih na načelima evropske teorije države, tako da završni pozitivnopravni oblici nose pečat nacionalne posebnosti.

U procesu ovih promjena i ustanove šerijatskog prava doživjele su različitu sudbinu. Neke su potisnute recipiranim pravom, neke zadržane, neke modifikovane. Treba svakako imati na umu da su neke zemlje, posebno one na Arabijskom poluosrtvu, ostale izvan ovog procesa promjena. Postavlja se pitanje sudbine vakufa u ovom vremenu brzih i dubokih promjena. Naime, vakuf - otjelotvorenje islamskog koncepta "trajnog dobročinstva" (*sadeka džarije*) - zadobio je u i konkretnim državopravnim cjelinama sasvim određenu društvenu funkciju koja je bila fiksirana u pravu i običajima. Kakvu je sudbinu doživio vakuf u procesu promjena u kome su tradicionalni državni i pravni koncepti počeli bivati preispitivani i osporavani? Koji su faktori bili odlučujući za prihvatanje jednog od više mogućih pozitivnopravnih rješenja? Kakva je stvarna uloga i budućnost vakufa na kraju jednog i početku drugog perioda historije islamskog prava?

Analiza glavnih tendencija na području pravnog regulisanja vakufa biće ograničena na zemlje u kojima je šerijat očuvao poziciju pozitivnog prava, dok će vakufi u drugim zemljama biti spomenuti pri prikazivanju opšteg stanja ovih dobara u periodu 1850 -1950.

1. Stanje vakufa i njihovo pravno uređenje u drugoj polovini 19. vijeka

U islamskoj pravnoj nauci razvijena je, kako je poznato, individualistička koncepcija dobrotvornih ustanova. Vakuf je dobro čija je suština izuzeta iz poslovnog prometa a prihodi (pravo upotrebe i korištenja) namijenjeni za svrhe koje određuje sam dobrotvor. Jedno opšte šerijatsko pravilo glasi "Volja vakifa ima snagu naloga Zakonodavca" (šurutul-vakifi ke nassi-š-šari'i). Početni individualizam u pogledu ocjenjivanja i konkretne svrhe uvakufljenja, predmeta uvakufljenja i lokacije objekta kasnije je ograničavan državnom inicijativom, tako da su osmanski sultani pojedinim uglednicima davali instrukcije o svrhama koje imaju prioritet prilikom uvakufljenja. Vakufi su, međutim, i dalje ostajali finansijski i administrativno autonomne fondacije.⁵⁵⁰

Tokom historije broj ovakvih autonomnih fondacija je stalno rastao. Do toga je dovelo djelovanje različitih činilaca: vjerska motivacija, humanitarna osjećanja, namjera da se očuva imovina u nesigurnim vremenima, osiguraju potomci dobrotvora (porodični vakufi) itd.

O stvarnom obimu vakufa u drugoj polovini 19. vijeka ne posjedujemo precizne ni pouzdane podatke. Za neke zemlje postoje popisi vakufskih nekretnina, za druge imaju procjene poznavalaca. U cjelini se može reći da mnogo više vjerodostojnih podataka o stanju vakufa postoji za zemlje i krajeve koji su došli pod kolonijalnu upravu ili drugi oblik kolonijalne zavisnosti nego što je to slučaj sa vakufima koji su ostali u okviru država zasnovanih na tradicionalnim koncep-

⁵⁵⁰ H. Inaldžik, *Osmansko Carstvo*, Beograd 1974, str. 201; H. A. R. Gibb – H. Bowen, *Islamic society and the West*, vol. I, part II, Oxford University Press, 1957, str. 165-178.

cijama. U literaturi se spominje da je u Osmanskoj carevini u drugoj deceniji 20. vijeka na vakufske zemlje (erazi-mevkufe) otpadalo 2/3 obradivog zemljišta. Prema istim podacima u Alžiru je krajem 19. vijeka vakufima pripadalo 1/2 obradivog zemljišta, u Tunisu 1/3, u Egiptu 1/8.⁵⁵¹

Preciznije podatke o vakufima u ovom dobu imamo za područje Centralne Azije. U posljednjim decenijama 19. vijeka u Turkestanu je u svojini vakufa bilo 426 566 tanapa zemlje, brojni objekti (saraji, mlinovi, kuće, banje, pekare) i gotovi novac što je sve zajedno donosilo ukupni prihod od 195 000 zlatnih rubalja.⁵⁵² U emiratu Buhara u to doba je vakufima pripadalo više od 200 000 desetina zemlje a vakufski zemljišni fond u hanatu Hiva procijenjen je na 165 - 170 000 tanapa.

I ovi nedostatni podaci dopuštaju zaključak da su vakufi u ovo doba predstavljali značajanu koncentraciju sredstava za rad, privrednih i stambenih objekata i gotovog novca. Samim tim, države na čijoj teritoriji su postojali ovi vakufi nisu mogle biti nezainteresovane prema ovom potencijalu. S druge strane, položaj vakufa kao autonomne fondacije otvarao je mogućnost zloupotrebe od strane nesavjesnih upravitelja (mutevelija) i nadzornika (nazira), pa je i to bio razlog za intervenisanje nekih muslimanskih država u domen vakufske uprave.

Jedna od prvih reformnih mjera osmanskog sultana Mahmuda II bilo je osnivanje posebnog tijela (Evkaf nezareti) koje je od 1826. dobilo u nadležnost neposrednu upravu carskim vakufima i kontrolu nad funkcionisanjem ostalih vakufa.⁵⁵³

Vakufi su, s obzirom na način uprave, podijeljeni u nekoliko kategorija. Tu su u prvom redu bili *evkafi mazbuta* ili "uzapćeni vakufi", odnosno ona vakufska dobra kojima je neposredno upravljalo ministarstvo vakufa Osmanske države. U ovu kategoriju su ubrajani

⁵⁵¹ A. A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law*, Oxford University Press (Delhi), 1981, str. 276-277.

⁵⁵² U. M. Ahmedžanov, *Institut vakfnoj sobstvenosti v musul'manskom prave*, Teškent 1953, str. 417.

⁵⁵³ A. Heidborn, *Droit public et administratif de l'Empire Ottman*, Vienne-Leipzig 1909, str. 312 i dalje.

vakufi sultana i članova njihove porodice, vakufi gdje su izumrli potomci mutevelija određenih vakufnamom i vakufi koje je preuzelo ministarstvo vakufa a mutevelijama odredilo godišnju naknadu za to. Uprava ovim vakufima bila je uređena naredbom od 9. safera 1297. (1879). Drugu kategoriju su predstavljali *evkafi gajri mazbuta* ili “zavisni vakufi”, odnosno ona vakufska dobra kojima upravljaju mutevelije označene vakufnamom ali pod nadzorom ministarstva vakufa. Treću kategoriju su činili *evkafi mustesna* ili “izuzeti vakufi, odnosno ona vakufska dobra kojima se upravljalo neovisno o ministarstvu vakufa. Tu su spadali vakufi osmanskih velikaša, vjerskih ličnosti i vakufi posvećeni nemuslimanskim vjerskim ustanovama.

Usljed pravnih posljedica uvakufljenja (tzv. “dobra mrtve ruke”) u Osmanskoj državi je došlo do imobilizacije znatnog dijela zemljišta. To je dalje dovelo do poteškoća u privredno-ekonomskom razvoju. Korisnici porodičnih vakufa bili su nezainteresovani za unapređenje vakufskog zemljišta, zakupci opštekorisnih vakufa nisu željeli da ulažu sredstva u unapređenje privredne proizvodnje zbog kratkoročnog zakupa, mutevelije samostalnih vakufa su činili razne zloupotrebe. Istovremeno, reformisana Osmanska država počela je da preuzima neke funkcije ranije delegirane vakufu. Sve je to dovelo do toga da se jednom sultanskom iradom 1867. naredi proučavanje potrebnih mjera za ukidanje vakufa. Do toga, međutim, nije došlo.

Intervenisanje Osmanske države u domenu vakufa ostalo je, ipak, u granicama normiranja i centralizacije njihove uprave, te ukidanju onih vrsta vakufa za koje više nije bilo društvene potrebe. Do kraja postojanja ove države šerijatsko pravo je primjenjivano u domenu vakufa tako da su islamske zadužbine uživale zaštitu pravnog poretka.

Do radikalnije intervencije jedne muslimanske države u sferu vakufa došlo je u Egiptu u toku procesa modernizacije upravne vlasti i ekonomije zemlje u prvim decenijama 19. vijeka.⁵⁵⁴ Prvo su odlukom Muhammeda Alija (1769-1849) tokom 1809. vakufske zemlje izjednačene s drugim zemljištem u pogledu plaćanja državnog pore-

⁵⁵⁴ Vidi Mustafa Muhammed Ramadan, “Devru el-evkaf fi da’imi el-ezher ke muessese ‘ilmijje islamijje”, *Da’ve el-hakk*, (er-Ribat), no. 230 (juli 1983), str. 75-78.

za. Do tada su vakufi bili oslobođeni takvih davanja. Nakon toga je vlada zatražila od upravitelja i nadzornika vakufskih poljoprivrednih zemalja da u roku četrdeset dana podnesu upravnim vlastima dokumente o uvakufljenju. Ukoliko to mutevelije i naziri nisu bili u stanju učiniti, upravnim vlastima je naređeno da zaposjednu vakufska poljoprivredna zemljišta. U najvećem dijelu do toga je i došlo pošto su dokumenti o uvakufljenju ili bili izgubljeni ili nisu odgovarali faktičkom stanju, odnosno granicama vakufskog zemljišta.

Posezanje države u domen vakufskog poljoprivrednog zemljišta bilo je rukovođeno u prvom redu potrebom za ziratnim zemljištem u vrijeme prodora industrijskog načina proizvodnje u Egipat (pamučna industrija). Osim toga, slabljenje vakufa objektivno je potkopavalo društveno-ekonomski položaj uleme, koja je imala izvjesne prihode na osnovu vršenja upravnih funkcija određenih vakufnama ili šerijatskim pravom. Ulema je zbog toga protestovala kod paše i Visoke porte u Carigradu ali bez uspjeha. Uspjevši da na različite načine osigura podršku jednog dijela uleme, Muhammed Ali je 1812. proglasio sekularizaciju vakufskih poljoprivrednih zemljišta. Ove zemlje su u to doba zahvatale 600 000 fedana, odnosno 1/5 cjelokupnog zemljišnog fonda Egipta. Brigu o džamijama, medresama i drugim ustanovama koje su izdržavane prihodima sekularizovanih vakufa preuzela je država. To joj je omogućilo neposrednu kontrolu nad ovim ustanovama tako da je ulema, kojoj vakuf osigurava relativno nezavisan položaj, dovedena u direktnu zavisnost od volje političke vlasti.

Intervenisanje kolonijalnih država u područje vakufa bilo je vođeno sasvim drugim ciljevima i imalo je drugačije posljedice. Prethodno je potrebno napomenuti da su sve kolonijalne sile bez izuzetka ostavile u muslimanskim zemljama na snazi islamsko pravo u privatnopravnim odnosima muslimana. To je značilo da su ostali na snazi i pravni propisi koji se odnose na osnivanje i funkcionisanje vakufa.

Neke kolonijalne sile su našle načina da potisnu ili zaobiđu pojedine šerijatske propise kojima su same dale izvršnu sankciju. U osnovi takvog postupka ležala su dva razloga: interes kolonijalne sile

ili procjenjivanje šerijatskih propisa sa stanovišta vlastitih pravnih koncepcija.

Za prvi slučaj je karakterističan primjer Alžira pod francuskom upravom. Kolonijalne vlasti su, provodeći politiku naseljavanja francuskih kolona u Alžiru, posegle za postojećim zemljišnim fondom. Prvo su zaposjele neobrađena zemljišta (mevat), zatim zemljišta koja je turska vlast bila dala arapskim plemenima kao naknadu za angažovanje u osmanskoj vojsci (magzen) i na kraju vakufe. Opštekorisni vakufi su 1830. dovedeni pod nadležnost Biroa za državno vlasništvo (Domaine de l'Etat). Porodični vakufi, kojih je tada u Alžiru bilo najviše, nisu otvoreno zaposjednuti, već su samo uklonjene šerijatsko-pravne smetnje za njihovo otuđenje. Francuske vlasti su naredbom od 3. X 1844. (dl. 3) i zakonom od 16. VI 1851. (čl.17) oglasile valjanom prodaju vakufskih imanja. Uživaoци evladijet vakufa su požurili da iskoriste ovo pravo. U većini slučajeva kupci su bili stranci. Tako je osigurana ekonomska osnova kolonizacije.⁵⁵⁵

U Indiji je došlo do intervenisanja britanskih sudova u pitanje tumačenja šerijatskih propisa o vakufima. Najviša sudska vlast u tzv. Britanskoj Indiji proglasila je 1894. nevaljanim porodične vakufe pošto je kod njih, po ovom tumačenju, krajnja dobrotvorna namjera iluzorna. Pomaganje rodbine nije kvalifikovano kao razlog za osnivanje dobrotvorne ustanove. Ovome se usprotivila indijska ulema (Emir Ali, Šibli Nu'mani i drugi) pa je 7. III 1913. vlada izdala Zakon o valjanosti muslimanskih vakufa (Mussalman Wakf Validating Act), koji je u potpunosti obnovio hanefijsko poimanje zadužbina.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ M. Begović, "Ekonomska stanje muslimana u Alžiru", *Novo vrijeme* (Sarajevo), 9. V 1931.

Dokaze o ovoj razmjeni iskustava između Austro-Ugarske i Velike Britanije iznio je Tomislav Kraljačić u radu "Vjerska politika Kalajevog režima" (*Godišnjak Društva istoričara BiH*, god. XXXIV, Sarajevo 1983., str. 17-77.

Britanski generalni konzul i diplomatski agent u Egiptu lord Kromer pisao je austrougarskom poslaniku u Kairu baronu Hajdleru da je pitanje uprave muslimanskih vakufa u Bosni "na vrlo mudar i srećan način riješeno". Istovremeno ga je zamolio da mu pošalje sve naredbe koje se odnose na to pitanje pošto smatra da bi mu bilo od velike koristi. Lord Kromer se interesovao i za uređenje šerijatskih sudova u BiH (str. 68-69).

⁵⁵⁶ A. A. Fyze, *op. cit.*, str. 301-302.

Ukoliko su u pojedinim muslimanskim zemljama pod kolonijalnim ili sličnim statusom bili zadržani postojeći pravni propisi o vakufima, strana uprava je našla načina da preuzme odlučujuću ulogu u vakufskoj upravi i putem nje bitno utječe na odvijanje vjerskog i kulturnog života među muslimanima. Strana vlast u formi kolonijalne, mandatne ili okupacione sile je svoju nadležnost u pitanjima vakufske uprave nastojala legalizovati tezom o tome da je ona pravni nasljednik ranije muslimanske države te da joj pripadaju i sve njene ingerencije. Tome je išla u prilog i činjenica da je u takvim državama (Velika Britanija, Austro-Ugarska, carska Rusija itd.) postojala povezanost vjere i države pa su i u pogledu islamske vjerske zajednice korištena iskustva sa drugim vjerskim zajednicama.

U pogledu intervencije stranih država u pitanje vakufske uprave korištena su slična ili identična rješenja što govori o mogućim konsultacijama ili razmjenama iskustva među pojedinim kolonijalnim silama u pogledu uređenja muslimanskih vjerskih, zadužbinskih, školskih i drugih pitanja. To se može vidjeti na primjeru vakufske uprave u Palestini u vrijeme britanskog mandata (1920-1948).⁵⁵⁷

Najvažnijim pitanjima u procesu regulisanja položaja i organizacije islamske vjerske zajednice u Palestini, britanski Visoki komesarijat je smatrao vakufsku upravu i šerijatske sudove. Hitnost uređenja ovih pitanja bila je potencirana prekidom veza muslimana Palestine sa Mešihatom u Carigradu aktom britanske vojne okupacije ove zemlje u toku 1918. Regulisanje vjersko-upravnih, vakufskih i šerijatskopравnih pitanja imalo je za cilj čvršće vezivanje lokalnog muslimanskog stanovništva za britansku vlast, afirmaciju te vlasti i osiguranje pravnog osnova za kontrolu vjerskog i kulturnog života muslimana.

Za opštu upravu islamskim vjerskim, vakufskim i šerijatskopравnim poslovima britanska uprava je osnovala Visoki muslimanski savjet (Supreme Moslem Council) sa sjedištem u Jerusalimu. Savjet je imao predsjednika (reisul-ulema) i četiri člana. Bio je nadležan za

⁵⁵⁷ Robert H. Eisenman, *Islamic Law in Palestine and Israel*, Leiden 1978, str. 77-79; 95-96.

imenovanje i razrješenje šerijatskih sudija i vakufskih službenika. Za svoj rad je odgovarao britanskom Visokom komesaru, koji je donosio propise o imenovanju, sastavu i djelatnosti ovog tijela.

Za upravu vakufima osnovan je Opšti vakufski odbor (General Waqf Com'mittee). Sastojao se od svih službenika javnih vakufa. U većim gradovima su formirani vakufski odbori na čelu sa muftijama ili najuglednijim alimima. U ovim tijelima su bila i po dva vakufska službenika (memur) i dva uglednika. Visoki muslimanski savjet je imao da odobrava godišnji budžet vakufske uprave i nadzire njene aktivnosti. Bio je takođe nadležan za donošenje, izmjenu i dokidanje propisa o vakufskoj upravi (uz saglasnost britanskog Visokog komesara), te primanje i otpuštanje zaposlenih lica (plaćenih iz vakufskih sredstava). U pogledu porodičnih vakufa i onih "mulhak" kategorije imao je pravo samo opšteg nadzora.

Bratanska vlast je sebi uzela pravo prikupljanja desetine s "mevkufe" zemljišta i prosljeđivala ga vakufskoj upravi. S druge strane smatrala se ovlaštenom da uzima prihode uvakufljenih zemalja koje je ranije uzimala Osmanska carevina (u slučaju tzv. kvazi vakufa (evkafi gajri sahiha). Takođe je prihvaćeno rješenje da britanski građanski sudovi ustanovljavaju da li neka imovina ima svojstvo vakufa. Sva ova rješenja, kako u pogledu vakufske uprave tako i nadležnosti šerijatskih i građanskih sudova, u najvećoj mjeri podsjećaju na regulisanje ovih pitanja u Bosni i Hercegovini prije donošenja Statuta za autonomnu upravu islamskih vjerskih i vakufsko-mearifskih poslova 1909.

Konsolidacijom britanske uprave, mandatna vlast je preuzela dalje korake u pogledu normiranja, uspostavljanja i funkcionisanja muslimanskih zadužbina. U toku 1924-25. doneseni su propisi o dobrotvornim ustanovama (The Charitable Trusts Ordinances) kojima je bilo predviđeno osnivanje odvojenih i vakufu paralelnih civilnih mehanizama za osnivanje zadužbina. Te zadužbine bi se osnivale prema britanskom pravu i bile bi pod jurisdikcijom britanskih sudova. Cilj ovih propisa je bila transformacija muslimanskih vakufa u zadužbine britanskog prava i njihovo izuzimanje ispod nadležnosti šerijatskih

sudova. Isto je bilo predviđeno i za vakufe nemuslimana uspostavljene u tursko doba pred šerijatskim sudovima. Ovo posljednje je bilo prihvatljivo rješenje sa stanovišta principa personalne autonomije pojedinih građansko-vjerskih zajednica u Palestini dok je prvo rješenje bilo direktno suprotno ovom principu i obavezama koje je mandatna sila preuzela u pogledu očuvanja postojećeg pravnog stanja u Palestini. Muslimani su se veoma rijetko koristili mogućnošću civilne alternative vakufu što je bilo rezultat djelovanja vjerskih autoriteta ali i opšteg raspoloženja nesaradnje sa stranom vlasti.

2. Stanje vakufa i njihovo pravno uređenje u prvoj polovini 20. vijeka

U ovih pedeset godina u muslimanskom svijetu je došlo do burnih društvenih, političkih, pravnih i kulturnih promjena. Raspala se Osmanska carevina a na njenim razvalinama su nikle nove nezavisne države, od kojih mnoge sa većinskim muslimanskim stanovništvom. Iste takve države nikle su i na drugim stranama u procesu oslobađanja od kolonijalne vlasti. Nove države su građene pod utjecajem modernih koncepcija nacionalnih država. Započeo je proces sekularizacije. U nekim zemljama je dokinuta primjena šerijatskog prava a u drugim je ono svedeno na regulisanje ličnog statusa muslimana. Izmijenjeni pogledi na prirodu države i njene funkcije u društvu donijeli su nova rješenja u pogledu obima, pravnog položaja i djelovanja islamskih zadužbina.

Gledano u cjelini, postojala su dva pristupa rješenju statusa vakufa: njegovo ukidanje ili zadržavanje uz određene modifikacije.

a) Ukidanje vakufa kao posebnog pravnog instituta

Ovaj pristup je podrazumijevao ukidanje vakufa kao posebne institucije na koju se primjenjuje šerijatsko pravo, sekularizaciju vakufskih dobara uz ostavljanje određenih dobara u vlasništvu islamske vjerske zajednice koja su od sada podvrgnuta režimu opšteg građanskog prava. Ovo rješenje je primijenjeno u zemljama u kojima

je prestala primjena šerijatskog prava, odnosno koje su prihvatile sekularni princip. U zavisnosti od odnosa pojedinih država prema vjerskim zajednicama, islamskoj vjerskoj zajednici je ostavljen u vlasništvo jedan dio vakufskih dobara, obično onih koji su najuže vezani za vršenje vjerskih obreda ili poslova. Vakufi se smatraju dobrima privatnih pravnih lica, pošto u sekularnim državama vjerske zajednice uživaju takav položaj.

Najranije ukidanje vakufa kao pravnog instituta izvršeno je u centralnoazijskoj oblasti koja je ušla u sastav SSSR-a. U prvo vrijeme sovjetske vlasti institucija vakufa je bila priznata i postojala je sve do 1928. U to vrijeme važno je i šerijatsko pravo za muslimansko stanovništvo u određenim privatnopravnim stvarima. Dan 18. XI 1928. CIK Sovjeta Uzbečke SSR je donio odluku o "prelasku zemlje bivših kulturno-prosvjetnih i vjerskih vakufa iz sastava državnih zemljišnih imanja u radno korištenje bezemljaša i o njihovom radnom objedinjavanju."⁵⁵⁸

U periodu između dva svjetska rata nastala je Republika Turska koja je među muslimanskim državama izgradila najradikalniji koncept sekularne države. Iako je u ovoj državi ukinuto šerijatsko pravo, zadržana je ustanova vakufa pa će se o tome govoriti na drugom mjestu.

Do ukidanja vakufa kao pravnog instituta došlo je i u balkanskim državama u kojima su postojale skupine muslimanskog stanovništva. Nakon završetka Drugog svjetskog rata u ovim zemljama (izuzev Grčke) su uspostavljeni socijalistički društveni odnosi a država je organizovana na principu sekularizma. Vjera je proglašena za privatnu stvar čovjeka a vjerske zajednice su odvojene od države. Položaj vjerskih zajednica je uređen unutrašnjim pravnim aktima pojedinih država. U zavisnosti od stanja demokratije u svakoj pojedinoj zemlji, vjerske zajednice su pravno ili stvarno zadobile različit obim prava, uključujući i pravo vlasništva.

Interesantna je pojava da je nakon pedesetih godina ovog vijeka zabilježen slučaj ukidanja vakufa kao posebnog instituta, iako je

⁵⁵⁸ U. M. Ahmedđanov, *op. cit.*, str. 418.

zadržano šerijatsko pravo na lične, porodične i nasljedne stvari muslimana. Riječ je o Tunisu, koji u torn pogledu predstavlja slučaj potpuno različit od Republike Turske, koja je zadržala vakufe a ukinula šerijatsko pravo.

U Tunisu je 31. V 1956. država preuzela kontrolu nad finansiranjem vjerskih i društvenih potreba. Ukinuta je dotadašnja Vakufska komisija (Djemiyah des Habous) a imovina javnih vakufa je predata Birou za državno vlasništvo (Domain de l'Etat). Osnivanje javnih i porodičnih vakufa je zabranjeno. Ova zabrana je ponovljena 23. I 1957. Imovina javnih vakufa je upotrijebljena za finansiranje djelatnosti od opšteg interesa a vakufski službenici su uključeni u Biro za državno vlasništvo.⁵⁵⁹

b) Zadržavanje vakufa kao posebnog pravnog instituta

Ovo rješenje je, u načelu, usvojeno u zemljama u kojima je zadržano šerijatsko pravo za regulisanje određenih privatnopravnih odnosa muslimana. U ovim zemljama su vakufi i vakufsko pravo doživjeli izvjesne izmjene. U prvom redu, u zemljama koje su bile pod uticajem evopskog kontinentalnog prava, vakufsko pravo je kodifikovano i reformisano aktima zakonodavne vlasti nacionalnih država. U zemljama pod utjecajem engleskog prava vakufsko pravo je modifikovano sudskim presudama ili zakonskim aktima (Statute Law). Najvažnije promjene ticale su se porodičnih vakufa, pravnih posljedica uvakufljenja i vakufske uprave. Modifikovanje vakufskog prava izvršeno je odstupanjem od do tada važećeg pravnog tumačenja i prihvatanjem izolovanih pravnih mišljenja.

Spomenuto je da je Republika Turska karakteristična po tome što je zadržala vakufe kao posebni pravni institut i pored toga što je dokinula važenje šerijatskog prava. U toku procesa sekularizacije u Turskoj doneseno je više zakona koji su deinstitutionalizovali prisutnost islama u javnoj sferi. Time su uklonjene pravne i institucionalne osnove do tada vladajućeg koncepta jedinstva države i vjere (din ve

⁵⁵⁹ A. A. Qadri, *Islamic Jurisprudence in the Modern World*, Lahore, 1981, str. 464.

devlet). Zakonom br. 431 od 3. III 1924. ukinuta je ustanova hilafeta a zakonom br. 429 od istog dana ukinuta je kancelarija šejhul-islama i Ministarstvo za vjerska pitanja i vakufe (Šerije ve evkaf vekaleti).⁵⁶⁰ Za razliku od prve dvije ustanove koje su danom dokidanja nestale s historijske pozornice, Ministarstvo za vjerska pitanja i vakufe je iste godine transformisano u dva odvojena tijela: Predsjedništvo vjerskih poslova (Dijanet İšleri Reisliği) i Opštu direkciju vakufa (Evkaf Umum Mudurlugu). Opšta direkcija vakufa ima status samostalnog upravnog tijela, nadzire vjersku imovinu (opštekorisne vakufe) i privatne vakufe. Tridesetih godina u Turskoj je bilo 2662 vakufa pa je država prišla uređenju njihovog pravnog statusa. Velika narodna skupština u Ankari je 12. VI 1932. donijela Zakon o vakufima (Evkaf tatbikat kanunu), koji je uredio pitanja uspostavljanja i funkcionisanja vakufa u narednim godinama.⁵⁶¹

Zakonodavstvo o vakufima u bliskoistočnim zemljama u prvim decenijama 20. vijeka ima izvjesne zajedničke karakteristike. U prvom redu to je naglašavanje razlika koje postoje između opštekorisnih (hajri) i porodičnih (ehli, evladijet) vakufa. Ova razlika u klasičnim pravnim tekstovima nije postojala. Pravni reformatori su stvarno bili nezadovoljni stanjem u sferi porodičnih vakufa (zanemarivanje vakufske imovine, odsustvo inicijative upravitelja i korisnika, izuzimanje znatnog dijela privrednog potencijala iz pravnog prometa itd.) pa su tražili načina da ospore šerijatskopravnu utemeljenost ovih ustanova. Idući za ovim ciljem modernisti su negirali postojanje jednog od važnih elemenata uvakufljenja kod porodičnih vakufa. Riječ je o *tekarrubu* (želji za približavanjem Bogu putem zavještanja).⁵⁶² Iz toga su izvodili zaključak da porodični vakufi potpadaju pod građansko-pravni režim a ne nadležnost šerijatskog prava, - te da je državna vlast pozvana da mijenja njihov status ili propise koji ih regulišu.⁵⁶³

⁵⁶⁰ B. Toprak, *Islam and Political Development in Turkey*, Leiden, 1981, str. 46.

⁵⁶¹ H. B. Kunter, *Türk vakıfları ve vakfiyeleri*, Istanbul, 1939, str. 8.

⁵⁶² J. N. D. Anderson, "The Religious Element in Waqf Endowments", *Journal of the Royal Central Asian Society*, 195, str. 292-299.

⁵⁶³ Vidi rezime zaključaka Muhammed Ali-paše, bivšeg ministra vakufa u Egiptu, u pogledu statusa vakufa i njihove reorganizacije (Eš-šejh Muhammed Behit el-Muti'i, *el-Muhadara fi nizam el-vakif*, el-Kahire 1340 H., Matbe'atu-s-selefijje, str. 16.)

Na ove zahtjeve reagovala je egipatska ulema (šejh Muhammed Behit el-Muti'i i drugi) braneci šerijatskopravnu legitimnost vakufa u cjelini. Pri tome se, međutim, prelazilo i u odbranu postojećeg stanja vakufa, koje se nikakvim pravnim razlozima nije moglo opravdati. Porodični vakufi su faktički korišteni radi zaobilazjenja primjene šerijatskog nasljednog reda (osnivanje vakufa namijenjenog samo muškim potomcima dobrotvora) ili su korisnicima nametane obaveze suprotne šerijatu (postavljanje uslova sinovima ili kćerima u pogledu izbora bračnog druga, zanimanja, mjesta stanovanja i sl.). Osim toga, kritika je upućivana i načelu neopozivosti uvakufljenja i nezavisnosti mutevelija samostalnih vakufa. Ova kritika modernističkih pravnika poslužila je kao idejna osnova za intervenciju države u sferu vakufa na Bliskom istoku.⁵⁶⁴

U Egiptu je još Muhammed Ali (1769-1849) konfiskovao sve poljoprivredne vakufe a njihovim korisnicima dao naknadu. Godine 1924. Ministarstvo vakufa je došlo pod direktnu kontrolu Parlamenta. Ovo tijelo je 12. VI 1946. donijelo zakon br. 48, koji je uredio pitanja osnivanja, pravnog statusa i uprave vakufa. Prihvaćen je kompromis između zahtjeva da se vakufi ukinu i nastojanja da se očuvaju nepromijenjeni. Parlament je konstatovao da su vakufi u Egiptu bili u toku trinaest vijekova izvor sredstava za različita humanitarna djela. Propisano je da se i u buduće mogu osnivati i javni i porodični vakufi. Javni ili opštekorisni vakufi mogu, prema vakifovoj volji, biti trajni ili vremenski ograničeni. Ukinuta je neopozivost vakufa pa dobrotvor ima pravo da uvakufljenje opozove ili izmijeni njegove uslove. Ove materijalne izmjene u vakufskom pravu izvršene su napuštanjem do tada važećeg hanefijskog tumačenja i usvajanjem pojedinih rješenja ostala tri ehli-sunetska mezheba metodom "izbora" (tehajjur) ili "kombinovanja" pojedinih pravnih mišljenja (telfik). Porodični vakufi su u cjelini vremenski ograničeni na period od dvije generacije vakifovih nasljednika ili najduže 60 godina nakon vakifove smrti. Nakon revolucije 1952. preduzet je još radikalniji zahvat u područje

⁵⁶⁴ H. Cattan, *Law in the Middle East*, ed. M. Khadduri – H. J. Liebesny, vol. I, Washington 1955, str. 218-222.

porodičnih vakufa. Zakonom br. 180 od septembra 1952. ukinuti su svi postojeći vakufi koji isključivo nisu posvećeni opštekorisnim ciljevima. Vlasništvo nad takvim vakufima vraćeno je vakifu ukoliko je živ i ako je za sebe zadržao pravo opoziva. U suprotnom, vakuf je postao vlasništvo korisnika u skladu sa dijelovima prihoda koji su im pripadali na osnovu vakufname.

Po uzoru na egipatsko zakonodavstvo iz 1946. u Libanu je 12. III 1947. donesen Zakon o vakufima. U njemu su takođe izvršene materijalne izmjene u vakufskom pravu napuštanjem vladajućeg hanefijskog tumačenja. Ukinuto je pravilo o neopozivosti vakufa, trajanje porodičnih vakufa je ograničeno na dvije generacije korisnika, zabranjeni su svi uslovi koje postavi vakif a kojima se sužava sloboda korisnika porodičnih vakufa u pogledu braka, mjesta boravka ili ugovornih obaveza, dozvoljeno je pravo reprezentacije u pogledu nasljeđivanja prava korištenja vakufljenog dobra itd.

U Siriji je zakonskom uredbom br. 76 od 16. V 1949. zabranjeno uspostavljanje porodičnih vakufa. Svi od ranije uspostavljeni takvi vakufi se imaju ukinuti u skladu sa odredbama ove uredbe. Ako je predmet uvakufljenja djeljiv, fizički je dijeljen i davan u vlasništvo korisnicima, a ako je nedjeljiv, iznošen je na licitaciju a prodajna cijena je dijeljena na osnovu posebnih pravila. Ova mjera kratkotrajne vlade feldmaršala Husni Zaima ostala je i dalje na snazi za razliku od propisa o dokidanju važenja šerijatskog nasljednog prava, koji su kasnije opozvani.

U Iraku su sve do 1929. važili osmanski zakoni o upravi vakufa. U prvom iračkom ustavu (čl. 122) vakufska uprava je proglašena dijelom državne administracije. O njenom funkcionisanju, navedeno je, biće donesen poseban zakon. Taj zakon donesen je 1929. pod brojem 27 i naslovom Zakon o upravi vakufa (Kanunu idareti-1-evkaf). Opšta vakufska uprava vezana je za Predsjedništvo vlade a za njen rad je postao nadležan premijer. Ovaj zakon je zadržao osmansku podjelu vakufa na *evkafi sahiha*, *evkafi gajri sahiha*, *evkafi mulhaka* i *evkafi zurrije*. Više puta je mijenjan a najvažnija je promjena ona iz 1955., kada je jednim dekretom (*mersum*) dopuštena likvidacija

porodičnih vakufa. Na traženje jednog korisnika ili njegovih nasljednika koji imaju kvalifikacije propisane ovim dekretom, donijet će se sudska odluka o likvidaciji porodičnog ili mješovitog vakufa uspostavljenog prije ili poslije donošenja ovog akta.⁵⁶⁵

Tendencija ograničavanja ili ukidanja porodičnih vakufa došla je do izražaja i u zakonodavstvu Maroka nakon pedesetih godina 20. vijeka. Kraljevskom uredbom (zahir) od 8. X 1977. predviđena je mogućnost opoziva porodičnih vakufa, koji se ovdje nazivaju “el-vakfu-l-muakkab”. Uz to je vakufskoj upravi data mogućnost likvidacije porodičnih vakufa kada to zahtijeva opšti interes ili interes korisnika.⁵⁶⁶

U Indiji je spomenutim Zakonom o valjanosti muslimanskih vakufa od 7. III 1913. obnovljeno hanefijsko tumačenje vakufa. Vakufsko pravo je dalje detaljisano sudskim odlukama, koje se objavljuju i predstavljaju izvor prava. Istovremeno je preduzeto više mjera upravljenih ka poboljšanju vakufske uprave i uklanjanju mogućnosti zloupotrebe.⁵⁶⁷ Među ovim mjerama najvažniji je Zakon XLII iz 1923. (Mussalman Wagf Act), kojim su mutevelije obavezni da okružnim sudovima dostavljaju podatke o stanju vakufske imovine, podnose finansijske izvještaje i daju odgovarajuće obavijesti o tome svakom licu koje to zatraži. Ovaj zakon se odnosi samo na opštekorisne vakufe. Modifikovan prema lokalnim specifičnostima, ostao je da važi u Bengaluu, Bombaju, Utar Pradešu i drugim indijskim državama. Uticao je i na kasnije zakonodavstvo Pakistana (East Pakistan Wagfs Ordinance I iz 1961. i West Pakistan Waqf Properties Ordinance iz 1961).

U afričkim zemljama južno od Sahare došlo je takođe do centralizacije vakufske uprave. U Tanzaniji je na osnovu Uredbe o vakufskoj imovini u Zanzibaru (Zanzibar Waqf Property Degree) obrazovana Vakufska komisija, koja upravlja cjelokupnom vakufskom

⁵⁶⁵ Muhammed Šerif Ahmed, “Muessese el-evkaf fi el-irak ve devruhu et-tarihi el-mute-addid el-eb’ad”, *Da’ve el-hakk*, no. 230, str. 55-58.

⁵⁶⁶ Se’id Bu Rekibe, “el-Vakf el-islami ve eseruhu fi el-hajat el-idžtima’iije fi el-magrib”, *Da’ve el-hakk*, no. 230, str. 113-114.

⁵⁶⁷ A. A. Fyzee, *op. cit.*, str. 318.

imovinom. U Keniji je Uredbom o vakufskom povjerenstvu (Waqf Commissioners Ordinance) 1900. odnosno 1910. obrazovano tijelo za upravu i nadzor nad vakufima. U pogledu materijalnog prava slijedi se pravac engleskih sudova u Indiji.⁵⁶⁸

Opšta tendencija stavljanja vakufa pod nadležnost ministarstva za vjerska pitanja koje su u nekim zemljama naziva i ministarstvo za vakufe i vjerska pitanja došla je do izražaja u većini azijskih i afričkih zemalja. U nekim zemljama vakufi su dovedeni u užu vezu sa šerijatskim sudovima a u drugim sa onom granom državne uprave koja je nadležna za vjerska pitanja. U zemljama Arabijskog poluosrtva nije došlo do značajnih promjena u sferi vakufa.

3. Zaključak

Na osnovu prikaza najvažnijih tendencija na planu uređenja pravnog statusa i funkcionisanja vakufa može se zaključiti da je ova ustanova dijelila sudbinu samog jezgra šerijatskog prava u toku društvenih i pravnih promjena u zemljama sa muslimanskim stanovništvom 1850-1950.

U zemljama u kojima je prihvaćen sekularni model države vakufi su u načelu ukinuti kao posebni pravni institut ali je Islamska vjerska zajednica zadržala dio dobara neophodnih za vršenje svoje funkcije. Vlasništvo islamske vjerske zajednice u tim zemljama prosuđuje se prema opštem građanskom pravu. Ideja vakufa ovdje i dalje živi i podstiče muslimanske vjernike da u različitim građanskopravnim formama osiguravaju materijalnu osnovu djelovanja svoje vjerske zajednice. U ovom radu je skrenuta pažnja na proces sekularizacije vakufa u SSSR-u, balkanskim zemljama i ukidanja vakufa u Tunisu.

U zemljama u kojima je očuvana izvjesna veza države i vjere i zadržano šerijatsko pravo vakuf, po pravilu, postoji kao pravni institut. U pravu koje reguliše vakufe izvršene su promjene kako u pogledu materijalnih propisa tako i administracije. Najvažnije izmjene se odnose na ukidanje ili ograničavanje porodičnih vakufa, izmjenu

⁵⁶⁸ A. A. Qadri, *op. cit.*, str. 464.

pravnih posljedica uvakufljenja. U pogledu vakufske uprave zapažena je težnja za uspostavljanjem centralizovane administracije vezane za ministarstva vjerskih pitanja i vakufa ili šerijatske sudove. U ovim zemljama vakuf i kao pravni institut, a ne samo ideja "trajnog dobročinstva" ima budućnost kako se može vidjeti iz savremenog zakonodavstva bliskoistočnih zemalja, država indijskog potkontinenta, te država južno od Sahare.

Izvor: *Zbornik radova Islamskog teološkog fakulteta u Sarajevu*,
br. 2, 1987, str. 105-118.

ODNOS VJERE I HISTORIJE U MODERNIM REFORMISTIČKIM POKRETIMA U ISLAMU

Sedamdesetih godina XIX vijeka u muslimanskim zemljama koje su došle pod neposredni evropski utjecaj javljaju se i šire ideje o “obnovi vjere”, (*tedždid ed-din*) i “reformi društva” (*islah el-mudžteme*).⁵⁶⁹ Te ideje se formulišu u različitim društvenim, kulturnim i političkim okvirima i njihovi sadržaji od samog početka nose široki krug različitih, pa i suprotstavljenih značenja i emocionalnih efekata.

Dio autora upotrebljavao je termine *tedždid* i *islah* u značenju koje su oni imali u tradicionalnom tumačenju islama i razumijevanju historije. *Tedždid* je shvatan kao pročišćenje vjerskog učenja i prakse muslimana putem obnovitelja, koga će, prema vjerovanju ehli-sunnet-a Bog slati na početku svakog vijeka. *Islah* je samim tim shvatan kao moralna reforma pojedinca i religijski utemeljena reforma društva.

Drugi autori su, međutim, riječi *tedždid* dali značenje modernizma - nastojanja da se religija učini spojivom sa opštim kretanjima u različitim sferama društva. U tom svjetlu i *islah* je dobio značajnije reforme, odnosno modernizacije društvenih normi i institucija (npr. *Islahat fermani* - akt kojim su 1856. pravno razrađene reforme u Osmanskoj carevini).

Granica između različitih shvatanja “obnove vjere” i “reforme društva” nije bila jasno postavljena te su se često različiti pogledi preplitali u djelima jednog istog autora. Može se reći da su u prvom periodu islamskog reformizma iznikle i različite verzije reforme islamskog učenja i prakse.

Islamski reformizam se pojavio prvenstveno kao reakcija na izazove društvenih i političkih faktora.⁵⁷⁰ Kolonijalno potčinjavanje

⁵⁶⁹ Vidi, “Islah”, *Encyclopaedia of Islam*, Leiden, 1979. str. 141-177.

⁵⁷⁰ Fazlur Rahman, “Modern Muslim Thought”, *The Muslim World*, XLV (1955), str. 15.

najvećeg dijela islamskog svijeta imalo je veliki psihološki učinak na muslimane. Osjećanje samopouzdanja i sigurnosti, koje je bilo izgrađeno na pobjedonosnoj prošlosti, bilo je uzdrmano, a umjesto toga javila se sumnja da s historijom muslimana “nešto nije u redu”.⁵⁷¹ Pošto se sukob Evrope i islama odigrao na društveno-političkom a ne na idejnom planu, muslimanski reformistički autori u prvi plan svog propitivanja stavljaju društveno-pravni aspekt islamskog učenja i historijsku realizaciju njegovih intencija. S druge strane, taj aspekt je bio najčešće predmet evropske kritike te je nastao novi razlog za njegovo reformisanje radi odbrane islama.

Reformisti su najveću pažnju posvetili šerijatu kao pravnom i ideološkom konceptu.⁵⁷² Naime, pošto je šerijat teorijski određivao norme ukupnog ponašanja pojedinaca i društva i osiguravao legitimnost društvenim i religijskim institucijama u islamskom svijetu, nikakva promjena na području društvene organizacije, etike ili prava nije mogla biti izvršena bez promjene unutar šerijatskog prava. Pored društveno-političkog i pravno-etičkog, reformizam je imao i teološki aspekt, ali je ovaj bio potisnut prvenstvenim zanimanjem za norme i institucije. Reformisti su bili uvjereni da je evropska moć, kojom su bili fascinirani, rezultat efikasnih društvenih institucija. Osnovno pitanje koje su postavili bilo je: Zašto su muslimani zaostali dok su drugi napredovali?⁵⁷³

Društvenu i duhovnu situaciju tadašnjeg muslimanskog svijeta reformisti su označili terminom dekadencija (*inhitat el-muslimin*). Uzroci takvog stanja traženi su duboko u historiji: u gubljenju dinamizma i vjerskog elana, zanemarivanju slobodnog tumačenja izvora šerijata, zapostavljanju islamskih ideala itd. Evropa je, opet, prema mišljenju reformista krenula putem prosperiteta nakon reformaci-

⁵⁷¹ Wilfred Cantwell Smith, *Islam in Modern History*, Princeton-New Jersey, 1957. str. 41.

⁵⁷² Šerijat u pravnom smislu označava skup normi koje čine pozitivno pravo na određenoj teritoriji. U ideološkom smislu to je sredstvo za najbolje uređivanje odnosa u ljudskom društvu.

⁵⁷³ Ovo pitanje se redovno susreće u muslimanskoj publicistici u zadnjih stotinu godina, pa je teško naći ijednog značajnijeg reformistu da se nije njime pozabavio.

je, pročišćenja vjere i ponovnog otkrivanja njezine jednostavnosti. Muslimanski svijet, zaključili su, treba vlastitu reformaciju kojoj je najbolju legitimnost moglo osigurati učenje o periodičnom procesu vjerske obnove (*tedždid*).

Opcije reformizma iz druge polovine XIX vijeka izrazile su se kao oformljene tendencije u prvim decenijama XX vijeka. S obzirom na pravac i metode reforme diferencirale su se struje ortodoksnih reformista i modernista (vjerskih i svjetovnih). Prvi su se oslanjali na tradiciju predmodernih islamskih obnoviteljskih pokreta (vehabije i sl.), a drugi na različite projekte modernizacije muslimanskih društava kojim su nastojali pružiti vjersku i teorijsku utemeljenost. Zamisli reforme, u svjetlu ovakvog unutrašnjeg razvoja reformističkog pokreta, oslanjale su se na različite historijske modele.⁵⁷⁴

Svi reformisti su bili saglasni da je do “dekadence muslimana” došlo zbog odstupanja od “pravog” ili “istinskog” islama. Kada je trebalo definirati što je to “pravi islam”, došle su do izražaja razlike. Glavni problem se mogao locirati na pitanje da li i u kojoj mjeri historijska realizacija islama ulazi u njegovo određenje. Drugim riječima, kakav je odnos vjere i historije?

Vjerski modernizam je dominirao prvim periodom reformističkog pokreta pa se može i globalno odrediti kao “artikulisani i svjesni napor da se terminima moderne misli iznova formulišu islamske vrijednosti i načela, odnosno da se moderna misao i savremene institucije integrišu s islamom”.⁵⁷⁵ Šta je to “pravi islam” variralo je među modernistima od autora do autora, ali se načelno moglo reći da su njegovi normativni izvori ograničeni na Kur’an i autentično utvrđeni Sunnet. Neki modernistički autori su cijeli Sunnet isključili iz nepromjenljivih izvora islamskog učenja. Indijski modernisti iz Aligarha su i u okviru Kur’ana pokušali da povuku razliku između “stalnih” i “vremenskih” propisa, pri čemu su samo prvima davali karakter su-

⁵⁷⁴ O historijskim modelima savremene muslimanske misli vidi, Khalid Duran, “The Golden Age - Syndrom - Islamist Medina and Other Historical Models of Contemporary Muslim Thought”, *Islam and the Modern Age*, XV (May 1984), str. 75-88.

⁵⁷⁵ Fazlur Rahman, *Duh islama*, Beograd 1983, str. 306.

štinskog elementa islama.⁵⁷⁶ Među ovim autorima su bili: Ahmedhan, Čirag Ali, Emir Ali i drugi.

Prema mišljenju modernista, ni tekstovi ovako ustanovljenih nepromjenljivih izvora islama nisu obavezni za muslimane u svakom vremenu, nego sam njihov smisao, duh ili principi.

Termin "duh islama" (*ruhul-islam*) postao je ključna riječ islamskog modernizma. Sadržaj ovog termina nije, međutim, precizno određen. Modernisti su dalje odbili važenje propisa donesenih putem *idžmaa* izvan vremena u kojem je konsenzus postignut. Založili su se za samostalno prosuđivanje i tumačenje vjerskih izvora (*idžti-had*), za dinamizam (*tetavvur*), progresivno kretanje muslimanskih društava (*terakki*) itd.⁵⁷⁷

Vjerski modernisti su, u mjeri u kojoj su priznavali obaveznost Sunneta isticali Medinu kao primjer historijske realizacije islama. Najveći dio ovih autora ipak je više isticao abasijski hilafet i Bagdad kao simbol ostvarenog islama i muslimanskog univerzalizma. Nije čudo što su vjerski modernisti, zainteresovani za reinterpretaciju islama terminima moderne evropske misli, tražili inspiraciju u Bagdadu IX, X i XI vijeka. Bagdad je tada bio simbol racionalističke teologije slobodoumlja, društvenog prosperiteta, preplitanja islamske i drugih kultura.⁵⁷⁸

U krilu modernističkih reformista obrazovao se u prvoj polovini XX vijeka krug svjetovnih intelektualaca koji su islam počeli posmatrati kao religiju u modernom smislu riječi. Oni su naglašavali njegove moralne vrijednosti, ali ga više nisu smatrali osnovom društvenog i političkog života. Pošto su takvu poziciju nastojali legitimisati određenim tumačenjem historije islama, nazvani su muslimanskim sekularistima (Ali 'Abd el-Razik iz Egipta, Khuda Buksh i Berekat Allah iz Indije, Ziya Gokalp iz Turske i Mahmud Muhammd Taha iz Sudana našeg doba).

⁵⁷⁶ Aziz Ahmed, *Islamic Modernism in India and Pakistan 1957-1964*, Oxford University Press, 1976, str. 95.

⁵⁷⁷ O ključnim konceptima muslimanskog modernizma vidi, Mazheruddin Siddiqi, "General Characteristics of Muslim Modernism", *Islamic Studies*, IX (1970), str. 33-68.

⁵⁷⁸ U svom prikazu historije islamske kulture Ahmed Emin je najveći dio posvetio abasijskom hilafetu (Kh. Duran, *op.cit.* str. 81.)

Nastojeći da ustanove razliku između suštinskog i uzgrednog ovi autori su periodu “četiri pravednih halifa” odrekli vjerski karakter proglašivši ga svjetovnom historijom. Sudanac M. M. Taha je čak i dio risaleta - vremena poslaničke misije Muhameda, alejhisselam - tako okvalifikovao. Iako je cijeli Kur’an smatrao Božijom objavom, isticao je da su vječno važeći samo etički principi objavljeni u Mekki, dok su propisi objavljeni u Medini vremenski ograničeni samo na prve generacije i arabijski milje. Medina se uvažava, ali samo kao ilustracija kako se određeni principi primjenjuju u datim okolnostima, a nikako kao model za “sva mjesta i vremena”.

Ortodoksni reformisti su istupili s idejom reforme muslimanskih društava oslanjajući se na argumentaciju, institucije i modele sadržane u “islamskoj ortodoksiji” pravno izraženoj kroz tumačenje hanbelijske škole. Takva pozicija je karakteristična za egipatsko-sirijsku školu *selefije*, Ben Badisov krug u Alžiru itd. Ortodoksni reformisti su također smatrali da su muslimani zaostali u svim aspektima civilizacije zbog toga što su odstupili od “istinskog islama”. A “istinski islam” je onaj koji je propovijedao Muhammed, alejhisselam, i prve generacije nakon njega. Put reforme je slijeđenje prakse te generacije koja se naziva *selef*.⁵⁷⁹ Normativni karakter imaju ne samo sadržaji Kur’ana i Sunneta već i praksa prvih generacija muslimana. Vjera se identifikuje sa prvim periodom njene historijske realizacije. Put reforme nije kretanje naprijed već povratak (*rudžu’*) izvorima i praksi rane muslimanske zajednice.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ To je osnaženo izrekom Malik ibn Enesa (u. 179/795): “Kasniji uspjeh ove zajednice može se postići samo na način na koji je ostvaren i prvobitni uspjeh” (*Islah*, str. 146.)

⁵⁸⁰ Precizno definiranje kategorije *es-selef es-salih* je rijetko u radovima ortodoksnih reformista. M.R. Rida i Ben Badis koriste tradicionalnu definiciju prve tri generacije muslimana (*sahaba, tabi ‘un, etba ‘et-tabi ‘in*), koji su živjeli u periodu od prvih primanja islama u Mekki (610) pa do sredine III/IX vijeka. Uvažavanje selefa ortodoksni reformisti obrazlažu s više argumenata: oni su primili emanet vjere neposredno od Poslanika, najbolje su razumijevali i slijedili kur’ansku poruku, najpouzdaniji su izvor za upoznavanje Poslanikova života i načina prevođenja Objave u stvarnost. Polazeći od postavke da je Objava postala potpuna živuća stvarnost kroz djelo selefa, ortodoksni reformisti su postavili zahtjev da se i prva dva izvora islama tumače u svjetlu razumijevanja i prakse prvih generacija.

Uvažavanje prakse prvih muslimana izraz je shvatanja o njihovom vremenu kao "sretnom dobu islama" (*ʿasr es-seʿade*) pri čemu se Medina uvažava kao model prevođenja islama u stvarnost. Pošto je u Medini došlo do osnivanja prve muslimanske države i objavljivanja najvećeg dijela šerijatskih propisa, to je shvatljivo insistiranje ortodoksnih reformista na islamu kao vjersko-političkom entitetu, državi i primjeni šerijata u društvenom životu. Šerijat se shvaća kao sveobuhvatan, cjelovit i samodovoljan sistem koji jedino integralan može funkcionirati. Sam povratak "zlatnom medinskom dobu" različito se shvaća. U intelektualnim krugovima reformista govori se o povratku duhu Medine uz korištenje selektivno odabranih dostignuća moderne civilizacije. Takav pristup je ostavljao određen prostor ljudskom umu kao izvoru obaveznih normi u oblasti društvenih odnosa (zakonodavstvo u skladu sa šerijatom).

Stavovi ortodoksnih reformista u redukovanom i dogmatizovanom obliku postali su ideološka osnova islamskih aktivističkih grupa i pokreta koje se javljaju od treće decenije XX vijeka. Te grupe se označavaju terminima revivalisti ili aktivistički fundamentalisti i za njih je važnije djelovati nego umovati. Oni su projekte rekonstrukcije šerijata zamijenili zahtjevom za njegovim sveobuhvatnim uvođenjem, od pokreta intelektualaca pretvorili su se u masovne političke organizacije a ideju poboljšanja postojećih institucija zamijenili zahtjevom za ideološkom državom. Samo reduciranje ideja ortodoksnog reformizma i njihovo masovno korištenje imali su za posljedicu simplifikaciju zamisli o povratku praksi rane muslimanske zajednice. Taj povratak se počeo doslovno praktikovati (insistiranje na nošenju arapske nošnje, misvaku kao sredstvu za čišćenje zuba, mačevanju umjesto nogometa itd.). U intelektualnim krugovima revivalista visoko se uvažava Medina, ali se često ističe da ona nije neponovljiva.

Islamski reformizam je u cjelini zaslužan za uspostavljanje distinkcije između islamskog učenja i njegove historijske interpretacije. Cjelina postklasičnog vjersko-pravnog tumačenja je sagledana u njenoj historijskoj perspektivi i samim tim izgubila obaveznost za savremeno doba. Na taj način reformizam se radikalno distancirao

od tradicionalizma - stava po kojem vjersko-pravna tumačenja muslimanskog srednjevjekovlja predstavljaju dio ustanovljenog naučavanja vjere od koga se ne može odstupiti.⁵⁸¹ Za tradicionalističke muslimanske učenjake svijet je prestao da se mijenja onog momenta kada je njihov izabrani autor završio posljednje poglavlje svog vjersko-pravnog zbornika - kaže savremeni egipatski autor Muhammed Zeki Badawi.⁵⁸²

Iako je muslimansko srednjevjekovlje isključeno iz određenja vjere, drugi historijski periodi su doživljavali različitu sudbinu u zavisnosti od orijentacije pojedinih reformističkih struja.

Jedino su svjetovni modernisti bili spremni da cijelo historijsko iskustvo islama isključe iz njegovog određenja. Međutim, takva orijentacija u muslimanskom svijetu nije zadobila širu podršku. Vjerski modernisti su uočili da je neophodno odvojiti vjeru od njene historijske realizacije, ali nisu uspjeli da definišu precizne i prihvatljive kriterije distinkcije. Sve je ostalo na opštim formulacijama koje tek treba da dobiju pozitivni izraz. Nedostatak zaokružene i konzistentne vizije vjerskog modernizma spriječio je ove reformiste da izvrše zadatak odvajanja nepromjenljivog i promjenljivog u izvorima islamskog učenja.

Ortodoksni reformisti i njihovi izdanci zadržali su najveći stepen identifikacije vjere i historije. Takav postupak i ideja povratka izvorima i praksi rane muslimanske zajednice mogu značiti zadržavanje teže o regresivnom toku historije (*fesad ez-zeman*) ali i njeno korigovanje zamišlju da se jednom ostvareno "zlatno doba" (ili ono što se smatra takvim) može ponovo dosegnuti.

U svakom slučaju, u muslimanskoj historiografiji historija se i dalje vjerski vrednuje, a brojne vjerske (posebno vjersko-pravne) definicije uključuju u sebe historijske kategorije.

Izvor: *Islamska misao*, br. 124 (1989), str. 23-25.

⁵⁸¹ U fetvama iz turskog perioda daje se krivično-pravna zaštita ne samo *dinu* i *imanu* nego i *mezhebu* (vidi, *Fetava-i 'Abd er-Rahim*, Istanbul, 1243 H, str. 90).

⁵⁸² M. Z. Badawi, *Reformers of Egypt*, London, 1978, str. 14.

USTAVNOPRAVNO REGULISANJE ODNOSA DRŽAVE I VJERE U BLISKOISTOČNIM ZEMLJAMA

Vjerski faktor je tokom cjelokupne dosadašnje istorije zemalja Bliskog istoka igrao značajnu ulogu u društvenim zbivanjima. S ovog prostora su potekle tri velike svjetske monoteističke religije koje su uveliko oblikovale kulturnu baštinu čovječanstva. Na ovom području vjera i danas, u vrijeme pojačane sekularizacije države i društva, igra vidnu ulogu izvan sfere privatnog života pojedinca. Svojim prisustvom u javnom domenu ona utječe na proces transformacije tradicionalnih bliskoistočnih društava, pruža autorizaciju društveno-političkim i državnopravnim sistemima ili snagama koje se zalažu za njihovu promjenu, osnažuje, "historijska prava" pojedinih režima u pogledu teritorije ili ideoloških kvalifikacija susjednih zemalja, dajući pri tome konfliktnim situacijama u ovom regionu i vid vjerskih sukoba.

Sve ove okolnosti, zajedno sa razlozima saznanje prirode, opravdavaju potrebu jednog opšteg prikaza pravnog regulisanja odnosa države i vjere na Bliskom istoku, pitanja kome ni jugoslovenski pravници ni orijentalisti do sada, koliko nam je poznato, nisu posvetili veću pažnju.

Kako su regulisani odnosi države i vjere u ustavima bliskoistočnih zemalja, koji su faktori uticali na njihovo uobličjenje, kakve su posljedice te regulative i kakvi su, eventualno, izgledi za budućnost – to su pitanja na koja se u ovom članku želi ukazati.

I. Opšti podaci o vjerskim grupama na Bliskom istoku i historijskom iskustvu regulisanja odnosa države i vjere

Za jednu od glavnih društveno-političkih karakteristika Bliskog istoka uzima se postojanje mnoštva vjerskih grupa sa različitom et-

ničkom osnovom i jezikom.⁵⁸³ Najbrojniju skupinu čine muslimani sunnije (*ehl es-sunne ve el-džema'a*), čija se brojnost prema procjenama iz šezdesetih godina ovog vijeka kreće oko $\frac{3}{4}$ ukupne populacije na Bliskom istoku. Pored njih postoji još više od dvadeset vjerskih zajednica koje svoje učenje vežu za islam, hrišćanstvo ili jevrejstvo. Prema spomenutim procjenama, na Bliskom istoku je polovinom ovog vijeka živjelo oko 3 150 000 hrišćana različitih denominacija od kojih su najbrojniji bili pripadnici Koptske crkve u Egiptu, Maroniti u Libanu i grkopravoslavni u raznim arapskim zemljama. Broj Jevreja u ovim zemljama se u isto vrijeme kretao oko 222 000, ali nakon 1948. smanjen je iseljavanjem u Izrael i druge zemlje.⁵⁸⁴

Pojavu velikog broja vjerskih zajednica u bliskoistočnom regionu poznati orijentalista Gabriel Baer objašnjava djelovanjem više faktora: radi se o kolijevci tri velike monoteističke religije i mjestu gdje su se pojavili vjerski raskoli unutar njih, o cilju migracija nomadskog stanovništva, utočištu za članove progonjenih vjerskih grupa itd.⁵⁸⁵

Područje Bliskog istoka je od VIII do IX odnosno X vijeka bilo pod muslimanskom dominacijom. Vjerska raznolikost očuvala se i pored viševjekovne prisutnosti država koje su svoju legitimnost izvodile iz islamskog učenja. G. Baer to objašnjava djelovanjem dva faktora: geopolitičkog (planine i pustinje su onemogućavale efektivno vršenje vlasti u pojedinim krajevima) i vjerskog (tolerancija islama prema pripadnicima tzv. nebeskih objava).⁵⁸⁶

Za sve vrijeme muslimanske dominacije djelovao je islamski koncept čovjeka, društva i države koji je udario pečat i savremenom učenju odnosa države i vjere u većini zemalja Bliskog istoka, kao i odnosima među pojedinim vjerskim zajednicama.

Islam, slično jevrejstvu, historijski predstavlja primjer vjerske zajednice koja je postala država. U takvom tipu odnosa vjerskog i

⁵⁸³ Gabriel Baer, "Religious and Ethnic Groups", u: *Man, State and Society in the Contemporary Middle East* (ed. Jacob M. Landau), New York – Washington – London, 1972., str. 250.

⁵⁸⁴ *Isto*, str. 260-265.

⁵⁸⁵ *Isto*, str. 250.

⁵⁸⁶ *Isto*.

političkog autoriteta vjerske i političke funkcije leže i vrše se u istoj strukturi. Prema ovom modelu, koji je američki sociolog Donald Smit nazvao organskim, za društveni poredak se vjeruje da potiče od Boga, vlast izvodi svoju legitimnost iz duhovnog izvora, a politička uprava se vrši prema vjerskom pravu i tradiciji. Suština organske religije je sveto pravo.⁵⁸⁷ U slučaju islama to je šerijat (šari'a).

Organski model se bitno razlikuje od crkvenog modela odnosa vjerskog i političkog autoriteta u kojem su političke i vjerske funkcije podijeljene ali djeluju uz međusobni utjecaj. Crkveni model se afirmisao u slučaju hrišćanstva, u toku čije su historije odnosi političkih centara i vjerske institucije bivale različito uređene kao dominacija jednog ili drugog autoriteta, ravnoteža, odvajanje.

Važna razlika između ova dva modela je u načinu na koji se u njima manifestovala težnja ka vjerski organizovanom zajedničkom životu. U crkvenom modelu ona se izražava kroz institucionalno jačanje crkve i borbu za dominacijom nad državom. U organskom modelu ta težnja se izražava kroz vjersko-političku zajednicu i borbu za državu.⁵⁸⁸

Posljedica historijskog manifestovanja islama u obliku organske religije se ogleda u tome što ni u jednoj muslimanskoj zemlji do kraja XIX vijeka nije egzistirala posebna islamska vjerska zajednica odvojena od državne strukture. I kada je došlo do obrazovanja islamskih zajednica u modernom smislu riječi, to se desilo u slučaju muslimanskog stanovništva koje je došlo u državno-pravni okvir ili političku dominaciju evropskih država (Indija, Centralna Azija, Indonezija, Balkan).

I pored odsustva crkvenog modela u historijskim muslimanskim državama, treba istaći da su islamski vjerski učenjaci i službenici (ulema) vremenom obrazovali zaseban sloj, izgradili unutrašnju hijerarhiju, osigurali vlastitu društveno-ekonomsku osnovu i formulisali titule, vršeći dio funkcija koje je u hrišćanskoj tradiciji imao kler. Pri

⁵⁸⁷ Donald Smith, *Religion and Political Development*, Boston, 1970, str. 7-8.

⁵⁸⁸ Wilfred Cantwell Smith, *Islam in Modern History*, Princeton – New Jersey, 1957, str. 211, bilj. 6.

tome su, za razliku od ovog posljednjeg, bili uvijek integrisani u državnu strukturu, bar što se tiče sunnija. Zato su zemlje sa većinskim muslimanskim stanovništvom na Bliskom istoku dočekale XX vijek bez postojanja islamske vjerske zajednice odvojene od organizacije državne vlasti.

Klasični teorijski koncept međuvjerskih i međunarodnih odnosa u muslimanskim državama dali su rani islamski pravници tumačeći glavne izvore šerijatskog prava i uopštavajući praktične mjere prvih halifa. Najrazrađeniji organizacioni oblik ovaj koncept je zadobio unutar Osmanske carevine.

Prema tumačenju šerijatskih pravnikâ “kuća islama” (darul-islâm) je mogla da obuhvata, osim muslimana, i sljedbenike tzv. nebeskih objava (ehli-kitâb) pod kojim su podrazumijevani hrišćani, jevreji i zoroastrovci. Oni su uživali status “štićenika” islamske vlasti (zimmi) a bili su organizovani u vjerskonarodnosne grupe (millet). Ove zajednice su uživale vjersku i građansko-pravnu autonomiju uz uslov da priznaju političku dominaciju muslimanske države. Priznavanjem društvenih i pravnosudskih funkcija nemuslimanskim zajednicama šerijatski pravници su, ustvari, na njih projektovâli svoju viziju vjerske zajednice kao vjerskog i društveno-političkog entiteta. To je dovelo do situacije da milleti u Osmanskoj carevini postanu prave “male teokratije” u kojima su vjerske starješine posjedovale i građansku, fiskalnu, školsku pa čak i djelimičnu krivičnu jurisdikaciju nad svojim istovjernicima. U literaturi se navodi da je, naprimjer, grkopravoslavni patrijarh posjedovao ovlaštenje za slanje u progonstvo osmanskih podanika koji pripadaju crkvi čiji je on starješina.⁵⁸⁹

U doba Tanzimata u Osmanskoj carevini, posebno nakon izdavanja Islahat fermana 1856., započela je transformacija milleta od vjerskonarodnosnih društveno-političkih zajednica prema vjerskim zajednicama (džemaat). Međutim, ovaj proces za vrijeme trajanja Osmanske države nije dovršen te su ga u takvom stanju naslijedile arapske države osnovane na razvalinama nekadašnjeg Carstva.

⁵⁸⁹ Niyazi Berkes, *The Development of Secularism in Turkey*, Montreal, 1964, str. 158.

Treba napomenuti da rezultati sekularne politike Tanzimata nisu dotakli muslimane u Osmanskoj carevini. U odnosu na njih nije došlo do razvoja u pravcu autonomne vjerske zajednice, nego do obrazovanja dvojstva sekularnih i islamskih ustanova u sferi obrazovanja i prava.

Sistem milleta je ostavio duboki trag na savremeno uređenje međuvjerskih odnosa na Bliskom istoku.⁵⁹⁰ Kao osnova identifikacije pojedinca i dalje se pojavljuje pripadnost vjerskoj, odnosno vjersko-narodnosnoj skupini. U prilog tome, pored historijskog naslijeđa, djeluje i zakašnjenje u formiranju onih društvenih slojeva koji bi mogli raditi na identifikaciji na nacionalnoj ili klasnoj osnovi (građanska klasa, svjetovna inteligencija, radništvo).

Vjerske zajednice u dijelu bliskoistočnih zemalja sačuvale su i svoje političke i društvene funkcije. One su zastupljene u predstavničkim i izvršnim tijelima a vjerski poglavari su ujedno i svjetovni lideri. Statusna pitanja pripadnika ovih vjerskih zajednica i dalje su u nadležnosti duhovnih sudova ili kanonskog prava, a moguće je i organizovanje društvenih i kulturnih aktivnosti po konfesionalnom principu.

Pregled važećih sistema regulisanja odnosa države i vjere pokazat će koliko je u bliskoistočnim zemljama historijsko naslijeđe djelovalo na usvajanje ili modifikovanje određenih obrazaca.

II. Modaliteti regulisanja odnosa države i vjere

Sve bliskoistočne države, osim Izraela, zemlje su sa većinskim a u nekim slučajevima i potpunim muslimanskim stanovništvom. Zbog te okolnosti, neki autori (W. C. Smith, E. I. J. Rosenthal, M. Ch. Bassiouni, K. Cragg) ove zemlje nazivaju "muslimanskim" prema većini muslimanskog stanovništva. Od ovih zemalja treba razlikovati "islamske države", navode ovi autori, kao oznaku za državne organizacije koje svoju legitimnost zasnivaju na učenju islama, gdje se islam javno i službeno primjenjuje a šerijat predstavlja izvor cjelokupnog

⁵⁹⁰ Richard B. Rose, "Islam and Development of Personal Status Laws among Christian Dhimmis: Motives, Sources, Consequences", *Muslim World*, LXXII (1982), str. 175-176.

zakonodavstva.⁵⁹¹ U kreiranju “islamskih država” javljaju se brojna sporna pitanja vezana za operacionalizaciju islamskih načela u sferi državnopravnog uređenja, o čemu ovdje nije potrebno više govoriti.

S obzirom na oblik vladavine države Bliskog istoka su monarhije ili republike. Među monarhijama postoje one koje se oslanjaju na tradicionalni muslimanski koncept sultanata ili memleketa (Saudijska Arabija, Oman, Katar, neke kneževine Perzijskog, odnosno Arabijskog zaliva) i one koje su izrađene po uzoru na evropske ustavne monarhije (Jordan, Kuvajt). Republike su obrazovane po uzoru na evropske republike građanskog ili socijalističkog tipa. Bez obzira na usvojeni oblik vladavine, u državama ovog regiona osjećaju se vrlo jake autokratske tendencije u najvišim vrhovima političke vlasti.

Sve bliskoistočne države, izuzev dvije tradicionalne muslimanske monarhije – Saudijske Arabije i Omana – imaju pisani ustav. Šarolikost oblika vladavine i ideoloških koncepcija na kojima se zasniva državna vlast ima za posljedicu uporedno postojanje različitih sistema regulisanja odnosa države i vjere. Za sve ove sisteme, od režima državne vjere, preko sistema priznatih vjerskih zajednica i odvajanja vjere od države, karakteristično je da su u praksi bliskoistočnih zemalja manje ili više modifikovani djelovanjem dominirajućeg vjerskog učenja.

1. Sistem državne vjere

Sistem državne ili službene vjere, odnosno crkve označava da je jedna vjeroispovijest prihvaćena kao vjersko učenje države i da zbog toga ima povlašten položaj u odnosu na ostale vjeroispovijesti. Poglavnik države mora pripadati državnoj vjeri, svaka radnja protiv te vjere ili njenog učenja je zabranjena, država donosi propise o organizaciji službene vjerske zajednice, obrazovanju, postavljanju i izdržavanju njenih sveštenika ili vjerskih službenika i njenog poglavara, vjerski

⁵⁹¹ W. C. Smith, *op. cit.*, 209-216.; M. Cherif Bassiouni, “Sources of Islamic Law and the Protection of Human Rights in the Islamic Criminal Justice System”, u: *The Islamic Criminal Justice System* (ed. M. Ch. Bassiouni), London – Rome – New York, 1982, str. 3, bilj. 3.; Erwin I. J. Rosenthal, *Islam in the National State*, Cambridge, 1965, str. 26, 331; Keneth Cragg, “Religious Development in Islam in the 20th Century”, *Journal of World History*, III (1956), str. 517.

praznici službene vjere imaju karakter državnih praznika a državna vjera utječe na pozitivno pravo, sistem javnog školstva itd.⁵⁹²

Sistem držane vjere, odnosno crkve prisutan je u hrišćanskoj tradiciji od treće decenije IV vijeka naše ere i uglavnom je ukazivao na dominaciju države nad crkvom. U ovom sistemu uvijek su postojale odvojene institucije države i crkve, mada su bile međusobno povezane. Privilegije koje donosi status državne vjere crkva je plaćala gubitkom samostalnosti.

U pravnoj historiji muslimanskih zemalja pojam “državna vjera” prvi put se pojavljuje u ustavima arapskih zemalja nakon Prvog svjetskog rata kada novouspostavljene nacionalne države usvajaju ustave evropskog tipa, ali insistiraju na unošenju klauzule o islamu kao državnoj vjeri a za muslimana rezervišu položaj šefa države.⁵⁹³ Neki autori su u tome vidjeli odavanje respekta islamu i priznanje njegovog moralnog primata, predviđajući pri tome sasvim konkretne pozitivno-pravne učinke takvog statusa.

Prema danas važećim ustavima, islam ima status državne vjere u većini bliskoistočnih muslimanskih država. U nekim od ovih zemalja u ustavima je sadržana klauzula o islamu kao državnoj vjeri (Egipat, Arapska Republika Jemen, Kuvajt, Katar, Ujedinjeni Arapski Emirati, Jordan).⁵⁹⁴ Uobičajena formulacija koja je korištena na arapskom jeziku je “el-islâm din ed-devle” (“islam je državna vjera”).

U Saudijskoj Arabiji i Omanu funkcionise državno-pravni poređak koji se oslanja na jedan historijski oblik tumačenja i primjene islamskog političko-pravnog koncepta.⁵⁹⁵ Ne ističe se status islama kao državne vjere, već se same države označavaju kao islamski legitimne

⁵⁹² Miroslav Pečujlić, *Odnos crkve i države*, Beograd, 1958., str. 28; K. Gros, *Udžbenik crkvenog prava Katoličke crkve*, Zagreb, 1930, str. 60-61; Marko Dimitrijević, “Odnos Crkve i države: historijski pregled”, “Pravoslavna misao”, II (1960.), str. 36.

⁵⁹³ Pierre Rondot, “Minorities in the Arab Orient Today”, u: *Man, State and Society in the Contemporary Middle East*, str. 273.

⁵⁹⁴ Bliže podatke o ovim ustavnim odredbama i njihovim sadržaju, vid. Al- Bešir el-Tikari, “Mekan eš-šeri’a el-islamijje fi desatir ed-duvel el-’arabijje”, *el-Medželle el-kanunijje et-tunisijje*, 1982., str. 20-40; M. Ch. Bassiouni, *op. cit.*, str. 67.

⁵⁹⁵ Anwar Ahmad Qadri, “The Islamic Legal System of Saudi Arabia”, *Islamic Literature*, XIV (1968), str. 37-46.

organizacije. Državna uprava je vezana za šerijat i tradiciju, izbor i uvođenje u dužnost vladara vrše se po muslimanskoj tradiciji izbora sultana, ime vladara se spominje na javnim molitvama petkom (hutba), vladari u određene dane lično primaju pritužbe podanika (medžlis el-mežâlim) itd. Šerijatski pravnici u ovim zemljama putem pravnih mišljenja (fetva) izriču sud o zakonitosti svih radnji koje se odvijaju u javnom ili privatnom domenu, od pitanja zakonitosti smjene na prijestolju do pijenja “koka-kole”.

Privremeni Ustav Republike Irak od 1970. ne spominje status islama kao državne vjere, ali to proizlazi iz odredaba o važenju šerijata kao opšteg izvora prava (Građanski zakonik iz 1951. čl. 1). Osim toga, Savjet komande revolucije je zakonom br. 50 iz 1981. uređio organizaciju Ministarstva za vakufe i vjerske poslove kome je, između ostalog, dao u zadatak uzdizanje islamskog poziva, širenje islamske kulture, zaštitu svetih mjesta i uređenje njihove uprave kao i nadziranje rada islamskih zadužnina (*vakf*). Ovo Ministarstvo je zaduženo i za stvari nemuslimanskih vjerskih zajednica i uređenje poslova vezanih za njihova dobra i hramove.⁵⁹⁶ Spomenutim aktima je objektivno islamu data dominantna vjerska uloga u državi i da se pri tom ne dira sloboda savjesti i vjeroispovijesti garantovana svim građanima.

Određene specifičnosti sistema državne vjere u muslimanskim bliskoistočnim zemljama najbolje se uočavaju prilikom njegovog poređenja sa praksom odgovarajućih evropskih država.

Na prvom mjestu treba spomenuti da ni u jednoj bliskoistočnoj zemlji sa sistemom državne vjere ne postoji islamska vjerska zajednica kao tijelo odvojeno od državne organizacije. Islamske vjerske službenike postavlja nadležni organ državne vlasti (Ministarstvo za vakufe i islamske/vjerske poslove), oni se školuju u školama nad kojima država vrši nadzor a nekada i neposrednu upravu, plaćaju se iz sredstava islamskih zadužbina koje su pod kontrolom države ili iz sredstava državnog budžeta, islamski vjerski praznici su državni praznici a izučavanje islamske vjere u državnim školama je obavezno.

⁵⁹⁶ Muhammed Šerif Ahmed, “Mu’essese el-evkaf fi el-‘irak”, *Da’ve el-hakk*, br. 230, 1983, str. 57.

Specifičnost na koju želimo skrenuti pažnju ogleda se u tome što u evropskim državama, u kojima je historijski afirmisan crkveni model uređenja odnosa vjerskog i političkog autoriteta, postoje odvojeni entiteti države i crkve sa vlastitom unutrašnjom organizacijom a usvajanjem sistema državne crkve država određuje već formiranu crkvu s izgrađenim i formulisanim učenjem, priznaje je i stavlja u dominantan položaj u sferi vjerskog djelovanja. Država, zatim, uspostavlja organizacione i personalne veze sa takvom crkvom

U bliskoistočnim muslimanskim zemljama moderne nacionalne države se nisu mogle susresti s ovako izgrađenom islamskom vjerskom zajednicom. One su jednostavno dio funkcija muslimanskih nomokratskih ili hijerokratskih država zadržale za sebe i u uslovima transformacije državnopravnog uređenja. Zato se u ovim zemljama ne može govoriti o "državnoj crkvi" niti "državnoj vjerskoj zajednici", jer nje zapravo nema, već o "državnoj vjeri".

S druge strane, nijedan državni poglavar u ovim zemljama nije istovremeno nacionalni islamski starješina, kao što je to slučaj npr. s Anglikanskom crkvom u Velikoj Britaniji, gdje monarh uživa takav položaj. Poglavari bliskoistočnih muslimanskih država se smatraju svjetovnim vladarima, ali im se lojalnost duguje na osnovu vjere.

Druga okolnost na koju želimo skrenuti pažnju je prisutnost islamskog prava u pozitivnopravnim sistemima ovih zemalja. Stepenn prisutnosti je različit od države do države, ali je moguće izdvojiti slijedeće modalitete: šerijat je jedini izvor pozitivnog prava, šerijat je glavni izvor prava i šerijat je jedan od dopunskih izvora pozitivnog prava.⁵⁹⁷

U arapskoj pravnoj literaturi vođene su rasprave o tome kakve posljedice po pravo ima priznanje islama za državnu vjeru. Ove rasprave su bile posebno intenzivne u Egiptu prilikom donošenja Ustava 1981.⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ O prisutnosti šerijata u pozitivnom pravu bliskoistočnih zemalja vid. Jerome N. D. Anderson and Norman Y. Couson, "Islamic Law in Contemporary Cultural Change", *Saeculum*, 1967, str. 13-92.

⁵⁹⁸ J. O'Kane, "Islam in the New Egyptian Constitution: Some Discussions in al-Ahram", *Middle East Journal*, XXVI (1972), str. 137-148.

Neki pravници, kao Ali Ali Mansur, zastupali su tezu da u takvoj državi šerijat ima značaj izvora cjelokupnog zakonodavstva te da se svi zakoni koji su mu protivni smatraju dokinutim, jer su protivustavni. Drugi pravnici, kao što su Abdulfatah Abdalbaki i Džemal Zaki, smatrali su da je u tom slučaju šerijat izvor pozitivnog prava samo u pitanjima ličnog statusa muslimana a da kanonsko, odnosno jevrejsko pravo predstavlja izvor pozitivnog prava u pitanjima ličnog statusa hrišćana i jevreja.⁵⁹⁹

U većini ovih zemalja nije usvojeno rješenje da priznanje islama za državnu vjeru znači istovremeno podvrgavanje cjelokupnog prava islamskom konceptu. Najšira primjena islamskog prava i muslimanskih običaja je u tradicionalnim monarhijama, dok u zemljama u kojima preovladava kodifikovano pravo šerijat, pretočen u zakone, važi za muslimane u stvarima ličnog statusa i naslijeđa a u oblasti građanskog prava utoliko ukoliko je korišten kao osnova kodifikacije, ili mu je priznat status dopunskog izvora prava.

Islamsko učenje i svetinje u svim ovim zemljama uživaju pravnu zaštitu. Obim i efikasnost ove zaštite različiti su u pojedinim zemljama u zavisnosti od privrženosti vladajućih struktura islamu i njihovom oslanjanju na vjerska osjećanja masa. Negdje se ta zaštita izražava kroz mogućnost izricanja najtežih krivičnihopravnih sankcija za vrijeđanje islamskog učenja, a negdje se preko toga prelazi sa pozivom na slobodu izražavanja.

Posebna krivičnopravna zaštita islama ogleda se u tome što neke od ovih država odricanje od islama ili apostaziju (*ridde*) kvalifikuju krivičnim djelom za koje se može izreći kazna zatvora a u ponovljenom i posebno teškom obliku i smrtna kazna.⁶⁰⁰ U zemljama u kojima odricanje od islama ne predstavlja krivično djelo počinitelac bi se susreo sa brojnim administrativnim i građansko-pravnim sankcijama koje, sa drugim okolnostima, ograničavaju Ustavom garantovanu slobodu savjesti u tim zemljama.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Ali 'Ali Mansur, *Nizam et-tedžrim ve el-'ikab fi el-islam*, el-Medina, 1976, str. 36-37.

⁶⁰⁰ Više o tome, vid., Ali 'Ali Mansur, *op. cit.*, str. 381-404.

⁶⁰¹ O slobodi promjene vjere u bliskoistočnim zemljama, vid. P.Rondot, *op. cit.*, str. 343.

Status islama kao državne vjere ima gotovo redovno za posljedicu i zahtjev da šef države ispovijeda islam. Egipatski Ustav iz 1981. (čl. 75) je jedan od rijetkih dokumenata u kome se taj zahtjev ne spominje.

U teoriji se postavilo pitanje kako će se odrediti da li je neko musliman ili nije. Da li je za to mjerodavna vjerska definicija (izjava o vjerovanju i vršenje vjerskih obreda) ili zakonska definicija. Uglavnom je usvojeno shvatanje da je musliman onaj ko potiče od roditelja muslimana, pa je takva formulacija sadržana u ustavu Kuvajta (čl. 4).⁶⁰²

I na kraju je potrebno vidjeti kako je regulisano pitanje vjerskih prava i sloboda nemuslimanskog stanovništva u zemljama u kojima islam ima status državne vjere. Poznato je, naime, da postojanje sistema državne vjere ili crkve ne mora samo po sebi umanjiti ili ograničavati vjerske slobode pripadnika ostalih vjeroispovijesti (slučaj Velike Britanije).

Garantovanje vjerskih prava i sloboda nemuslimanima u ovim zemljama vrši se na dva načina: u tradicionalnim monarhijama putem klasičnog islamskog koncepta međuvjerskih odnosa a u modernizovanim državama ustavnim garancijama slobode vjerovanja i vršenja vjerskih obreda i poslova svim građanima.

Javne funkcije su načelno dostupne i nemuslimanima i to, uglavnom, do ranga ministra pošto je i klasična islamska pravna teorija tu mogućnost dopuštala.

O tome kako se u stvarnosti realizuju vjerske slobode građana u ovim zemljama postoje specijalističke studije i ocjene na koje se ovom prilikom ne možemo osvrtni.

Opšti zaključak o odnosu države i vjere u bliskoistočnim zemljama koje su usvojile režim državne vjere je da se tu radi o muslimanskim zemljama i da u njima država ima dominaciju nad vjeronom.

⁶⁰² el- Bešir, *op. cit.*, str. 31.

2. Sistem priznatih vjerskih zajednica

Prema ovom sistemu, koji se još naziva i “sistemom pariteta” ili “jurisdikcionalizmom”, država na svom teritoriju priznaje određene vjerske zajednice, stavlja ih pod svoju zaštitu i na njih prenosi neke svoje funkcije (sklapanje i razvod braka, vođenje matičnih knjiga itd.). Vjerske zajednice su autonomne javno-pravne korporacije kojima država određuje sferu djelovanja. Pripadnicima priznatih vjeroispovijesti formalnopravno se garantuje vjerska i građansko-politička jednakost. U stvarnosti, povoljniji položaj ima vjeroispovijest kojoj pripada većina stanovništva. Iako su priznate vjerske zajednice načelno u svom djelokrugu nezavisne, država nad njima zadržava pravo nadzora koje se, uglavnom, manifestuje putem dva prava: *placetum regium* (pravo države da odobrava propise vjerskih zajednica) i *ius recursus ab abusu* (pravo građana da se obrate državnoj vlasti ukoliko se smatraju povrijeđenim nekom odlukom vjerskih organa)⁶⁰³

Ovaj sistem na Bliskom istoku u čistom obliku postoji u Libanu i Izraelu a u izvjesnoj mjeri i u Siriji.

Sistem priznatih vjerskih zajednica u Libanu naslanja se na dugotrajno važenje sistema milleta u emiratu Libanska Gora, koji je bio turski vazal od XVI do XIX vijeka a od 1861. do 1914. autonomna jedinica Osmanske države. Nakon proglašenja nezavisne libanske države prihvaćen je sistem jurisdikcionalizma u odnosima države i vjere. U čl. 9. Ustava iz 1926. sadržana je odredba da će država uvažavati sve vjere (*edjân*) i vjerske pravce (*mezahib*) i da će se pod njenom zaštitom vršiti vjerski obredi.⁶⁰⁴

Sistem priznatih vjerskih zajednica modifikovan je u Libanu dugotrajnom primjenom milletskeg sistema. Vjerske zajednice, pored vjerske funkcije, vrše i jurisdikciju u stvarima ličnog statusa a nastavljaju funkcionisati i kao društveno-politička tijela. Na osnovu “džentlenskog sporazuma” iz 1943. javne funkcije se raspoređuju po vjer-

⁶⁰³ M. Pečužlić, *op. cit.*, str. 28-29; K. Gros, *op. cit.*, str. 63-64.; M. Dimitrijević, *op. cit.*, str. 45.

⁶⁰⁴ El-Bešir, *op. cit.*, str. 27; Žorž Korm, *Multikonfesionalne zajednice*, Sarajevo, 1977., str. 279-293; P. Rondot, *op. cit.*, str. 277.

skonarodnosnom kriteriju, čime postaju faktički “feudi” pojedinih plemenskih i vjersko-etničkih grupa. Konfesionalizam se proširio i na području političkog i vojnog organizovanja što je dovelo do laganog nestajanja države i uzurpiranja nekih funkcija od strane konfesionalnih zajednica. Uspostavljen je takav oblik organizacije države koji je libanski sociolog Hasan Saab nazvao “sektokratijom”.⁶⁰⁵ Sve je to, uz ostale faktore, dovelo do dezintegracije zemlje u dugotrajnom građanskom ratu kome se još ne nazire kraj.

U Izraelu, takođe, važi sistem priznatih vjerskih zajednica koji se naslanja na osmanski sistem milleta, modifikovan u pravcu modernog jurisdikcionalizma u vrijeme britanske uprave u Palestini 1917-18. do 1948.⁶⁰⁶ U Izraelu je država priznala deset vjerskih zajednica (jevrejsku, islamsku, drusku, te različite hrišćanske crkve). O davanju priznanja pojedinim vjerama, odnosno vjerskim zajednicama odlučuje isključivo izraelska država, vodeći računa ne samo o različitosti vjerskog učenja nego i o državnom interesu (tako je Druze, ranije tretirane kao muslimane, izraelska država priznala za samostalnu vjersku zajednicu razbijajući time koheziju potencijalnih nosilaca opozicioniog djelovanja).

Priznate vjerske zajednice u Izraelu imaju jurisdikaciju nad svojim pripadnicima u statusnim pitanjima. Zbornici vjerskog prava u tom domenu imaju izvršnu sankciju izraelske države. Država u cjelini ili djelimično finansira ove zajednice ali ih i kontroliše putem Ministarstva vjere, koje ima odgovarajuće odsjeke. Iako su sve vjere formalnopravno jednake, jevrejstvo ima poseban status. Prilikom osnivanja 1948. Izrael je u Deklaraciji o nezavisnosti opisan kao “jevrejska država”. Više od 90% njegovog stanovništva čine Jevreji. To je doprinijelo da, kako kaže Emanuel Gutman sa Hebrejskog univerziteta u Jerusalimu, jevrejstvo bude “jednakije” od drugih vjera⁶⁰⁷

⁶⁰⁵ Ž. Korm, *op. cit.*, str. 282, bilj. 7.

⁶⁰⁶ Vid. Emanuel Gutmann, “Religion in Israeli politics”, u: *Man, State and Society in the Contemporary Middle East*, str. 122-134; Izhak Englard, “The Relationship Between Religion and State in Israel”, u: *Studies in Israel Legislative Problems* (ed. G. Tedeschi and U. Yadin), Jerusalem, 1966, str. 254-275.

⁶⁰⁷ E. Gutmann, *op. cit.*, str. 126.

Odnos jevrejske vjere i države reguliše se političkim aranžmanima jevrejskih krugova i političkih partija koje se bore za vlast. Ovim aranžmanima, koji se od 1959. uključuju u deklaraciji svake novoformirane vlade, garantuje se očuvanje *statusa quo* u slijedećim pitanjima: sabat je dan odmora za Jevreje, jevrejski propisi o ishrani će se uvažavati u svim javnim lokalima, vjersko pravo će važiti u stvarima ličnog statusa Jevreja, održavat će se posebni sistem jevrejskih vjerskih škola.

U pogledu koncepta organizacije postoji razlika između jevrejstva, islama i ostalih vjera.

Iako je hijerarhijski organizovana vojska zajednica nepoznata jevrejstvu, ona je u Palestini uspostavljena u toku turske i britanske uprave i danas funkcionije u Izraelu. Nju čine Glavni rabinat na zemaljskom nivou i vjerski savjeti na lokalnom nivou. Postoji i sistem rabinskih sudova. Država određuje organizaciju, sastav i finansiranja ovih tijela. Ukratko, jevrejski vjerski organi nisu odvojeni od države, nisu autonomni ni apolitični.⁶⁰⁸

Slično stanje je i sa muslimanskom zajednicom.⁶⁰⁹ Islamska vjerska zajednica kao tijelo odvojeno od državne strukture, uspostavljena je u Palestini u vrijeme britanske uprave. Ovakva zajednica prestala je funkcionisati nakon 1948. a islamski vjerski poslovi su postali područje državne nadležnosti Izraela. Tu spada postavljanje, kontrolisanje i finansiranje islamskih vjerskih službenika (imami, hatibi i sl.), održavanje i podizanje džamija, kontrole vjerske nastave i zadužbina i sl. Šerijatski sudovi, slično jevrejskim i druskim, integrisani su u izraelski sistem pravosuđa. Država određuje njihovu organizaciju, nadležnosti i imenuje kadije. Ovi posljednji prilikom imenovanja daju izjave o lojalnosti izraelskoj državi.

U organizaciju i funkcionisanje hrišćanskih duhovnih sudova izraelska država se ne miješa. To je isključivo u nadležnosti crkvenih vlasti i kanonskog prava. S druge strane, nadležnost ovih sudova je uža od nadležnosti šerijatskih sudova.⁶¹⁰

⁶⁰⁸ I. Englard, *op.cit.*, str. 275.

⁶⁰⁹ Vid. Aharon Layish, "Muslim Religious Jurisdiction in Israel", *Asian and African Studies*, I (1965), str. 49-79.

⁶¹⁰ Vid. A. Layish, "Qadis and Shari'a in Israel", *Asian and African Studies*, VII (1971), str. 237-272.

Razlozi ovakvog tretiranja islamske vjere su historijsko naslijeđe i potreba političke kontrole. Zbog toga je u Izraelu pokrenut proces formiranja islamske vjerske zajednice odvojene od državne strukture.

Sirija predstavlja državu u kojoj je došlo do izvjesnog spoja sistema državne vjere i sistema priznatih vjerskih zajednica. U toku priprema za izradu Ustava 1950. hrišćanski vjerski i građanski predstavnici su zatražili da se iz Ustava izostavi formulacija o islamu kao državnoj vjeri, jer bi to, kako je izjavio tadašnji grkokatolički nadbiskup Yusuf Rabbâni, dovelo do diskriminacije hrišćana i cijepanja na nacije.⁶¹¹ Hrišćani su odbacili tradicionalni islamski koncept uređenja međuvjerskih odnosa. Nisu željeli da budu "štićenici" islamske države već punopravni građani u smislu evropske političke tradicije. S druge strane, muslimanska sunijska većina, posebno grupe integrista, insistirali su na formulaciji o islamu kao državnoj vjeri. Nađen je kompromis u odredbi "islam je vjera šefa države", koja je ponovljena i u narednom Ustavu iz 1973.⁶¹² Islam nije dobio status državne vjere, ali je islamska pravna nauka (fiqh) proglašena glavnim izvorom zakonodavstva (čl. 3.).

Nemuslimanske vjerske zajednice su i ovdje institucije izvan državne strukture podložne kanonskom pravu. Ne postoji, međutim, islamska vjerska zajednica takvog tipa. Islamski vjerski službenici djeluju ili kao državni službenici ili službenici vakufa nad kojima država ima nadzor.

U Siriji nije došao do izražaja konfesionalizam karakterističan za Liban, iako su obje zemlje imale historijsko naslijeđe. U Siriji je pedesetih godina započeo proces evolucije konfesionalnog režima u pravcu ograničavanja vjerskih zajednica na specifično vjerske funkcije.

Za bliskoistočne zemlje u kojima važi sistem priznatih vjerskih zajednica karakteristično je, možemo zaključiti, da nije došlo do potpunog obrazovanja vjerskih zajednica izdvojenih od organizacije države (Izrael, Sirija), odnosno da nije došlo do gubljenja njihovih društveno-političkih funkcija (Liban).

⁶¹¹ George Lenczowski, "Political Institutions", u: *Middle East: World Center* (ed. R. N. Anshen), New York, 1956, str. 154, bilj. 50.

⁶¹² A. R. Kelidar, "Religion and State in Syria", *Asian Affairs*, 1974, str. 16-22.

3. Sistem odvajanja vjere od države

Ovaj sistem, koji se još naziva i “sistemom slobodne crkve u slobodnoj državi” i “apsolutnom neutralnošću države u čisto vjerskim i crkvenim pitanjima”, znači da vjera u određenoj državi ima status “privatne stvari” građana, da država u cjelini vrši vlast u javnom domenu, određuje granice djelatnosti vjerskih zajednica i ne miješa se u njihove unutrašnje stvari.⁶¹³

Vjerske zajednice imaju autonomiju u pogledu određivanja sadržaja vjerovanja vjerskih propisa, organizacije vjerskih poslova, unutrašnje discipline itd. U slučaju sukoba vjerske norme ponašanja u određenim pitanjima i državnog propisa koji se toga tiče, prioritet ima državna norma.

Sistem odvajanja vjere od države ima više varijanata. Za njegovo važenje u SAD-u je karakteristično preferiranje hrišćanstva u javnom životu, djelovanje duhovnih sudova i važenje njihovih odluka *pro foro civili* itd., tako da se može govoriti o postojanju nacionalne religije, odnosno vjere koja nema ustavom privilegovani položaj, ali se uvažava u društvenom životu. U praksi evropskih građanskih država ovaj sistem znači jednak odnos prema svim religijama ali i zadržavanje njihovog utjecaja u društvenom životu (školstvo, zakletve javnih funkcionera, vjerski praznici itd.). U zavisnosti od konkretne društveno-političke situacije u pojedinim zemljama vjerske zajednice su proglašenjem ovog sistema ili došle pod državnu kontrolu (Francuska) ili su se u određenom obimu oslobodile takve kontrole (Belgija). U evropskim socijalističkim zemljama ovaj sistem označava ili dosljedno isključenje vjerskih zajednica iz javnopravnog domena ili zadržavanje njihove određene prisutnosti.

U svakom slučaju nedostaje jedan opšteusvojeni koncept sekularne države sa precizno razgraničenim kompetencijama državnih i vjerskih zajednica. Zbog toga vjerske zajednice u zemljama koje se generalno nazivaju sekularnim imaju različit položaj i područje djelovanja.⁶¹⁴

⁶¹³ Jovan Stefanović, *Odnos između Crkve i države*, Zagreb, 1953., str. 62-63; M. Pečujlić, *op. cit.*, str. 29; M. Dimitrijević, *op. cit.*, str. 43-44.

⁶¹⁴ Vid. Prakash Luthera, *The Concept of the Secular State and India*, Calcutta, 1964, VIII.

Republika Turska je jedina bliskoistočna zemlja u kojoj je pravno usvojen sistem odvajanje vjere od države. Do toga je došlo u toku procesa sekularizacije iniciranog revolucijom 1920-1923.⁶¹⁵ Sekularizacija je trebalo da bude sveobuhvatna i obuhvatala je slijedeće aspekte: simbolički (uklanjanje vanjskih obilježja islamske tradicije iz javnog života), institucionalne (ukidanje tradicionalnih islamskih institucija hilafeta i mešihata koje su manifestovale organsko jedinstvo države i vjere), funkcionalne (ukidanje islamskih pravosudnih, školskih i drugih ustanova) i pravne (ukidanje važenja šerijatskog prava u cjelini).

Za uređenje odnosa vjere i države najznačajnije je bilo obesnaživanje tradicionalnog koncepta jedinstva države i vjere (*dîn ve devlet*). Do nove formule odnosa političkog i vjerskog autoriteta došlo se postepeno s obzirom na osjetljivost muslimanskih masa, snagu vjerskih krugova i okolnost da su se revolucionarne vođe koristile islamom kao sredstvom političke mobilizacije u toku borbe za nezavisnost.

U prvom ustavu Turske Republike iz 1924. (član 2) stajala je odredba "Vjera Turske države je islam, njen zvanični jezik je turski, glavni grad je Ankara."⁶¹⁶

Turski Ustav od 9. VII 1961. zadržava, uglavnom, ove principe u nešto izmijenjenom sadržaju čl. 2: "Turska Republika je pravna, nacionalna, demokratska, svjetovna i socijalna država zasnovana na pravima čovjeka i osnovnim načelima navedenim u Preambuli."⁶¹⁷

Februara 1937. u čl. 2. Ustava je uneseno šest principa Republikanske narodne partije kojim se garantuje očuvanje tekovina mladoturske revolucije. Ti principi se pojavljuju u obliku formulacije: "Turska država je republikanska, nacionalna, populistička, etatistička, sekularna i reformistička država."⁶¹⁸

Turski Ustav od 9.VII 1961. zadržava, uglavnom, ove principe u nešto izmijenjenom sadržaju čl. 2: "Turska Republika je pravna,

⁶¹⁵ Binaz Toprak, *Islam and Political Development in Turkey*, Leiden, 1981.

⁶¹⁶ Isto, str. 148, bilj. 49.

⁶¹⁷ Bernard Lewis, "Dustur", u: *The Encyclopaedia of Islam*, 2nd ed., str. 645.

⁶¹⁸ Isto.

nacionalna, demokratska, svjetovna i socijalna država zasnovana na pravima čovjeka i osnovnim načelima navedenim u Preambuli.”⁶¹⁹

Konstanta uređenja odnosa države i vjere u Turskoj od 1928., u odnosu na 1937.do današnjih dana je proglašenje principa sekularne države. Međutim, u samom razumijevanju ovog principa i njegovom funkcionisanju u Turskoj su ispoljene neke specifičnosti.

Uparedo sa proglašenjem odvajanja vjere od države u Turskoj nije došlo do obrazovanja autonomne islamske vjerske zajednice koja bi samostalno odlučivala o unutrašnjim pitanjima vjerskog učenja, forme vjerskih obreda, vjerskim propisima, organizaciji, finansijama i unutrašnjoj disciplini. U svim tim pitanjima država je očuvala neposrednu nadležnost putem posebnog tijela nazvanog “Predsjedništvo vjerskih poslova” (Dijanet išleri başkanligi), odnosno “Biro vjerskih poslova” (Čl.154. Ustava iz 1961.).

Od 1928-1950. u Turskoj je bio na djelu pokušaj reformisanja islama mjerama državne vlasti u cilju stvaranja koncepta “turskog islama” sličnog Anglikanskoj crkvi u Velikoj Britaniji.⁶²⁰

Država je u svojoj nadležnosti imala obrazovanje, imenovanje i finansiranje islamskih vjerskih službenika, odobravanje rada vjerskih redova, podizanje i izdržavanje vjerskih objekata, upravu vjerskih dobara, određivanje jezika vjerskih obreda itd.

Nakon 1950. dolazi do obnavljanja tradicionalnih tumačenja vjerskog učenja i obreda, obnavljanja rada islamskih ustanova u modernizovanom obliku i sve većeg uticaja islamskog faktora u javnom životu i politici. Uprava islamskih vjerskih poslova ostala je i dalje u nadležnosti državne birokratije.

U isto vrijeme, hrišćanske i jevrejske vjerske zajednice su postojale kao entiteti odvojeni od državne vlasti, djelovale u sferi vjerskih obreda i poslova po pravilima vjerskog prava i principima opšteusvojene unutrašnje organizacije tih zajednica.

⁶¹⁹ Ustav Republike Turske, u: *Zbirka novijih ustava*, ser. E, br. 34-35, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1963.

⁶²⁰ W. C. Smith, *op. cit.*, str. 161-205.

Ovakvo uređenje odnosa države i vjere u Turskoj, posebno u pogledu islama navelo je neke pisce da važeći sistem nazovu “kvazisekularnim” (Bulent Daver), a druge da to pravdaju kao neophodnu mjeru pošto politika u muslimanskim zemljama ima teološki značaj (Šerif Mardin).⁶²¹

III. Zaključna razmatranja: društveno-političke posljedice povezanosti države i vjere i pitanje sekularizacije u bliskoistočnim zemljama

Jedan od glavnih zaključaka koji se mogu izvesti iz ovog sažetog prikaza uređenja odnosa države i vjere u bliskoistočnim zemljama jeste zadržavanje povezanosti države i vjere u svim zemljama regiona. Čak i u Turskoj, jedinoj zemlji koja je proglasila princip odvajanja vjere od države, očuvane su nadležnosti države u domenu upravljanja vjerskim poslovima. Na području Bliskog istoka nema ni jedne stvarno sekularne države.

Takvo stanje u muslimanskim zemljama se u literaturi često pojednostavljeno objašnjava tezom o teorijskoj nespojivosti sekularno društvenog modela i islama. U apologetskoj islamskoj literaturi se navodi da je sekularizam kao ideja i koncept rezultat hrišćanske evropske tradicije, da u islamu nema sukoba države i vjere te onda nema ni sekularne države kao rezultata tog sukoba.

Sirijski sociolog Bassam Tibi pristupa objašnjenju ovog fenomena na drugačiji način. Slijedeći njemačkog sociologa religije Nikolasa Luhamanna, on ističe tezu da sekularizam korespondira “razvoju društvenih struktura u pravcu funkcionalne diferencijacije.”⁶²² Sekularizam nije akt volje, nego produkt kompleksne evolucije društva koja kulminira u modernom industrijskom društvu u kome se iskazuje tendencija funkcionalne diferencijacije gdje svaka funkcionalna sfera dobiva veću nezavisnost i autonomiju, ali i zavisnost o drugim funkcijama.

⁶²¹ B. Toprak, *op. cit.*, str. 46-47.

⁶²² Bassam Tibi, “Islam and Secularization. Religion and the Functional Differentiation of the Social System”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXVI (1980), str. 209-211.

Muslimanska društva Bliskog istoka su i danas, u globalu, preindustrijska društva, pa na nedostatak sekularizacije treba gledati kao na korelaciju stanja nediferenciranih društvenih funkcija. Postoji i dalje jedinstvo svetog i političkog, a islam se koristi kao politička ideologija ili njen dio i kao pravni sistem ili njegov dio.

Niski stepen diferencijacije društvenih funkcija ogleda se i u nedostatku moderno organizovanih islamskih vjerskih zajednica u zemljama regiona. Ni u jednoj zemlji ne postoje izdvojeni entiteti izdvojenih vjerskih zajednica, već se i dalje održavaju ostaci organskog modela odnosa vjerskog i političkog autoriteta. Na tezu da islam ne poznaje sveštenike te da zbog toga i nema hijerarhijski uređenih vjerskih islamskih zajednica na Bliskom istoku, može se odgovoriti argumentacijom na osnovu koje je nedvojbeno da su se tokom historije stvarno pojavili slojevi učenjaka (‘ulema) koji su vršili određene funkcije koje pripadaju kleru i vjerskim organizacijama crkvenog tipa.⁶²³ U određenim zemljama ovaj sloj je bio i čvrsto hijerarhijski organizovan i institucionalizovan (Osmanska carevina). Razlog za nepostojanje islamskih vjerskih zajednica na Bliskom istoku izvan državnih struktura, ne treba, dakle, tražiti u isključivom djelovanju teorijskog islamskog koncepta, već u karakteru društva ovog regiona. U tom pogledu odsustvo moderno organizovanih vjerskih zajednica usporava proces sekularizacije pošto je za uspješno odvijanje takvog društvenog preobražaja neophodno da određene vjeroispovijesti na teritoriju jedne države posjeduju vlastite organizacione mehanizme pomoću kojih mogu upravljati svojim poslovima. Na taj način i država koja je do tada djelovala kao organsko jedinstvo političkog i vjerskog autoriteta, ima na koga prenijeti vjerske funkcije.

Sociološki posmatrano, najveće društvene predispozicije za sekularnu državu ima Izrael, koji se nalazi u fazi razvijenog industrijskog društva i u kome religija konstantno gubi utjecaj u gotovo svim domenima javnog života.⁶²⁴ Iako su sekularne snage u Izraelu prilično jake i u znatnoj mjeri institucionalizovane kroz dominaciju drža-

⁶²³ Vid. *Scholars, Saints and Sufis* (ed. N. R. Keddie), Berkeley, Los Angeles, 1972.

⁶²⁴ E. Gutmann, *op. cit.*, str. 125.

ve nad vjerom, one nisu mogle dosljedno insistirati na svjetovnom karakteru Izraela iz praktično političkih razloga.⁶²⁵ Jevrejsko vjersko učenje je to koje osigurava tezu o "historijskom pravu" na Palestinu i pruža osnovu za održavanje veze sa Jevrejima u dijaspori.

Perspektive sekularizma na Bliskom istoku zavisit će tako od brzine preobražaja tradicionalnih društava i njihovog približavanja stanju visoke diferencijacije društvenih funkcija. Istovremeno, biće značajno i jačanje subjektivnih faktora koji će se zalagati za takvu orijentaciju.

Nakon Drugog svjetskog rata te snage su posebno jake među nemuslimanskim vjersko-etničkim grupama. Oni su teorijski predisponirani i imaju praktični interes da se zalažu za sekularizam koji bi dokinuo ulogu vjere u javnom domenu (što znači ulogu islama kao dominantne religije) i njene refleksije na građansko-pravni i politički status pojedinaca.

U krugu muslimanskog stanovništva, sekularizam nalazi podršku u krugovima modernizovane inteligencije zadojene idealima arapskog nacionalizma.

Svođenju islama na formu vjerske svijesti i njegovo manifestovanje u sferi privatnog života pojedinaca suprotstavljaju se dijelovi tradicionalne uleme i privrženici integrističkog tumačenja islama. Ova posljednja tendencija jača od sedamdesetih godina.

Izvor: *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*,
br. 5/1987, str. 563-577.

⁶²⁵ I. England, *op. cit.*, str. 255.