

MUSLIMANSKI PRAVNICI I „KVARENJE VREMENA“: INSTRUMENTI USKLAĐIVANJA PRAVA I STVARNOSTI U FIKHU

- istraživačka bilješka -

Dr. Fikret KARČIĆ*

Sažetak

Kako usaglasiti normu i stvarnost je jedan od najvećih izazova sa kojima se suočava svaki pravni sistem. Islamsko pravo se sa ovim problemom sučilo u doba dekadense, kada su muslimanski pravници uvidjeli teškoću tumačenja primjenjivanja savršene norme u dekadentnoj realnosti. Izučavajući metodologiju koju su razvili muslimanski pravници možemo primjetiti tri instrumenta, kako ih je uočio Henry S. Maine izučavajući stare pravne sisteme: fikciju, koncept jednakosti i državno pravo, kako bi premostili razlike između idealnog sistema i stvarnosti kakva jeste.

* 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.

Jedan od glavnih izazova koji stoji pred svakim pravnim sistemom jeste uskladenost 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. Uskladenost prava i stvarnosti postoji onda kada pravo ide uporedo sa stvarnošću. 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 uskladenosti prava i društva posebno izraženo.

Pitanje uskladjivanja prava i stvarnosti je problem s kojim se susreću svi pravni sistemi. Različiti pravni sistemi razvijali su različite mehanizme za uskladjivanje 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*¹. Prema Maine-u postoje tri instrumenta kojim se vrši uskladjivanje prava i društva. To su: pravne fikcije (legal fictions), pravičnost (equity) i zakonodavstvo (legislation).² 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 Maine-ove šeme i istraživanja američkog autora Herberta J- Liebesny-a u ovom radu pokušaćemo odgovoriti na pitanje da li su se ovi instrumenti javili u historiji islamskog prava, i to posebno u doba dekadence.³ U ovom tekstu slijedi se pristup po kome period dekadence (*inhit al-muslimin*) traje od pada Bagdada u mongolske ruke 1258. do polovine 19. vijeka, kada počinje moderni reformistički pokret (*harakat al-islam*).⁴ 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 Husayn kaže da je Allahov Poslanik s.a.w.s. rekao: „Najbolji dio moga Ummeta je moja generacija, zatim ona koja dolazi iza nje, a potom ona koja slijedi iza njih“ (zabilježio imam al- Bukhari).

Za tezu o cikličnom obrascu kretanja historije bila je ključna ideja o konsekvativnim 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 uzео neke kao borце na Allahovom putu poginule, a Allah ne voli zločinitele!* (3:140)

Odjek ovih ideja u fikshskoj literaturi vidimo u korištenju sintagme *fesad al-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 uskladjivanja 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“.⁵ Iako ova sintagma u klasičnim djelima nije bila predmet šire teorijske obrade, ona je korištena u cilju uvodjenja novih tumačenja prava.

Instrumenti uskladjivanja 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. Maine-u pravna fikcija je svaki navod koji sakriva činjenicu da je pravni propis pretrpio promjenu iako mu je slovo nedirnutu. U rječniku muslimanskih pravnika pravne fikcije se označavaju terminom *hiyal* (doskočice, trikovi). U njima je vidjen 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.

Na primjer, zabrana kamate (*tahrim al-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

¹ *Ancient Law - its connection with early history of society and its relation to modern ideas* (London: John Murray, 1861).

² Vidi poglavlje II knjige *Ancient law*, http://avalon.law.yale.edu/subject_maneas/maineco.asp, pristupljeno 11/06/2009.

³ 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 izmijenjena i dopunjena verzija toga teksta.

⁴ 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).

⁵ Haim Gerber, citirano prema Marion Holmes Katz, „The ‘Corruption of Times’ and the Mutability of the Shari’a”, *Cardozo Law Review*, 28:1, 174, bilj.12.

navodne kupovne cijene uvijek prispjiva 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 pravnikova ovom konceptu bi odgovarala ustanova *al-nazar fi'l-mazalim* („ispitivanje nepravdi“). „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* suda 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 (*adala*) i pravičnosti (*qist*). 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 (*maslaha*) onako kako je definisano u „upravi u skladu sa šerijatom“ (*al-siyasa al-shariyya*). 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.

Zakonodavstvo

Henry S. Maine definiše zakonodavstvo kao cjelinu normi koje izvode svoj autoritet iz nekog izvanjskog tijela

6 Vidi, Knut S. Vikor, *Between God and the Sultan: A History of Islamic Law* (Oxford: Oxford University Press, 2005), 191-192.

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 usul-i fikha je naučavala da je u šerijatu Bog zakonodavac (*al-hakim*), da Božansko pravo tumače učenjaci (*ulema*) a da državi pripada pravo uređivanja primjene šerijata (*al-siyasa al-shariyya*). Vremenom je nadležnost države da uređuje primjenu šerijata proširena tako da je obuhvatila i izdavanje supstancijalnih propisa. Ovi propisi nazvani su *qanuni*. Na osnovu ove prakse, koja je svoj vrhunac doživjela u Osmanskoj državi, u 19. vijeku javio se fenomen kodifikacije (*taqin*). Kodifikacija je tokom 19. vijeka bila evropski fenomen čiji je val zahvatio i izvan evropske prostora. 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 učvrstiće se i u muslimanskom svijetu.⁷

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. Najšće korišteni instrumenti usaglašavanja prava i stvarnosti bili su fikcije, pravičnost i državno zakonodavstvo, kao što je to i slučaj sa drugim velikim pravnim sistemima.

7 Vidi o tome, Noah Feldman, *The Fall and Rise of the Islamic State* (Princeton i Oxford: Princeton University Press, 2008), 61-102.

Summary

MUSLIM JURISTS AND „THE CORRUPTION OF TIMES“:
INSTRUMENTS OF BRINGING INTO ACCORD
LAW AND REALITY IN FIQH
(Research note)

Fikret Karčić

One of the main challenges facing every legal system is how to bring into accord norm and reality. Islamic legal system confronted this challenge during the period of decadence. Muslim jurists realized that they have to interpret and implement ideal norm in a decadent world. Studying the methodology developed by Muslim jurists one can find three instruments identified by Henry S. Maine in the case of ancient laws -fictions, concept of equity and state legislation- for bridging the gap between ideals and reality.

الموجز

الفقهاء المسلمون و «فساد الزمان»
أدوات التوفيق في الفقه بين القواعد والواقع
- ملاحظات بحثية -

أ. د. فكريت كارتشيتش

إن التوفيق بين القواعد والواقع يعتبر من أكبر التحديات التي تواجهها الأنظمة القانونية، وقد واجه الفقه الإسلامي هذه المشكلة في عصر الانحطاط. فقد تنبه الفقهاء المسلمون في ذلك الوقت إلى صعوبة تفسير تطبيق القاعدة المثالية في واقع يعاني من الانحطاط، وإذا درسنا المنهجية التي وضعها الفقهاء المسلمون فيمكننا أن نلاحظ ثلاث أدوات. كان هنري س. ماين قد تنبه إليها أثناء دراسته للأنظمة القانونية القديمة. وهي: الخيلة ومفهوم المساواة وقانون الدولة. وذلك من أجل التغلب على الفارق بين النظام المثالي وبين الواقع كما هو.