

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 uobličene 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 historijskopravnog 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 *fî* 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 *fî* 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 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 resullah*, (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 preduzimaao 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 preduzimaao, 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, (*Encyclopedie 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-kullije), 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-kullije*), 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-aglebije*) 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 šerijatsko-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 neprotivrječna 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 šerijatskopavnog 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 šerijatskopavnih 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 pravника 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 opinioniones*). 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 konstituira 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 (*Šeriatsko 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.