

Sead Bandžović, doktorant / Ph. D. Candidate
Univerzitet u Sarajevu / University of Sarajevo
Pravni fakultet / Faculty of Law
s.bandzovic@hotmail.com

VJERSKO VS. SEKULARNO: SUDSTVO U ŠERIJATSKOM, JEVREJSKOM I COMMON LAW PRAVU¹

RELIGIOUS VS. SECULAR: JUDICIARY IN SHARIA, JEWISH AND COMMON LAW LEGAL SYSTEM²

U literaturi su česta podsjećanja da čovjek uči kroz iskustva, a ona se nalaze upravo u prošlosti. Za normalno i nesmetano funkcioniranje društvene zajednice kao nezaobilazan faktor se nameće sudstvo, tačnije mehanizam rješavanja sporova kojim se nastoje pomiriti međusobno suprotstavljena prava i interesi u privatnopravnoj sferi ili zaštititi dobara i vrijednosti od nepoželjnih ponašanja i kao takve ih propisno sankcionirati. Ovi mehanizmi su kroz historiju egzistirali u različitim oblicima: od plemenskih vođa, kao najiskusnijih i najstarijih autoriteta jednog kolektiva, koji su presuđivali sporove, pa sve do savremenog sudstva. Prilikom oblikovanja sudskog sistema uvijek su se u obzir uzimale društvene, političke, kulturne i druge prilike u kojima on djeluje. Danas postoje brojne pravne porodice: kontinentalna evropska, Common Law, šerijatska i druge, kao i različiti modaliteti uređenja i funkcioniranja sudova. Taj zanimljiv i kompleksan fenomen obradila je Ehlimana Memišević u knjizi *Sudovi: komparativna studija*. Riječ je o doktorskoj tezi koju je odbranila na Pravnom fakultetu Univerziteta u Sarajevu 2018, a koju je 2019. objavio sarajevski Centar za napredne studije. Autorica je na spomenutoj visokoškolskoj ustanovi angažirana kao docent na Katedri za pravnu historiju i komparativno pravo. Polja njenog naučnog interesiranja su pravna historija, odnos države, prava i religije, pravni pluralizam, komparativno pravo. Iz ovih oblasti napisala je veći broj radova među kojima se mogu izdvojiti sljedeći: *Zapadni koncept kadijske pravde; Teaching Islamic Law at Public Universities in the Countries of Former Yugoslavia; Šerijat u Evropi: primjer Grčke; Law and*

¹ Tekst je prikaz knjige *Sudovi: komparativna studija* autorice Ehlimane Memišević (Centar za napredne studije, 2019).

² This text is the review of a book *Courts: Comparative Study* by Ehlimana Memišević (Center for Advanced Studies, 2019)

Religion in Bosnia and Herzegovina; Savremeno regulisanje slobode religije ili uvjerenja u Bosni i Hercegovini, Hrvatskoj, Srbiji i Crnoj Gori; Između zakona i stvarnosti: primjena Porodičnog zakona iz 2004. godine u Maroku.

Djelo *Sudovi: komparativna studija* predstavlja uporedno istraživanje sudstva u tri različita pravna sistema: islamskom, jevrejskom i Common Law. Specifičnost proučavanja proizlazi iz same prirode ovih sistema od kojih dva potječu sa područja Bliskog istoka i pripadaju vjerskim pravima, dok je engleski Common Law nastao u sekularnom okruženju. U knjizi su rezultati njihovog istraživanja predstavljeni u četiri tematske cjeline. Prvo poglavlje tretira jevrejski pravni sistem, drugo šerijatsku pravnu tradiciju, treće Common Law. U četvrtoj cjelini izvršena su poređenja koncepta prava, pravde i suđenja u prednje navedenim pravnim sistemima uz osvrt na distinktivne odlike engleskog prava. Na kraju knjige nalazi se bibliografski dio sa obimnim popisom konsultirane literature koja može biti dobar osnov za daljnje analize ove interesantne i stručno izazovne tematike.

Kada je riječ o konceptu pravde i pravičnosti, u jevrejskom i islamskom pravu naglašava se njena božanska, univerzalna dimenzija. Cilj pravde je postizanje spasenja na onozemaljskom svijetu („vremenu iza prošlosti“, kako ističe autorica), za čije će ostvarenje biti zadužen „sudac svega svijeta“ na kraju vremena. Arapski i hebrejski termini za pravdu (*adl* i *mišpat*) upućuju na njenu vječnost i univerzalnost. Pravo se posmatra kao putokaz koji ljude treba usmjeravati ka poželjnom, moralnom ponašanju i konačnom spasenju. Jevreji su pravo označavali kao *halakhah* (*put kojim se mora ići*), dok su muslimani koristili riječ *madhab* (arap. *ići*). U knjizi je naglašeno da ovakva shvatanja prava svoje porijeklo vuku iz starih bliskoistočnih pravnih kultura. U mezopotamskim pravnim izvorima pronađene su formulacije *harran / uruh kitt u mešari – staza / put istine i jednakosti*. Kao dodatni primjer istaknuti su Hamurabijevi zakoni doneseni s ciljem da se narod povede putem istine i pravde, a da se vladarevom nasljedniku „pokaže put kojim će ostvarivati pravo i pravednost“. Englesko pravo, s druge strane, nije imalo znatnog uticaja vjerskih učenja na svoj razvoj. U ovom sistemu ne postoji pojam božanske pravde i pravičnosti kao u vjerskim pravnim sistemima.

Sudovi su važna „slika svog vremena“. Dugo vremena smatrani su prerogativom vladara koji su postepeno ta ovlaštenja prepuštali raznim službenicima i ustanovama. Mojsije je kod Jevreja imenovao tisućnike, stotnike, pedesetnike i desetnike za suđenje u manjim slučajevima, da bi za vrijeme vladavine kralja Jošafata bila uspostavljena hijerarhija pravosudnih ustanova. Kod muslimana je još poslanik Muhammed a.s. imenovao sudije da bi, po uspostavi hilafeta i etabliranju halifa kao primjenjivača Božijih naredbi

i zakona, pravosudna funkcija prešla na njegove provincijske namjesnike. Oni su za te potrebe imenovali kadije (vjerske sudije). U Engleskoj je dugo vremena korišten sistem utemeljen na administrativnoj podjeli zemlje na okruge i grofovije na čijem se čelu nalazio šerif. Radi centralizacije moći u zemlji sa radom su započeli putujući suci (*eyre*), da bi potom bili osnovani kraljevski sudovi koji će svojom obimnom djelatnošću stvoriti Common Law sistem. Pri primjeni prava uočene su brojne poteškoće u vidu potencirane pravne formalnosti i zloupotreba. Radi zaštite prava stranaka uspostavljena je nova komponenta engleskog prava – pravo pravičnosti (*equity law*). Treću komponentu, pored pravičnosti i djelatnosti sudova, predstavljali su zakoni koje je donosio kralj na osnovu svog autoriteta sve do parlamentarnog preuzimanja legislativne djelatnosti (*statute law*).

Osim sudova, za rješavanje sporova primjenjivani su i arbitražni mehanizmi. U jevrejskom pravu arbitraže su korištene kako bi se spriječilo obraćanje stranaka nestručnim ili nejevrejskim sudovima, što je bilo od velike važnosti za zaštitu autonomije prava. Šerijatsko pravo je poznavalo arbitražu u dva pojavna oblika: *takhim* (arbitražno rješavanje sporova) i *sulh*, što je označavalo proces pomirenja. Ti modeli rješavanja sporova bili su u znatnoj mjeri upotrebljavani u Andaluziji („muslimanska Španija“). Ipak, islamski pravници su ovakve postupke ograničavali na posebne okolnosti i slučajeve radi sprečavanja mogućih zloupotreba koje su nekada išle protiv pravnih propisa i važećih principa, primjerice kod zabrane uzimanja kamate (*riba*). Pored arbitraže, prakticirana je i medijacija kao svojevrsno sredstvo države u rješavanju sporova. Takav slučaj zabilježen je u centralnoj Aziji gdje je vladareva kancelarija imenovala posebne državne službenike za ove potrebe. Kolonizacijom centralnoazijskih zemalja ovakva praksa je prekinuta, a sporove su preuzeli šerijatski sudovi, čime je medijacija izgubila na svojoj važnosti. Nakon uspostave sovjetske vlasti ti sudovi su se suočili sa ograničenjima u svome radu. Pojedina pitanja poput utvrđivanja posjeda na zemljištu izuzeta su iz njihovog djelokruga. Sa ciljem rješavanja takvih situacija ponovno su na značaju dobili alternativni oblici rješavanja sporova (medijacija i arbitraža). U engleskom pravu arbitraža se pojavila u njegovim najranijim razvojnim fazama. Koristila se za rješavanje trgovačkih sporova zbog nesposobnosti kraljevskih sudova da pravovremeno riješe sve veći broj slučajeva koji su se pred njima pojavljivali. Trgovačke pravne predmete rješavali su *Piepowders* sudovi čiji su članovi mahom bili trgovci koji su primjenjivali tzv. „trgovačke zakonike“ – konglomerat principa iz različitih izvora, uključujući i rimsko pravo. To je doprinijelo sličnosti današnjeg engleskog trgovačkog prava sa njegovim srodnim granama u evropskoj kontinentalnoj pravnoj tradiciji. Pitanja iz oblasti porodičnog i nasljednog prava nikada nisu bila tretirana pred engleskim arbitražnim sudovima. Za

razliku od islamskih i jevrejskih pravnih iskustava, ona su bila rješavana u okviru vjerskih, crkvenih sudova. koji su danas sastavni dio engleskog pravosudnog sistema.

Danas se arbitraža koristi za zaštitu i ostvarivanje vjerskih sloboda u zapadnoevropskim i drugim zemljama. U Sjedinjenim Američkim Državama dozvoljeno je rješavanje sporova prema vjerskim normama ukoliko one nisu u sukobu sa važećim pravom. U Velikoj Britaniji se, prema Zakonu o arbitraži iz 1996, dozvoljava strankama da samostalno odluče kako će riješiti neko sporno pitanje: putem sekularnih ili vjerskih sudova, ako to nije u suprotnosti sa javnim interesom. U V. Britaniji, u vezi s tim, djeluju jevrejski *beth din* sudovi i Muslimanski arbitražni sud od 2007. godine. Spomenuti zakon je njihovim odlukama dao svojstvo izvršnosti osim u slučajevima „ozbiljne neregularnosti“. Arbitražom se mogu rješavati samo građanskopravna pitanja, ali se zbog same prirode zakona ona ne može koristiti za porodične sporove. Kako norme jevrejskog i šerijatskog prava imaju vjersku i moralnu dimenziju, one se, iako nisu pravno obavezujuće, primjenjuju i poštuju pod pritiskom šire društvene zajednice.

U sva tri pravna sistema, kako predočava autorica, vremenom je do punog izražaja došao princip pravičnosti, kao posebni korektiv pravde. U vjerskim izvorima jevrejske pravne tradicije (*Knjiga o Samuelu*) zabilježeni su slučajevi iz doba kraljevstva u kojima je kralj intervenirao u odluke lokalnih sudova i ispravljao ih u korist nepravedno osuđenih lica. Jevrejsko pravo nije poznavalo institut žalbe na odluke nižih sudova. U određenim situacijama jedino se moglo raditi o postupanjima vladara nakon obraćanja nezadovoljnih strana. Islamsko pravo, zbog složenosti sudskog postupka, vremenom je uvelo *mazalim* sudove (vijeća za pritužbe) kao oblik vanredne jurisdikcije. Njihov pravni osnov počivao je na obavezi vladara da uspostavi jednakost i pravdu. Pored ove korektivne uloge, *mazalim* sudovi nerijetko su se koristili kao apsolutističko sredstvo miješanja u primjenu i tumačenje šerijata i uspostave kontrole nad sudstvom. Oni su mogli postupati i po službenoj dužnosti, a ne samo na osnovu pritužbi. Vladar je dugo vremena samostalno obavljao poslove *mazalim* sudova, a kasnije ih je delegirao na druga lica. U osmanskoj pravnoj epohi ovu nadležnost je obavljao divan, a od XVI do XVIII vijeka te obaveze je preuzeo veliki vezir. Muslimani su poznavali i druge institucije ekstraordinarne jurisdikcije: *shurta* (policija) i *muhtesibe* (nadzornici tržnica). Muhtesibi su, u odnosu na kadijske sudove, mogli djelovati i ex officio, te samostalno istraživati pojedinačne slučajeve. Osim svoje nadzorne funkcije nad tržnicama, muhtesibi su imali i obavezu praćenja i poštivanja vjerskih normi u javnosti. Takvo rješenje temeljilo se na konceptu hisbe – apstraktne vjerske ustanove koja propisuje da se „zabrani

zlo, a naredi dobro.“ Ovaj pravni institut je svojedobno bio prisutan i u jevrejskim zajednicama u Španiji. U njima su djelovali *berure averot* – posebni izabranici nadležni za pitanja povreda prava, morala i bogobožnosti. Common Law pravo se vremenom, s druge strane, pokazalo kao izuzetno složeno za primjenu. Za pokretanje sudskog postupka bilo je nužno podnijeti jedan od brojnih sudskih naloga. Primjena pogrešnog naloga onemogućavala je strankama obraćanje sudu i time zaštitu povrijeđenih prava i interesa. Situaciju je dodatno otežavala činjenica postojanja većeg broja pravno neukih i siromašnih lica koja nisu mogla priuštiti potrebnu pravnu pomoć. To je dovelo do etabliranja kraljevskog kancelara kao zasebnog pravnog instituta i zaštitnika pravičnosti. Kancelar se u svome radu koristio postulatima rimskog i kanonskog prava, što je sudiji davalo ovlaštenje da odlučuje po pravnim i činjeničnim pitanjima. Autorica analizira ovakvo uređenje kanonskim postupkom *iuramentum perhorrescentiae* iz XIV vijeka. Kanonsko pravo je uvođenjem ovog postupka omogućavalo svakoj osobi da se obrati papskoj kuriji ako je smatrala da podnošenjem tužbi nižim, lokalnim sudovima neće ostvariti zaštitu svojih prava. Memišević zaključuje da su se ova dva postupka razvijala odvojeno jedan od drugog. Kanonsko pravno rješenje vremenom je recipirano u Common Law, pri čemu su kancelari obrazovani i u rimskom i kanonskom pravu. Iz ove cjelokupne prakse vremenom se razvio zaseban Kancelarov sud (*Court of Chancery*), koji tokom XV vijeka preuzima sve sporove koji su bili nerješivi primjenom Common Law prava.

Knjiga *Sudovi: komparativna studija* zaslužuje naučnu i stručnu pozornost. Ovo je prvo djelo na ovim prostorima koje na jednom mjestu iscrpno obrađuje razvoj jedne bitne institucije – sudstva u tri različita pravna sistema. Korišten je prijemčiv stil izlaganja uz referiranje na raznovrsne naučne izvore i literaturu. Autorica s pravom ističe da ovakva istraživanja nemaju samo historijskopravni značaj već da su ona ključna za bolje razumijevanje savremenih pojava i razvojnih procesa, kao i same prošlosti jer, kao što to zapaža William Faulkner, „prošlost nikada nije mrtva, to ustvari nije ni prošlost.“ Historija je uvijek višeznačna.