

Institucija arbitraže (tahkima) u islamskom pravu i mogućnost njene primjene na Zapadu

[Bosanski – Bosnian – بوسني]

Senad Crnkić

2013 - 1434

IslamHouse.com

﴿ التحكيم في الفقه الإسلامي ﴾
﴿ إمكانية تطبيقه في بلاد الغرب ﴾
« باللغة البوسنية »

سناد تسرنكتش

2013 - 1434

IslamHouse.com

Instytucija arbitraže (tahkima) u islamskom pravu i mogućnost njene primjene na Zapadu

Definicija arbitraže u arapskom jeziku i pravnoj terminologiji

Ako pogledamo riječ *tahkim* u arapskom jeziku vidjet ćemo da dolazi iz korijena *hakeme*, a slova *ha*, *kaf* i *mim* daju jednu osnovu, a ona je *prepreka*.

A prepreka, kao značenje, se može naći i u drugim izrazima, poput:

- *El-Hukm* ili propis i presuda, jer je u presudi *prepreka* nepravde.
- *El-Hikmet* ili mudrost, a u mudrosti je *prepreka* neznanja.
- *Ihkamuš-šej* ili upotpuniti nešto, učiniti ga cijelokupnim, a u tome je *prepreka* krnjavosti i nepotpunosti.

A u pravnoj terminologiji možemo naći da su, na primjer, učenjaci hanefijskog mezheba definisali arbitražu u poznatoj *Medželli* kao riječ o uzimanju zadovoljavajućeg sudije (hakima,

arbitra) od strane dvije zavađene stranke kako bi presudio u njihovom slučaju i riješio spor i nesuglasice.

Priroda i oblik arbitraže u islamskom pravu

Ovaj detalj se može sagledati kroz dvije tačke:

1. Arbitraža je izgrađena na zadovoljstvu stranaka u sporu kao što je naglašeno u definiciji.
2. Arbitraža ima sličnosti sa sudskom vlašću kao što ima sličnosti sa pitanjem punomoći, jer sudija u pitanju arbitraže sudi po onom što smatra da je istina i pravda a ne po onom što žele zavađene stranke. Isto tako u pitanju punomoći, sudija arbitraže je poput opunomoćenika i ne može postati sudijom osim uz zadovoljstvo i punomoć zavađenih stranki.

Propis arbitraže u islamskom pravu

Većina islamskih učenjaka smatra da je arbitraža dozvoljena u islamu, a za to uzimaju dokaze iz Kur'ana, sunneta Allahovog Poslanika, sallallahu alejhi ve sellem, predaja od ashaba, radijellahu anhum kao i određeni broj razumskih dokaza.

Mudrosti u propisanosti arbitraže

Osnovno mjesto u rješavanju sporova zauzima sudska vlast u islamskoj državi, a kako bi smo razumijeli mudrosti u

propisanosti arbitraže u islamu moramo spomenuti neke posebnosti i osobine koje se ne mogu naći osim u njoj i to u većini slučajeva:

1. Brzina rješavanja sporova, jer izbor sudije u arbitraži biva putem zavađenih stranki i normalno je da će prilikom izbora stranke koristiti najlakši put do rješavanja spora tako što će izabrati osobu koja je u stanju da to učini u što skorijem roku ili na licu mjesta, u bilo koje vrijeme i na bilo kojem mjestu.
A nešto poput toga je nepojmljivo u normalnim okolnostima ako pretpostavimo da će se spor rješavati ispred sudije postavljenog od sudske vlasti u državi.
2. Pružiti priliku zavađenim strankama da izaberu sudiju u kojeg imaju povjerenja.
3. U arbitraži je preventiva neprijateljstva koje često biva rezultat traženja presude na sudu.
4. Prilika da se riješi spor po sudu Allaha i Njegova Poslanika, sallallahu alejhi ve sellem, i ovo je stvar koju danas mnogi muslimani na Zapadu zanemaruju, jer postojanje arbitraže može biti rješenje u veoma mnogo sporova među muslimanima koji žive u mjestima gdje nema šerijatskih sudnica tako što će im se presuditi po Allahovom zakonu i zakonu Njegova Poslanika, sallallahu alejhi ve sellem.

Sastavni dijelovi arbitraže

Učenjaci hanefijskog mezheba naglašavaju da arbitraža stupa na snagu nakon ponude jedne stranke i prihvatanja druge, ali pored toga postoje stvari koje su neminovnost ponude i prihvatanja poput postojanja zavađenih strana i postojanje teme arbitraže.

Shodno ovom možemo reći da se arbitraža sastoji od tri sastavna dijela (*rukna*):

- Dvije stranke ili zavađene strane uz postojanje sudije. Stranke se nazivaju muhakkimi ili oni koji traže sudiju radi presude, a sudija se naziva muhakkem ili kome je data pozicija sudije. Sudija se nekada zove i hakemom ili arbitrom.
- Realizacija ponude arbitraže na određenu temu i njeno prihvatanje.
- Tema arbitraže.

Uslovi ispravnosti arbitraže

Učenjaci su spomenuli nekoliko uslova za ispravnost arbitraže a najbliži dokazima i šerijatskim ciljevima su sljedeći:

- da arbitraža biva rješenje za određen i postojeći spor.
- da biva u krugu pitanja za koja šerijatski imamo pravo da postavimo arbitražni sud.

Područja primjene arbitražnog suda

Određivanje područja primjene arbitraže se vraća na prirodu prava oko kojeg je nastao spor, a učenjaci smatraju da je neispravno dati općenitu dozvolu ili pak zabranu arbitraže u stvarima gdje učenjaci nisu složni da je arbitraža prihvatljiva, nego svaki spor se gleda kao zaseban slučaj, i mora biti po određenim pravilima. I ovo je ispravno mišljenje jer do nas nije došla dozvola arbitraže u svakom sporu osim u sporovima imovinske prirode, kao što nije došla zabrana arbitraže u svakom sporu osim u šerijatskim kaznama čije pravo se vraća Allahu Uzvišenom, tako da nije ostalo osim presuda za svaki spor posebno nakon istrage i sagledavanja situacije uz mogućnost postojanja indicija koje mogu uticati na dozvolu ili zabranu arbitraže u tom području.

Za primjer možemo navesti sljedeća područja:

- Područje imovinskih sporova u kojima ne postoji pravo Allaha Uzvišenog, jer arbitraža u šerijatskim kaznama čija priroda je samo Allahovo pravo nije dozvoljena.
- Područje bračnih sporova mimo razvoda braka, jer, ispravno je mišljenje da arbitraža nema uloge kod razvoda braka, u smislu da arbitražni sudija može rastaviti ženu od njenog muža.

Uslovi muhakkima ili zavađenih strana u sporu prilikom arbitraže

Uslove koje su spomenuli učenjaci možemo staviti u nekoliko tački:

- Da muhakkim posjeduje vlast (vilajet) nad sobom i svojim imetkom, i ovdje se govori o uslovljavanju razuma, punoljetstva, odraslosti i slobode.
- Da posjeduje pravo upravljanja svojom imovinom.
- Da je vlasnik prava oko kojeg se spori ili neko kome je data punomoć ulaska u spor.
- Da nije otpadnik od islama.
- Da je određena osoba tj. označena.
- Da je zadovoljan prijedlogom arbitraže.

Uslovi muhakkema ili arbitra

Islamski učenjaci su spomenuli nekoliko uslova koje arbitar mora ispuniti uz napomenu da dotični uslovi nisu uvijek tačka koncenzusa između njih, a veliki broj njih je uslovio uslove koje se mogu naći i kod kadije ili postavljenog sudije ispred sudske vlasti islamske države.

Za primjer imamo sljedeće uslove:

- Da bude određena osoba.
- Da zavađene strane budu zadovoljne s njim.

- Da on bude zadovoljan odlukom zavađenih strana kojom postaje arbitar.

Najpoznatije primjene arbitraže koje se spominju u šerijatskim tekstovima

- Arbitraža u ratu između muslimana i kjaifira (nemuslimana).
- Arbitraža u pitanju određivanja nadoknade za zabranjeni ulov.
- Arbitraža pri nesuglasicama između supružnika.

Pribjegavanje arbitraži u vremenima nepostojanja šerijatskih sudnica

Slobodno se može reći da muslimani na Zapadu prilikom rješavanja svojih sporova imaju dva izbora: traženje presude u ovosvjetskim kjafirskim sudnicima u kojima se ne sudi po Allahovom zakonu ili da traže presudu u islamskom tahkimu ili arbitraži. I ovo nije samo vezano za muslimane na Zapadu, nego i za muslimane koji žive u zemljama islamskog svijeta kojima vlada sekularistički sistem koji šerijat i Allahov zakon smatraju ništavnim i bezvrijednim. I jedni i drugi ulaze u pitanje kako postupiti kada ne postoji šerijatska sudska vlast koja će im presuditi u njihovim sporovima.

Učenjaci su postavili pravilo koje glasi da „**obaveznost sredstava dolazi sa strane obaveznosti ciljeva, jer ono čime obaveza ne može biti ostvarena i samo postaje obavezom**“, u značenju da kada cilj bude obavezan u šerijatu kažemo da svako sredstvo koje vodi do tog cilja biva vadžibom ili obavezom kao i sami cilj.

Ako se vratimo na pitanje arbitraže vidjet ćemo da traženje presude u šerijatu i šerijatskom zakonu je obaveza tj. vadžib i veliki temelj od temelja vjere, ili cilj kako je već pomenuto u prošlom pravilu, a primjena ovog cilja i ove osnove i temelja u neislamskim zemljama se trenutno ne može ostvariti osim putem arbitraže koja je ovdje sredstvo do ovog cilja, pa zaključujemo da je arbitraža obaveza i vadžib jer sve ono bez čega obaveza ne može biti ostvarena i samo postaje obavezom.

O ovoj danas zapostavljenoj obavezi su govorili učenjaci prošlih stoljeća poput El-Džuvejnija u knjizi Gijasul-umem, kao i Es-Sivasi (hanefijski pravnik) kada je rekao: „**A kada ne postoji sultan (vladar) niti njegova zamjena kao što je slučaj u nekim zemljama muslimana nad kojim su nadvladali kjaferi, poput sadašnje Kurtube u Magribu i Belensije (Valencija) i Abesinije (Biladul-habeše) u kojima su muslimani prihvaćeni uz uslov da se od njih uzima imetak; obaveza je nad muslimanima da se slože na jednoj osobi između njih kojeg će učiniti odgovornom osobom (valijom)**“

koji će među njima odrediti sudije za sporove ili će on lično biti taj ko rješava sporove među njima...“. Slično tome je rekao i Ibn-Abidin (također, od učenjaka hanefijske pravne škole).

Iz govora učenjaka se jasno može prepoznati obaveza traženja presude po šerijatu pa makar se to radilo i o boravku i življenju van islamske zemlje, pa čak i u situacijama ne postojanja vladara, ili postojanje vladara nevjernika ili vladara koji je zanemario i ukinuo uspostavu Allahovog zakona na zemlji.

I na kraju bih predložio našim uvaženim daijama, profesorima i ljudima od ilma da se aktiviraju na ovom polju putem održavanja predavanja i kurseva na temu arbitraže, pisanjem članaka, prevođenjem knjiga, podučavanjem braće i sestara ovoj alternativni koja je rješenje za mnoge naše probleme, kao što bih savjetovao moju braću i cijenjene sestre da traže i žele Allahov propis i presudu kao i propis i presudu Njegova Poslanika, sallallahu alejhi ve sellem.

Senad Crnkić

Pisanje završeno u četvrtak nakon sabah namaza

21.02.13 ili 11 rebiu-l-ahir 1434 h.