

ZAKLJUČENJE I PRESTANAK BRAKA U ŠERIJATSKOM PRAVU

Apstrakt

Šta propisuje šerijatsko bračno pravo u pogledu uslova za sklapanje braka i njegov prestanak, i koliki je uticaj religije i običaja u ovoj oblasti, predmet je rada u kome autorka pokušava da čitaocu približi odgovore na pitanja koja često izazivaju kontroverze kada se govori o ljudskim pravima i društvenom statusu žena u nekim muslimanskim državama. Iako je u ranom srednjem veku, kao zaokružen pravni sistem, pored rimskog prava postojalo samo šerijatsko pravo, na našim prostorima ono je nedovoljno izučavano i u akademskoj zajednici neopravdano zapostavljeno. Koji su njegovi izvori, predmet regulisanja, teorijski i praktični značaj izučavanja, pitanja su na koja je važno odgovoriti, kako bismo razumeli i suštinu određenih zakonskih odredaba u oblasti porodičnog prava. Danas smo svedoci globalizacije i porasta međunarodne razmene u svim oblastima, što je praćeno ubrzanim tehničkim i tehnološkim razvojem i inovacijama, protokom dobara, informacija i migracijama ljudi, unapređenjem pravnih sistema i njihovom harmonizacijom i unifikacijom. Zbog toga postoji potreba, ali i obaveza, upoznavanja sa rešenjima iz drugih pravnih sistema koja su nam manje poznata i kritičko, nepristrasno, sagledavanje njihovih prednosti i nedostataka.

Ključne reči: brak, šerijatsko pravo, položaj žena, ljudska prava, prestanak braka.

1. UVOD

Smatra se da savršenost šerijatskog prava, kao verskog zakona islama, proizilazi iz njegovog božanskog porekla. Iz tog razloga se veruje da nijedan ljudski zakon ne može da bude pravedniji niti može na sveobuhvatniji način da reguliše sve sfere čovekovog života i društva u kome on živi. Kompleksnost šerijatskog prava i njegovih postulata ne mogu se razumeti bez prethodnog upoznavanja sa njegovim glavnim i dopunskim izvorima. Prilikom tumačenja verskog prava, nastale su četiri glavne verske škole, koje ne negiraju njegovo jedinstvo, ali se ne slažu u interpretiranju i shvatanju šerijatskih tekstova. Danas, prema obimu njegove primene, postoje države u kojima je šerijatsko pravo izjednačeno sa nacionalnim pravom, sekularne države u kojima šerijat nema nikakvu ulogu u pravnom sistemu i države sa mešovitim sistemima u kojima šerijat vrši uticaj na određena područja nacionalnog prava. Na meti kritika su najčešće propisi iz oblasti bračnog prava, u kojima kritičari vide neoboriv dokaz o kršenju ljudskih prava žena i njihovom neravnopravnom položaju u odnosu na muške članove zajednice. Kao odgovor na kritike ističe se značaj braka, države i religije za očuvanje muslimanskog društva u kome je poligamija stavljena

* Viši naučni saradnik u Institutu za uporedno pravo u Beogradu; e-mail: a.covic@iup.rs.

u okviru zakona, što predstavlja bitnu razliku u odnosu na zemlje u kojima nije zakonom dopuštena, ali je široko rasprostranjena i prihvaćena u vidu vanbračnih veza.

Za pitanja iz oblasti bračnog prava, uvek su podjednako bile zainteresovane i države i verske zajednice. Do 1946. godine na teritoriji Bosne i Hercegovine su postojali šerijatski sudovi, a šerijatsko pravo je bilo u primeni i na teritoriji Srbije za pitanja iz oblasti bračnog prava supružnika islamske vere. Nakon Drugog svetskog rata, sekularizacijom države, vera postaje privatna stvar pojedinca – dozvoljena, ali ne i poželjna u javnosti. U narednim decenijama plamen vere u narodu će tinjati, ali se neće ugaziti. Šerijatski propisi su izgubili državnu sankciju, ali su ostali bitna smernica i putokaz za delovanje muslimana u svakodnevnom životu. Tokom devedesetih godina, religije na našim prostorima doživljavaju svojevrsni preporod, što je praćeno povećanjem broja brakova koji se sklapaju po kanonskom pravu pravoslavne i katoličke crkve, ali i po pravilima šerijatskog bračnog prava, što, takođe, ukazuje na značaj ove teme danas. U našoj državi pravna dejstva proizvodi samo građanski brak, dok u nekim evropskim državama postoji mogućnost izbora između građanskog ili verskog braka kao dve ravnopravne mogućnosti¹. Tako je u Danskoj, na primer, službenicima oko dvadeset verskih zajednica, uključujući i islamsku zajednicu, dato ovlašćenje da obavljaju venčanja². Priznavanjem ovih brakova od strane nadležnih organa vlasti postupak se, u slučaju eventualnog spora, vodi pred nadležnim državnim sudom.

Danas, kada živimo u vremenima novih migracija i ubrzanog menjanja demografske strukture evropskih država, nameće se jedno važno pitanje koje će u godinama pred nama postati vrlo aktuelno: da li se određeni aspekti islamskog prava mogu prilagoditi socijalnom okruženju u cilju njegovog preispitivanja, unapređenja i usaglašavanja sa duhom današnjeg vremena i potrebama ljudi u njemu i na koji način?

2. IZVORI ŠERIJATSKOG PRAVA I NJEGOVA PRIMENA

Primarni izvor šerijatskog prava je *Kuran* u kome su sadržani osnovni principi vere, morala i prava i u njemu se nalazi oko sedamdeset izreka (ajeta) iz oblasti porodičnog i bračnog prava, kao i izreke o potomstvu, nasledstvu, dojenju i poligamiji. *Sunet* je teorijsko tumačenje i praktična primena Kurana, odnosno preciziranje njegovih osnovnih normi i predstavlja drugi izvor šerijatskog prava. Treći izvor je jedinstveni stav islamskih naučnika o nekom konkretnom pravnom ili verskom pitanju - *idžma ili konsenzus*. Ukoliko neko pitanje nije izričito zakonom propisano, pristupa se njegovom analognom rešavanju po uzoru na rešenje nekog sličnog pitanja zbog istovetnog razloga, što predstavlja njegov četvrti izvor – *kijas (analogija)*. Kada govorimo o šerijatskom pravu treba imati u vidu da sam pojam u sebi sadrži *fikh* ili versko pravo i *kanune* ili svetovno pravo, koje donose svetovni vladari. Profesor Begović navodi da se *fikh* zasniva na Kuranu i Sunetu zbog čega

¹ U nekim državama postoji ideja potpune odvojenosti crkve i države (Holandija, Irska i Francuska, sa izuzetkom tri istočna departmana), u drugim državna crkva ima tesne veze sa državnom vlašću (Engleska, Grčka, Malta, Finska, Danska), dok u trećim postoji sporazumni sistem odnosa države i crkve (Belgija, Poljska, Španija, Italija, Mađarska, Portugal, Austrija, Baltičke zemlje. Videti G. Robers (2012), „Država i crkva u Evropskoj uniji“, u *Država i crkva u Evropskoj uniji*, (ur. Gerhard Robers), Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za teološka istraživanja, 10.

² I. Dibek (2012), „Država i crkva u Danskoj“, u *Država i crkva u Evropskoj uniji*, (ur. Gerhard Robers), Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za teološka istraživanja, 76.

ima univerzalno značenje u vremenu i prostoru, a njegovo Božansko poreklo je uzrok njegove nepogrešivosti i ispravnosti, kao i sankcije koja nas neće zaobići ni nakon smrti³. Osim glavnih izvora, islamski pravници razlikuju i dopunske izvore pa tako Ramadan navodi *el – istihsan* (odstupanje od precedenta i prihvatanje drugog relevantnijeg pravnog rešenja), *el – istislah* (rasuđivanje vođeno javnim interesom, iako na njega ne upućuju Kuran ni suna) i *el – uruf* (običajno pravo društva koje postoji u praksi ili predaji)⁴.

Četiri glavne škole u tumačenju verskog prava nastale su u periodu od osmog do devetog veka i to su hanefitska, malikitska, hanbalitska i šafitska, a pojedini autori dodaju i petu šiitsku školu imama Džafera⁵. Suniti dele šerijatske zakonske odredbe na 1) *ibadat* ili bogoslužbene obaveze; 2) *moamalal* ili građansko – pravne obaveze; 3) *ukubat* ili kazne. Šiiti ih sa druge strane dele na 1) *ebadat* ili bogoslužbene obaveze; 2) *ukud* ili dvostrane pravne radnje; 3) *ikat* ili jednostrane pravne radnje; 4) *ahkam* ili ostale zakonske odredbe⁶. Institucija *imamata* je prvi postulat koji razdvaja sunizam i šiizam, budući da šiiti u imamima vide iskru Božjeg bitisanja, a drugi je *adla* (postulat Božje pravde) zbog čega bi, radi njene vladavine, lideri u svetu trebali biti bezgrešni, moralni i izrazito pobožni ljudi⁷.

Klasični šerijatski sistemi u kojima se klasični šerijat formalno izjednačava sa nacionalnim pravom, postoje u malom broju današnjih država. Država ima vladara koji može objavljivati i menjati zakone u nekim pravnim domenima, ali tradicionalni verski učenjaci (ulema) igraju presudnu ulogu u tumačenju šerijata. Primer ovakvog sistema je Saudijska Arabija, dok Iran ima neke zajedničke karakteristike, ali poseduje i osobine mešovitih pravnih sistema, poput parlamenta i kodifikovanih zakona. U sekularnim sistemima šerijat nema nikakvu ulogu u pravnom sistemu, a versko uplitanje u državne poslove, politiku i zakon nije dopušteno. Turska je primer države sa većinskim muslimanskim stanovništvom i sekularnim sistemom, iako neki autori (Otto, 2008) ističu da je njen sekularizam, u poslednje vreme, pod velikim pritiskom. Većina muslimanskih zemalja ima mešovite pravne sisteme koji se zasnivaju na ustavu i vladavini prava, istovremeno dopuštajući da pravila tradicionalne islamske jurisprudencije utiču na određena područja nacionalnog prava. Pakistan, Egipat, Malezija i Nigerija primeri su država koje imaju ovakve sisteme⁸.

Kodifikaciju šerijatskog prava prva je sprovela Turska, koja je kodifikovala šerijatsko građansko pravo u zakoniku „Medžela“, a nakon nje kodifikaciji su pristupili Egipat, Tunis, Alžir i Iran. Iako je u Turskoj ukinuto 1926. godine, danas ima široku ili ograničenu primenu u mnogim državama, a značaj njegovog izučavanja nije samo istorijski već i praktični, naročito u oblasti međunarodnog privatnog prava⁹. Šerijatsko pravo je podeljeno na četiri dela – prvi uređuje veze između Boga i čoveka, drugi imovinsko pravo, treći bračno pravo i četvrti kazneno pravo.

³ Više o tome u M.Begović (1936), *Šerijatsko bračno pravo*, Beograd: G. Kon, 4-25.

⁴ Videti M.Gregorian (2016), „Prava žena u islamu – primeri Avganistana i Islamske Republike Iran“, *Sociološki pregled*, br. 1/2016, 120.

⁵ Ove škole ne negiraju jedinstvo šerijata, već postoje razlike u interpretiranju, odnosno u različitom shvatanju šerijatskih tekstova. Džaferijska škola poznaje instituciju braka na određeno vreme, kada ne postoje ekonomski i drugi uslovi da se ostvari stalna bračna zajednica, i tada supružnici imaju širu slobodu prilikom dogovaranja uslova i rokova. Videti *Ibidem*, 121, 123, 135.

⁶ *Ibidem*

⁷ *Ibidem*

⁸ J.Otto (2008), M, *Sharia and National Law in Muslim Countries: Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*, Leiden University Press, 8-9.

⁹ A.Čović (2010), „Porodičnopravni položaj žene u šerijatskom pravu“, *Religija i tolerancija*, br. 14/2010, 348.

Na meti kritika su najčešće propisi koji se odnose na bračno pravo i poligamiju, nasledno pravo koje propisuje da muškarac nasleđuje kao dve žene, kao i propisi kojima je svedočenje muškarca izjednačeno sa svedočenjem dve žene. Kao odgovor na kritike često se ističe da žena nije podređena muškarcu, već da je drugačija zbog čega joj se daju i različite dužnosti, a naglasak se stavlja na njenu primarnu dužnost vaspitanja dece, očuvanja porodice i njene imovine, budući da se brak, država i religija smatraju osnovnim stubovima očuvanja društva. Muslimani ističu da iako na zapadu ne postoji zakonom dozvoljena poligamija, situacija se u stvarnosti razlikuje jer je odanost u braku retkost i podsećaju da su najmoćnije civilizacije propadale zbog bluda i nemoralna, a ne zbog vojnih i ekonomskih razloga. Poligamija se smatra rešenjem i u situacijama kada je žena nerotkinja, ali i posledicom prihvatanja bioloških razlika između muškaraca i žena i činjenice da se muškarac nalazi u aktivnom reproduktivnom dobu duže od žene. Protivnici poligamije navode da je ona ekonomska ustanova i kao takva protivna duhu šerijatskih propisa.

Za regulisanje pitanja iz oblasti bračnog prava tokom istorije su podjednako bile zainteresovane i države i verske zajednice, što je za posledicu imalo česte borbe na polju jačanja uticaja u ovoj oblasti¹⁰. Primena šerijatskog prava u Srbiji je, u ne tako davnoj prošlosti, bila u nadležnosti muftija. Do 1914. godine u bračnim stvarima muslimana je, faktičkim putem, niškom muftiji bila priznata nadležnost, posebno zbog nepostojanja građanske forme braka u srpskom pravu. U Srbiji su verske i šerijatsko - sudske funkcije bile spojene u istim licima. U Bosni i Hercegovini su postojale dve vrste šerijatskih sudova i oni su imali status državne vlasti – kotarski sudovi i Vrhovni šerijatski sud u Sarajevu. Osnovni pravni akt austrougarske vlasti kojim se uređivala njihova nadležnost i organizacija bila je Naredba o ustrojstvu i delokrugu šerijatskih sudova od 30. oktobra 1883. godine. U njihovoj nadležnosti su bila pitanja iz oblasti bračnog prava kada su supružnici islamske vere, prava i dužnosti između muslimanskih roditelja i dece, deljenje zaostavštine ako je ona mulk – prirode, raspravljanje svih pitanja u vezi sa zapisima za slučaj smrti, i onih u vezi sa starateljskim i tutorskim poslovima, kao i vakufski odnosi. Šerijatski sudovi koji su imali karakter državne vlasti postojali su i u Crnoj Gori. Šerijat je izgubio karakter pravne norme kada je Predsedništvo Narodne skupštine Republike BiH donelo Zakon o ukidanju šerijatskih sudova na području NR BiH 5. marta 1946. godine. Najviši organi Islamske zajednice isticali su da je odvajanje države od verskih zajednica u njihovom interesu¹¹.

¹⁰ U 13. veku u našoj zemlji potpuno se usvaja hrišćansko crkveno zakonodavstvo, a brak dobija verski karakter. Glavni izvor verskog prava je bila prva štampana slovenska zbirka kanona – Krmčija, do donošenja Bračnog pravilnika Srpske pravoslavne crkve 1933. godine. Brak gubi verski karakter usvajanjem Osnovnog zakona o braku 1946. godine, a u drugim evropskim zemljama mnogo ranije pod uticajem Reformacije, filozofije i Francuske revolucije (u Francuskoj 1791. godine, u Holandiji 1795. godine, u Belgiji 1796. godine, u Rumuniji 1864. godine, u Švajcarskoj 1874. godine, u Nemačkoj 1875. godine, u Mađarskoj sa Vojvodinom 1894. godine, u Portugaliji 1910. godine, u Sovjetskom Savezu 1917. godine, u Švedskoj 1920. godine, u Albaniji 1925. godine). Takođe, Srpski građanski zakonik iz 1844. godine je priznavao nadležnost crkve za sklapanje braka članom 60, a u članu 99 je predviđao nadležnost crkvenih sudova za prestanak braka, uključujući i razvod. Videti O.Cvejić – Jančić (2009), „Brak i razvod između prošlosti i budućnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2009, 64 – 67.

¹¹ Vrhovni vakufski sabor Islamske verske zajednice u FNRJ, na svom zasjedanju održanom 26.-27. avgusta 1947. godine u Sarajevu, izdao je rezoluciju u kojoj naglašava da „izvršeno odvajanje verskih organizacija od države ne samo da nije od štete po interese naše verske zajednice, nego, naprotiv, tim aktom, koji je mnogo ranije izveden u naprednim zemljama, obezbeđen je nesmetan i slobodan život naše verske zajednice i zagarrantovana puna ravnopravnost svih verskih zajednica u odnosu na državu. Ta demokratska tekovina jeste pozitivan faktor u daljem razvoju i jačanju bratstva i jedinstva svih naših naroda, što predstavlja jedan od osnovnih uslova napretka naše narodne države. S takvim osećajima slobode i na osnovu slobodno donesenog Ustava IVZ Vrhovni vakufski sabor pristupio je izboru svog vrhovnog verskog poglavice

Slično su u zapadnoj Trakiji, prema odredbama Sevrskog ugovora iz 1920. godine i Lozanskog ugovora iz 1923. godine, šerijatski sudovi imali isključivu nadležnost u pitanjima vezanim za porodično pravo muslimana. Od 2018. godine muslimani na području Trakije imaju mogućnost registracije građanskog braka i pokretanja postupka pred državnim sudovima. Lozanski ugovor dopušta i uspostavljanje vakufa¹². Grčki Vrhovni sud usko tumači pravo na izbor muslimana u Trakiji između šerijatskog i građanskog zakona u oblasti porodičnog i naslednog prava.

Iako su šerijatski propisi izgubili pozitivno – pravni status, islamski propisi su za muslimane u Bosni i Hercegovini, i na prostorima na kojima su se nekad primenjivali, zadržali svoj značaj i danas¹³. Šerijat ima karakter verske i moralne norme, u skladu sa kojom je potrebno da živi i postupa svaki musliman, u okviru postojećeg pravnog sistema.

3. KURANSKA REFORMA U OBLASTI BRAKA I PORODIČNIH ODNOSA

Kuranska reforma u oblasti braka i porodičnih odnosa bila je od izuzetnog značaja za položaj žena u društvu. U Kuranu se izričito osuđuje zakopavanje živih devojčica odmah nakon rođenja, što je bio običaj Arapa u Arabiji pre islama, a nasuprot rasprostranjenom verovanju, pokrivanje lica nije propisano Kuranom i u prvo vreme islama žene se nisu ničim pokrivale. Međutim neke žene, a naročito robinje, izlazile su na ulicu oskudno odevene što je izazivalo požudu muškaraca i slabilo javni moral u Medini. U Kuranu ajet 59. propisuje sledeće: „O Božiji poslanice propiši tvojim ženama i tvojim kćerima kao i ženama vernika, da se ogrnu džilbabom (dugačkim šalom), tako će lakše postići da budu prepoznate i da ne budu vređane“¹⁴. Iako se nigde ne propisuje da žene moraju pokrivati lice, do toga dolazi pod uticajem drugih naroda, pre svega Persijanaca i Grka, čiji su običaji nalagali pokrivanje lica, kao i Rimljana i hrišćana, jer je poznato da su hrišćanke na istoku krile svoje lice do 4. veka. Nošenje vela i pokrivanje lica je postalo moda koja je nakon izvesnog vremena ušla u običaj, a kasnije dobila sankciju od strane državnih vlasti i moralno opravdanje od većine¹⁵. Norme koje propisuju pokrivanje žene ne treba da dovode ženu u neravnotežan položaj, već se kaže da je njihov cilj da štite ženu i da joj obezbede učešće u naučnim, društvenim i ostalim aktivnostima zajedno sa muškarcima, bez opasnosti da će njena aktivnost ostati neprimećena usled toga što će muškarci biti primarno usmereni na njen fizički izgled. Profesor Begović navodi da su pokrivanje lica i zatvaranje žena u hareme uticali da se smanji broj muslimanki javnih radnika, naučnika, pravnika i umetnika, što je bila posledica gušenja sloboda i ogrešenja muslimana o Božiji zakon¹⁶. Islam nije

reisu-l-uleme, u kome činu vidi dovršavanje izgradnje svoje verske organizacije.“, Videti E.Durmišević (2007), „Prestanak važenja šerijatskog prava kao pozitivnog prava 1945. godine u Bosni i Hercegovini“, *Glasnik Rijaseta Islamske zajednice u BiH*, br. 11- 12/2007, 1060.

¹² Greece, U. S. Department of State, dostupno na <https://20092017.state.gov/documents/organization/171697.pdf>, 2 - 4.

¹³ Više o tome F.Karčić (2005), *Istorija šerijatskog prava*, Sarajevo: Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, 226 – 230, Preuzeto iz A.Huseinspahić (2012), „Uporednopravni pregled divortiuma u antičkom Rimu, razvoda braka u kanonskom pravu i el – talaq u šerijatskom pravu u odnosu na pozitivno bračno pravo u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 9/2012, 167.

¹⁴ M.Begović (1931), . *O položaju i dužnostima muslimanke prema islamskoj nauci u duhu današnjeg vremena*, Beograd: Grafički umetnički zavod „Planeta“, 21.

¹⁵ *Ibidem*, 27.

¹⁶ *Ibidem*, 30.

bio kriv za takvo stanje, već njegova pogrešna tumačenja i neprijateljsko raspoloženje muslimana prema ženi prvih vekova. Društveni život se kretao na istim osnovama koji su postojali u prvo vreme islama, ometalo se slobodno razvijanje nauke, a državne vlasti su progonile slobodne mislioce, verujući da su oni štetni po interese vladajućih kuća zbog čega ih je čekala konfiskacija imanja, tamnica ili smrt. Iz tog razloga, zaključuje profesor Begović, muslimanski narodi nisu mogli dati, sve do najnovijeg doba, velike stvaralačke umove, što je uticalo i na sam položaj žena¹⁷.

3.1. Zaključenje braka i njegove posledice

Islamsko društvo svoje jezgro vidi u porodici. Brak je pravo svakog čoveka i u braku svaki supružnik ima ista prava i obaveze u odnosu na svog partnera. U članu 20 Opšte povelje o ljudskim pravima u islamu, govori se o pravima supruge. Navodi se da ona živi tamo gde živi i njen suprug, da je suprug za vreme braka i za vreme čekanja kada je otpusti izdržava, da ima pravo da nasledi supruga, pravo da traži od njega razrešenje njenih bračnih dužnosti po hul' (samokupovina žene iz braka nasuprot odšteti), kao i da oba supružnika moraju držati u tajnosti intimnu sferu drugoga¹⁸.

Pre stvaranja jedinstvenog sistema bračnog prava, brak se zaključivao otmicom, kupovinom žene ili ugovorom stranaka, a muž je imao pravo da vrši vlast u braku. On je mogao u bilo koje vreme da otera ženu i da je ubije ukoliko je bila neverna. Ako je brak bio sklopljen na osnovu sporazuma, žena je bila slobodna i ravnopravna, te je mogla svojom voljom da utiče na prestanak braka. Jedinstven sistem bračnog prava nastao je revizijom arapskih bračnih običaja, na taj način što su neki od njih ukinuti, drugi su izmenjeni, a usvojene su i neke nove odredbe. Kuran monogamiju smatra osnovnom formom braka, a poligamiju uslovljava mogućnošću jednakog postupanja muža prema svim ženama i njegovo pravo na brak sa više žena se bračnim ugovorom može ograničiti. Kuran je ukinuo sve bračne običaje Arapa koji su bili u suprotnosti sa njegovim moralnim normama, pa brak umesto ugovora o kupoprodaji postaje ugovor o zajednici života, u kojoj se mužu priznaje vlast nad ženom ali ne i nad njenom imovinom. Ukida se običaj po kome je žena ulazila u njegovu zaostavštinu i priznaje joj se pravo da nasledi muža. Ženi se priznaje pravna i poslovna sposobnost, pravo na razvod braka, pravo da slobodno raspolaže imovinom i pravo nasleđa iz ostavine muža. U Kuranu takođe piše: „Bojte se Boga ako okrnjite prava vaših žena, isplatite im ugovorene mehrove, nemojte ih zlostavljati, jer će vam na sudnjem danu vaša dobra dela ostati bez nagrade“¹⁹.

Profesor Begović islamski brak definiše kao ugovor o zajednici života između dva lica suprotnog pola, zaključen u odgovarajućoj formi, sa ciljem moralnog upotpunjavanja i usavršavanja bračnih drugova i rađanja potomstva²⁰.

¹⁷ Početkom 20. veka u Turskoj i Egiptu su se pojavili pokreti za emancipaciju žena. Najviše se govorilo protiv harema, pokrivanja i poligamije. Feminističke ideje su prodrle i u Alžir, Indiju i Rusiju. Nakon Prvog svetskog rata muslimani počinju da dopuštaju ženama i kćerima da rade i privreduju, uvidajući potrebu škole i modernog vaspitanja za savremeni društveni život i borbu. Počelo je prilagođavanje vremenu, koje se nastavilo i u kasnijim decenijama i ono još uvek traje. Najveća prepreka na tom putu su ustaljeni običaji. Iako su možda mnogi od njih nesavremeni i nepotrebni, oni se ipak ne smeju povrediti na grub način, jer bi to značilo „povrediti dušu naroda“, koji bi u onom ko vredi običaje video najvećeg neprijatelja. *Ibidem*, 89.

¹⁸ Opšta povelja o ljudskim pravima u Islamu od 19. septembra 1981.

¹⁹ M.Begović (1931), (fn.4), 65.

²⁰ Navedeno prema M.Andrić (2006), Osnovi šerijatskog prava (sa posebnim osvrtom na odnose između polova prema bračnim pravilima šerijatskog prava), *Religija i tolerancija*, br. 6/2006, 102.

Da bi brak bio punovažan neophodno je ispunjenje *uslova koji se odnose na sam postupak zaključenja braka (erkanun – nikjah)* i to su:

- dozvola mladnog staratelja, oca, dede ili kadije u slučaju da niko iz njene porodice nije musliman²¹;

- prisustvo dva svedoka koji moraju biti bračno punoletni muslimani ili jedan musliman i dve muslimanke, duševno zdravi, sposobni da čuju i razumeju izjave budućih bračnih drugova;

- forma ugovora koja podrazumeva ponudu (idžab) i prihvatanje (kabal);

- mehr ili venčani dar kao uslov punovažnosti braka i preduslov za stupanje u intimne odnose²²;

- oglašavanje sklapanja braka, budući da islam ne poznaje tajni brak.

Ispunjenje *preduslova za sklapanje braka (šurutun nikjah)* pored bračnog punoletstva, slobodne volje i duševnog i umnog zdravlja, podrazumeva i odsustvo:

- apsolutnih bračnih smetnji (npr. srodstvo, broj žena, razlika u veri, nedostojnost, prekomerni razvod, ‘iddet ili poslebračni rok čekanja u kome razvedena žena ne može sklopiti novi brak);

- odsustvo relativnih bračnih smetnji (veridba, nepoznavanje osnovnih principa islamske vere, siromaštvo, polno prenosiva bolest).

Kada govorimo o bračnim smetnjama interesantno je pitanje mešovitih brakova budući da šerijatsko pravo ne dozvoljava muslimankama sklapanje mešovitog braka (pozivajući se na navod iz Kurana El – Mumtehine 10 i polazeći od toga da žena sledi veru svog muža, a deca se vaspitavaju i odgajaju u veri oca), dok muslimani mogu sklopiti takav brak ukoliko je žena hrišćanka ili jevrejka, i ona se u tom slučaju odriče prava da odgaja decu u svojoj veri. Sklapanjem mešovitog braka muslimanka bi postala otpadnik od svoje vere, a ograničenja koja postoje u vezi mešovitih brakova koje sklapaju muslimani jasno pokazuju da se na ove brakove ne gleda sa odobravanjem. Tako islamski pravnik Fehim Spaho ističe da su „mešoviti brakovi za islamsku zajednicu zlo, bez obzira što su po šerijatu dozvoljeni, odnosno pravilnije rečeno, trpljeni“²³. Brakovi sa politeistkinjama su zabranjeni na osnovu propisa koji se zasniva na ajetu (El – Bekare 221), kao i sa muslimankom koja je napustila islam (izvršila apostaziju), budući da se takva osoba smatra moralno mrtvom²⁴. Bosanski muslimani ne mogu ni u jednom slučaju sklopiti šerijatski brak sa nemuslimankom, jer je tridesetih godina prošlog veka doneta fetva o zabrani sklapanja mešovitog braka pred organom koji obavlja šerijatsko venčanje, zbog problema koji su primećeni u vezi sa odgajanjem i starateljstvom nad decom. Takođe se ističe da bi u slučaju većeg broja mešovitih brakova muslimana, mnoge muslimanke ostale neudate budući da njima sklapanje mešovitih brakova nije dopušteno²⁵. Otpad od islamske vere predstavlja razlog za prestanak braka po sili zakona. Supružnik koji je ostao u islamu zadržava sva prava koja mu po propisima pripadaju, a ženi se ostavlja određeni period da

²¹ U hadisu od Aiše, radiallahu anha, se navodi da je Poslanik rekao: „Koja se kod žena uda bez dozvole svoga staratelja, njen je brak ništavan, njen je brak ništavan, njen je brak ništavan...“

²² Mehr se zasniva na Kur'anu i Hadisu. „I draga srca ženama venčane darove (mehr) njihove podajte, a ako vam one od svoje volje od toga nešto poklone, to s prijatnošću i ugodnošću uživajte.“ (Kur'an, En-Nisa, 4)

²³ T. Vukšić (2007), „Mješovite ženidbe u katoličanstvu, pravoslavlju i islamu“, *Crkva u svijetu* 42, br. 2, 232.

²⁴ „Ne ženite se mnogoboškinjama, sve dok ne postanu vernice. Ne udajte vaše žene za mnogobošce sve dok ne postanu vernici“. *Ibidem*, 233.

²⁵ Šerijatsko venčanje i ženidba nemuslimankom, <https://www.islamskazajednica.ba/bracno-pravo/17607-serijatsko-venecanje-i-zenidba-nemuslimankom>

razmisli o svojoj odluci. Ukoliko neko od supružnika druge vere tokom trajanja braka pređe u islam, sudbina braka se razlikuje u zavisnosti od toga ko je promenio veru, a u skladu sa navedenim pravilima o mešovitim brakovima u šerijatskom pravu²⁶. Takođe, kod bosanskih muslimana islamska zajednica ne praktikuje sklapanje braka jednog muškarca sa više žena, ističući da ne može postupati suprotno zakonu na koji se poziva kad joj to zatreba i zahteva da se pre šerijatskog obavi građansko venčanje čija se pravna dejstva jedino priznaju, budući da za sklapanje poligamnih brakova ne postoje pravni mehanizmi za zaštitu prava supružnika, naročito žene u njemu²⁷. U porodičnom zakonodavstvu BiH za oba supružnika važi načelo monogamije²⁸. Isto važi i u porodičnom zakonodavstvu Srbije, iako se dešava da pojedinci, uticajni u društvenom i političkom životu, zaključuju poligamne šerijatske brakove, uz blagoslov Islamske zajednice.

Šerijat dopušta brak od početka puberteta koji se određuje prema znakovima fizičkog sazrevanja ili pretpostavkom sa navršenih devet godina za devojčicu i dvanaest godina za dečaka²⁹. U prošlosti je brak u mlađem uzrastu bio uobičajen, ali većina država danas zakonski određuje minimalnu starosnu granicu za zakonito stupanje u brak, i ona se kreće od 16 godina za devojku u Sudanu do 22 godine u Tunisu. Uprkos zakonskim zabranama da deca stupaju u brak, dečji brakovi su još uvek prisutni u nekim ruralnim i manje razvijenim regijama, poput Bangladeša³⁰.

Krvno i tazbinsko srodstvo i bračnost predstavljaju smetnje normirane i u pozitivnom pravu BiH i Republike Srbije i u šerijatskom pravu, dok srodstvo po mleku, različitost vere ili uverenja, definitivni razvod braka i poslebračni rok čekanja kao smetnje postoje samo u šerijatskom pravu. Obrnuta situacija postoji samo u vezi srodstva zasnovanog potpunim usvojenjem, koje se u pozitivnom zakonodavstvu smatra bračnom smetnjom, ali ne i u šerijatskom pravu. I na kraju, neke činjenice i okolnosti koje su u šerijatskom pravu uslovi za punovažnost braka, u pozitivnom pravu se navode kao bračne smetnje: nesposobnost za rasuđivanje i maloletstvo, fiktivni brak i nedostatak volje. Stoga se, prilikom sklapanja braka i izbora bračnog druga, muslimanima savetuje poštovanje normi pozitivnog prava uz istovremeno uvažavanje normi šerijatskog prava, iako one nisu deo važećeg porodičnog zakonodavstva³¹.

²⁶ Ako bi udata hrišćanka prešla u islam, ona bi mogla sklopiti novi brak sa muslimanom, jer kao muslimanka ne može biti u braku sa nemuslimanom, osim u situaciji kada bi i njen muž prešao u islam, u kom slučaju bi njihov brak bio punovažan ukoliko ne postoje neke bračne smetnje koje predviđa šerijatsko pravo. Međutim, ukoliko bi muž prešao u islam, a žena ne pristane da promeni veru, brak bi nastavio da postoji jer se musliman može oženiti hrišćankom, te u tom smislu ne bi postojale nikakve smetnje. Videti T.Vukšić, 234.

²⁷ Šerijatski stav o poligamiji u BiH, <https://www.islamkazajednica.ba/bracno-pravo/17770-serijatski-stav-o-poligamiji-u-bih>

²⁸ U većini muslimanskih zemalja poligamija je ograničena nakon pedesetih godina prošlog veka. Porodična zakonodavstva muslimanskih zemalja danas na tri načina rešavaju pitanje poligamije. U Turskoj, Kipru i Tunisu poligamija je ukinuta. Postoji grupa zemalja u kojima se poligamija ne sprečava: Saudijska Arabija, Katar, Bahrein, Oman, Mauritanija, Sudan i Brunei. U svim ostalim muslimanskim zemljama teži se primeni različitih mera koje će obeshrabriti poligamiju (za zaključenje poligamnog braka traži se ispunjenje niza uslova, kao npr. odobrenje suda, da je prva žena teško bolesna i nesposobna za potomstvo, da se ona saglasi sa drugim brakom, da se podnesu dokazi o mogućnostima ravnopravnog tretmana svih žena itd). K.Gupta (1998), „Poligamija – pravna reforma u modernim muslimanskim državama: komparativna studija“, u: *Šerijatsko pravo u savremenim društvima*, (ur. F.Karčić, E.Karić), Sarajevo: Pravni centar Fond otvoreno društvo BiH, 250-251.

²⁹ A.Black, *Window Into Shariah Family Law*, Australian Institute of Family Studies, dostupno na <https://core.ac.uk/download/pdf/30683056.pdf>, 5.

³⁰ *Ibidem*

³¹ Videti N.Begović (2005), „Bračne smetnje u šerijatskom pravu i porodičnom zakonodavstvu FBiH“, *Glasnik Rijaseta Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo LXVII/2005, br. 1-2., 31 – 42. <http://dzemat-oberhausen.de/?p=2281>

Zajednička prava i dužnosti supružnika su vršenje polnih odnosa, uzajamno lepo postupanje i vernost (smatra se da je duhovna preljuba veći greh od telesne preljube, jer u ovom životu ostaje nesankcionisana). Muž ima pravo da određuje mesto stanovanja i da nadzire ponašanje žene, čija je dužnost da vodi domaćinstvo i da mu se pokorava. Islamski brak ženi priznaje određena prava i to pravo izdržavanja, pravo na ravnopravnost sa ostalim ženama i pravo na mehr (venčani dar pomoću koga se štiti od samovolje supruga)³². Iako se u ličnim odnosima mužu priznaju šira prava samim tim što može uzeti više žena i raskinuti brak svojom voljom, u imovinskim odnosima su mu nametnute veće dužnosti jer ženi plaća venčani dar i izdržava je. Ovaj zakonski režim bračni drugovi mogu izmeniti zaključenjem ugovora u ličnim, ali i u imovinskim odnosima ugovaranjem zajednice dobara umesto režima odvojene imovine koji šerijatsko pravo usvaja³³.

3.2. *Prestanak braka*

U šerijatskom pravu brak može prestati:

- *prirodnim putem* usled faktičke ili pretpostavljene smrti jednog od supružnika;
- *pravnim putem* otkazom braka, uzajamnim sporazumom, sudskom presudom i poništajem.

Pravo otkaza priznaje se najčešće samo mužu, a ženi samo ukoliko joj to muž dozvoli ili prizna na osnovu ugovora. To se opravdava uverenjem da je žena nepromišljena i lakomislena, te da bi usled toga mogla zloupotrebiti ovu ustanovu. Ova jednostrana izjava o odricanju od žene, daje se ženi u prisustvu dva svedoka ili u pismenom obliku bez navođenja razloga i predstavlja pojednostavljen postupak za prestanak braka u nekim državama. S obzirom na različita dejstva same izjave, razlikuju se opoziva i neopoziva repudijacija. U slučaju opozive repudijacije žena može biti vraćena u roku od 90 dana, u tom periodu postoji obaveza na vernost i uzajamno nasledno pravo, a „pravno i faktičko stanje podseća na sudsku rastavu od stola i postelje“³⁴. Brak se automatski uspostavlja ako se u roku od 90 dana povuče izjava o odricanju od žene. Ako se tri puta ponovi izjava o odricanju ili se naglasi da je repudijacija treća po redu, nastupa neopoziva svršena repudijacija koja je prepreka za sklapanje braka između bivših bračnih drugova, za razliku od neopozive nesvršene repudijacije učinjene pred sudijom koja ne predstavlja smetnju za ponovno zaključenje braka između istih lica³⁵. Sa aspekta međunarodnog privatnog prava postavlja se pitanje pod kojim uslovima se takva izjava može smatrati stranom

³² Videti A.Čović, 349.

³³ Zanimljivo je reći da šerijatsko pravo za razliku od građanskog prava ne dozvoljava zaključenje ugovora o uzajamnom nasleđivanju i izdržavanju bračnih drugova za slučaj smrti, kako propisi javnopravnog karaktera o zakonskom nasleđivanju, predviđeni Kuranom, ne bi bili dovedeni u pitanje voljom privatnih lica. Više o tome u M.Begović (1936), navedeno prema M.Andrić, 106.

³⁴ M.Ročkomanović (1982), „Odricanje od žene u šerijatskom pravu i njegova pravna dejstva u međunarodnom privatnom pravu nekih država“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 22, 217.

³⁵ U slučajevne nesvršene neopozive repudijacije ne spadaju one koje su izrečene zbog neizdržavanja žene (predstavljaju opozive repudijacije) i one do kojih je došlo sa pristankom žene uz obavezu da plati određenu nadoknadu mužu. Nakon odricanja žena ima pravo na određenu otpremninu, a u slučaju neskrivljene repudijacije i pravo na povraćaj polovine miraza. Zakonom o zaštiti porodice iz 1967. godine u Iranu je prećutno ukinuta klasična repudijacija i predviđena je mogućnost razvoda braka na zahtev bilo kog supružnika iz tačno predviđenih razloga. I u Tunisu je ukinuta odredba običajnog prava o repudijaciji, a Zakonom o ličnom statusu pružena je bračnim drugovima mogućnost traženja razvoda bez navođenja brakorazvodnog uzroka. Videti *Ibidem*, 218.

sudskom odlukom podobnom za priznanje i izvršenje. Prilikom analize odluka evropskih sudova koje se odnose na priznavanje dejstva nekog akta o odricanju, može se zaključiti da je na njih uticala pre svega činjenica gde je izjava data (da li u državi koja priznaje ovakav način prestanka braka ili u zemlji u kojoj se traži njeno priznanje), kao i sadržina međunarodnog javnog poretka *lex fori*³⁶. Treba imati u vidu da i onda kada se registracija jednostrane izjave o odricanju od žene zahteva kao uslov za njenu punovažnost, to od nje ne čini sudsku odluku konstitutivnog karaktera. Sa druge strane, u slučaju repudijacije na osnovu sporazuma bračnih drugova pred šerijatskim sudijom, koja je punovažna prema njihovom ličnom zakonu, ne bi bilo opravdano takvu odluku ne priznati za sudsku, bez obzira što se u ulozi sudije nalazi svešteno lice, osim ako se polazeći od *lex fori* nisu razmatrale okolnosti od značaja za dete, prilikom njegovog dodeljivanja jednom od roditelja³⁷. Postoje mišljenja da mnogi muslimani „postaju vešti u svojoj plovidbi kroz dva zakona – verski i svetovni“ (Black, 2008), te da stoga ne vide potrebu za promenom sistema države u kojoj žive, dok drugi zagovaraju pravno pluralistički pristup pomoću kojeg bi se mogao uspostaviti šerijatski sud ili arbitražni odbor, za donošenje odluka u skladu sa islamskim porodičnim pravom³⁸.

Osim ugovornog i moralnog osnova koji sporazumni razvod braka opravdavaju činjenicama da je ugovor podložen raskidu u svakom momentu, odnosno da se može dogoditi da bračni drugovi ne mogu ostati posvećeni jedno drugom doživotno, postoji i treći doktrinarni osnov koji opravdanje razvoda na osnovu sporazuma nalazi u Kuranu u kome piše: „Ako se žena boji grubosti i odvratnosti svoga muža, onda za njih ne postoji greh da se uzajamnim sporazumom nagode...“, jer pravo i sila ne mogu da zamene bračnu ljubav³⁹.

Muž najčešće traži razvod braka na osnovu sudske odluke u dva slučaja: kada se žena ogreši o vernost ili o dužnost pokornosti, iz razloga što muž u ovim situacijama ima interes da sud konstatuje njenu krivicu, kako bi se oslobodio materijalnih dužnosti prema razvedenoj ženi. Stoga, sudski razvod braka ima veći značaj za ženu, jer je to jedina mogućnost da brak prestane ukoliko muž ne poštuje svoje dužnosti, a ne pristaje da se razvede otkazom ili na osnovu sporazuma. Kao mogući razlozi za razvod braka navode se povreda vernosti, polne bolesti, poslebračna impotencija i nesložan život.

Poništaj nastaje po sili zakona u sledećim slučajevima: zbog stvaranja srodstva između supružnika, hulenja verskih svetinja, promene vere jednog od bračnih drugova venčanih prema šerijatskim propisima, prelaza u islam koji izvrši jedan od supružnika venčanih po propisima neke druge vere i zbog rodoskrvuća koje izvrši jedan bračni drug sa srođnicima u pravoj uzlaznoj i silaznoj liniji drugog bračnog druga⁴⁰.

³⁶ Belgijski sudovi su zauzimali različite stavove pa je tako Tribunal civil u Briselu u presudi od 13. marta 1974. godine priznao pravno dejstvo repudijacije koju je izvršio jedan Alžirac pred notarom u Maroku, dok je odlukom od 8. maja 1979. godine sud odbio priznanje marokanske odluke o repudijaciji, navodeći u obrazloženju da se ona zasniva na jednostrano izraženoj volji muža, pri čemu ženi nije data mogućnost zaštite njenih prava i isticanja zahteva prema njemu, zbog čega bi priznanje bilo u koliziji sa međunarodnim javnim poretkom *lex fori*. U Francuskoj je uglavnom postojao stav da se repudijacija ne može priznati, a u slučajevima priznanja radilo se o dejstvu repudijacije na izdržavanje dece, onda kada se žena na nju pozivala tražeći da joj se dosudi izdržavanje za maloletnu decu. Videti *Ibidem*, 219-221.

³⁷ Videti *Ibidem*, 224-226.

³⁸ A.Black, 6.

³⁹ M.Begović (1936), (fn. 4), 120.

⁴⁰ *Ibidem*, 139.

4. PRAVNA DEJSTVA ŠERIJATSKOG BRAKA U DRŽAVNO – PRAVNOJ SFERI (PRIMER VELIKE BRITANIJE)

Pravo na kulturnu i versku pripadnost ima osnovu u međunarodnom pravu, o čemu govore član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, kao i članovi 29. i 30. Konvencije UN-a o pravima deteta. Iako su tokom 19. veka veliki delovi islamskog prava zamenjeni kodifikacijama zasnovanim na evropsko - kontinentalnom modelu, većina država sa pretežno muslimanskim stanovništvom zadržala je porodično pravo zasnovano na šerijatu, koje kao takvo predstavlja „simbol kolektivnog identiteta“⁴¹.

Nove migracije muslimanskog stanovništva poslednjih godina, stavljaju ponovo naglasak na tradicionalne, pomalo zaboravljene, porodične strukture u Evropi i pokazuju da religija doživljava svoju renesansu kao važan način samoidentifikacije koji utiče na samouverenost ljudi u dijaspori (Van der Veer, 1994). U nekim evropskim zemljama, npr. u Nemačkoj, Francuskoj i Španiji izbor zakona koji se primjenjuje na mnoga porodična pitanja i dalje se određuje nacionalnošću osobe (*lex nationalis* ili *lex patriae*), dok je u Švajcarskoj i Engleskoj domicil kriterijum na osnovu koga se određuje pravo koje će se primeniti u konkretnom slučaju i on podrazumeva da se osoba nastanila u nekoj zemlji sa namerom da ostane u njoj stalno ili na neodređeno vreme. Kao rezultat toga, islamsko pravo se u ovim državama primenjuje ređe, a pravni odnosi uspostavljeni u Evropi ne moraju biti priznati u zemlji porekla stranaka. Može se postaviti pitanje koliko je kriterijum državljanstva u skladu sa današnjim vremenom, budući da se zasniva na postojanju značajne kulturološke povezanosti pojedinca i nacije iz koje on potiče⁴².

U našoj državi od 1946. godine pravna dejstva proizvodi samo građanski brak zaključen pred matičarem, dok šerijatski brakovi, kao ni crkveni brakovi, ne uživaju pravnu zaštitu države i imaju ceremonijalni karakter. Takođe, punovažan brak za života supružnika može biti razveden samo presudom nadležnog državnog suda. U slučaju zaključenja šerijatskog braka, kao jedine forme, postavlja se niz pitanja: pitanje nasledstva ako se desi da muž negira postojanje braka; validnost izjava svedoka prilikom utvrđivanja njegovog postojanja, onda kad ne postoji sporazum između države i Islamske zajednice; isplata mehra ukoliko muž neće dobrovoljno da ga isplati. Zaključujući da ženi u ovim situacijama nisu dovoljno garantovana prava na izdržavanje, mehr i nasledstvo, profesor Zajimović predlaže sklapanje sporazuma između Islamske zajednice i nadležnih organa vlasti o priznavanju šerijatskih brakova, kao i stavljanje mehra pod posebnu klauzulu prilikom sklapanja građanskog braka, čime bi on postao pravno obavezujući. On objašnjava da je nepostojanje mehra kao uslova za sklapanje braka jedina razlika između brakova

⁴¹ A.Büchler (2012), „Islamic Family Law in Europe? From Dichotomies to Discourse – or: beyond Cultural and Religious Identity in Family Law“, *International Journal of Law in Context*, Cambridge University Press, 8 (2), 196, https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:f7865ae7-17b3-4f0b-8d1a-5bf1a2230190/Buechler_IslamicFamilyLpe.pdfawinEuro

⁴² Tako Büchler smatra da je kriterijum državljanstva u međunarodnom porodičnom pravu u suprotnosti sa današnjim vremenima, jer pravna uverenja ljudi mogu biti u velikoj suprotnosti sa pravnim okolnostima u zemlji porekla, ili se može uzeti kao primer paradoksalan slučaj Iračanke koja je pobešla iz Irana u Evropu nakon islamske revolucije, da bi se utvrdilo, godinama kasnije, da je njena nacionalnost dovela do toga da se postupak razvoda rešava upravo primenom islamskog zakona. Takođe, ako međunarodno privatno pravo u evropskim zemljama polazi od toga da muslimanski stanovnici treba da budu osuđeni u skladu sa zakonom stranog državljanstva, neće im se dopustiti primena nekih povoljnijih odredbi evropskih zakona, što može biti posebno nepovoljno za muslimanske žene. Glavna zamerka je ta što se ne obraća dovoljno pažnje na one ljude koji su u procesu integracije u zemlju u koju su se doselili, ali još nisu stekli državljanstvo. *Ibidem*, 197 - 199.

zaključenih pred imamom i matičarem, te da bi stavljanjem mehra u ugovor o venčanju u dogovoru sa matičarem, takvo venčanje moglo zameniti sva druga od strane onih iza kojih ne stoji zakon⁴³.

Iako osobe sa prebivalištem u Engleskoj podležu engleskom porodičnom zakonu, porodični život mnogih muslimana regulisan je neslužbenim islamskim zakonom - parovi se venčavaju na islamskoj ceremoniji venčanja, a procenjuje se da jedna trećina ovih parova ne stupa u građanski brak prema engleskom zakonu (Yilmaz, 2005)⁴⁴. Oblik pravne arbitraže postoji oko dvadeset godina i sprovode ga različita šerijatska veća, koja imaju značajne nadležnosti za muslimansku zajednicu i obavljaju funkcije slične onima koje obavlja sud - savetovanje u pitanjima porodičnog prava, pomaganje u pregovorima prilikom sklapanja bračnih ugovora i izricanje islamskih razvoda. Glavni razlog delovanja ovih verskih autoriteta je činjenica da su muslimani nakon građanskog razvoda ponekad odbijali islamski razvod, na štetu muslimanskih žena. To je za posledicu imalo mogućnost njihovog stupanja u novi brak nakon građanskog razvoda (budući da bi i prema engleskom i prema islamskom zakonu imali to pravo, jer su prema engleskom zakonu razvedeni, a prema islamskom zakonu iako još uvek oženjeni, mogu venčati drugu ženu), dok žene ne bi imale mogućnost sklapanja novog braka, jer su u očima svoje zajednice još uvek u braku⁴⁵. Ovaj islamski porodično-pravni poredak, službeno nepriznat, ali u Engleskoj normativno delotvoran, čuva ne samo određene aspekte islamskog prava, već ih „podvrgava novim tumačenjima koja su prilagođena socijalnom okruženju, čime se islamsko pravo preispituje, reinterpreterira i rekonstruira“, a rezultat se ponekad naziva engleski šerijat⁴⁶. Što se tiče sporazuma između supružnika koji su sklopljeni u skladu sa šerijatskim propisima, građanski sudovi u njima ne prepoznaju šerijat, već ugovorne radnje preduzete u islamskom kontekstu, a sprovođenjem ovih verskih sporazuma pokazuje se poštovanje autonomije pojedinca⁴⁷.

Na muslimansko porodično pravo utiču i vreme i mesto u kome ljudi žive. Na različitim internetskim forumima objavljuju se obavezujuća pravna mišljenja kao odgovori na pitanja koja proizilaze iz situacija u onim zemljama gde su muslimani u manjini. Pored toga, advokati u Velikoj Britaniji sve češće nude pravne usluge koje uključuju izdavanje muslimanskih potvrda o razvodu ili sastavljanje testamenta koji ispunjava i muslimanske i engleske uslove propisane zakonom, „prevazilazeći i spajajući navodno nespojive oblike zakona“⁴⁸. Oni klijentima pomažu da ispune muslimansku obavezu u okviru engleskog zakona, u situacijama kada je to moguće. Bourdieu (1987) smatra da je zakon povezan sa materijalnom i simboličkom snagom u društvenom svetu, budući da je pravno polje stvoreno iz istorijskih borbi na političkom polju, koje su morale postojati da bi se

⁴³ S.Zajimović (2003), „Brak bez garancije“, *Staff*, br. 101/2003, 12-13., preuzeto sa Šta treba da znaju oni koji žele sklopiti brak u skladu sa islamskim propisima, <https://www.n-um.com/sta-treba-da-znaju-oni-koji-zele-sklopiti-brak-u-skladu-sa-islamskim-propisima-1/>

⁴⁴ Od donošenja Zakona o razvodu iz 2002. godine, engleski sudovi mogu zahtevati da se verski raskid braka mora dogoditi pre nego što se može razrešiti građanski razvod, odnosno engleski sud može proglasiti da je verski akt, kome on ne daje nikakvo normativno delovanje, preduslov njegovog postupanja u određenoj pravnoj stvari. Ovaj se zakon odnosi samo na jevrejske brakove. A.Büchler, 203.

⁴⁵ *Ibidem*, 203.

⁴⁶ *Ibidem*, 204.

⁴⁷ R.Sandberg, S.Thompson (2016), „The Sharia Law debate: The missing family law context“, *Law and Justice*, 177, 190.

⁴⁸ L.Pilgram (2012), „British – Muslim family law and citizenship“, *Citizenship studies*, Vol. 16, 5-6/2012, 772, <http://dx.doi.org/10.1080/13621025.2012.698506>

razvio autonomni pravni svemir, relativno nezavisan od spoljnih ograničenja. Njegovo izjednačavanje nacionalne države sa društvom, određeni autori nazivaju „metodološkim nacionalizmom“⁴⁹. Ako zakon ne nastaje, ne menja se i ne održava se kao ideal, već kao društvena konstrukcija i koncepcija, stvara se okvir za razumevanje kako se britansko – muslimanski porodični zakon uspostavlja kroz savremenu praksu koja se opravdano naziva zakonom, a ne verskom praksom. Pravno polje nije autonomno, već je ugrađeno u društveni svet i bez njega ne postoji. Da nije tako, pitanje muslimanskog porodičnog prava u Britaniji pojavilo bi se i pre nego što se država demografski izmenila, nakon dolaska većeg broja pripadnika muslimanske vere⁵⁰. Postoji najmanje 85 šerijatskih veća i 13 sudova koji deluju u mreži Islamskog šerijatskog veća, dobrotvorne organizacije sa sedištem u Leytonu, kao i tri šerijatska veća koja vodi Udruženje pravnika muslimana. Hibridnost britansko-muslimanskog pravnog polja takva je da ima „savršen smisao za aktere koji pružaju ili kupuju usluge dostupne na svom tržištu“⁵¹. Dok neki pravници smatraju da je šerijatsko pravo konzervativno, neprogresivno, i ističu pitanje rodne (ne) ravnopravnosti, drugi zaključuju da u hibridnoj muslimanskoj pravnoj praksi oba aspekta razvoda obavljaju različite funkcije: građanski razvod osigurava državne koristi, finansijsku sigurnost i zaštitu, dok šerijatski razvod može doprineti prihvatanju u zajednici, osiguravajući određenu finansijsku podršku i psihološko blagostanje, čime se međusobno dopunjuju u službi britansko-muslimanskog porodičnog zakona, utičući na materijalne okolnosti muslimana u današnjoj Britaniji⁵².

U Kanadi je izmenama zakona 2006. godine (Family Statute Law Amendment Act) propisano da se alternativna rešenja sporova porodičnog prava, sprovedena prema bilo kom drugom zakonu osim onog iz „Ontarija ili druge kanadske jurisdikcije“ ne smatraju arbitražom, te im stoga nije priznato bilo kakvog građansko - pravno dejstvo⁵³. Povod za donošenje ovih izmena bila je namera grupe muslimana da se osnuje sud koji bi primenjivao šerijat na članove njihove zajednice, u provinciji Ontario u kojoj je postojala mogućnost arbitraže oko porodičnih sporova po verskom zakonu, koju je otvorilo zakonodavstvo o alternativnom rešavanju sporova. Odmah se postavilo pitanje da li će institucionalizacija arbitraže dati jednoj verskoj grupi šansu za uvođenje patrijarhalne tradicije u kanadsko društvo i eventualne zloupotrebe pod njenim okriljem, a verskim zajednicama, uključujući muslimane, stavljeno je do znanja da deo svog verskog identiteta i prakse treba da zadrže privatnom⁵⁴. Međutim, ispravno se može zaključiti da i u odsustvu priznanja građanskog dejstva, versko porodično pravo nastavlja svoje postojanje, a razdvajanje primenjeno u Kanadi samo „potiskuje moguću zloupotrebu privatnosti i ne rešava problem“⁵⁵. U Kvebeku je šerijatski zakon izričito zabranjen, jednoglasnim glasanjem u Narodnoj skupštini 2005. godine, a od 2014. više od dvadeset američkih država razmatrale su mere koje bi ograničile sudijama konsultovanje šerijatskog zakona ili stranog i verskog zakona generalno (među njima su Arizona, Kansas, Luizijana, Južna Dakota, Severna Karolina, Alabama i Teksas).

⁴⁹ *Ibidem*, 775.

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ *Ibidem*, 776.

⁵² *Ibidem*, 778.

⁵³ Family Statute Law Amendment Act, (2006), S.O. 2006, c. 1 - Bill 27 <https://www.ontario.ca/laws/statute/s06001>

⁵⁴ Videti M.Miloš (2013), „Separation of Sharia from the State as Accommodation – Effects and Limits“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34, br. 2, 1080 – 1083.

⁵⁵ *Ibidem*

Sa druge strane, primer Velike Britanije pokazuje britanski pragmatizam, trud da se verski zakon bolje upozna i težnju da pravni sistem zabrani određenu praksu, ali samo kad iskustvo pokaže da je ona problematična, čime se ne zatvaraju vrata za mogućnost davanja građanskog dejstva verskom zakonu⁵⁶. Postoje dva predloga o zaštitnim merama koje bi se mogle preduzimati u situacijama kada je dozvoljena verska arbitraža. Prvi predlog je utvrđivanje preduslova koji se moraju ispuniti da bi odluka arbitraže imala građansko – pravnu punovažnost (to podrazumeva obrazovanje arbitara u oblasti sekularnog prava i postulata na kojima se ono zasniva, obaveza arbitra da vodi dosije predmeta i obavezno pravno savetovanje onih koji se žele služiti verskim pravom), dok drugi predlog predviđa uspostavljanje nadzora nad verskim arbitražnim sudovima, čime se priznanje građansko – pravnog dejstva odluka verskih arbitraža, prećutno uslovljava tumačenjem i primenom verskog zakona, na način kojim se neće ugroziti pravni poredak i zajemčena ljudska prava („nacionalni sudovi postaju de facto drugostepeni sudovi za verske sudove, čime se stvara opasnost od stvaranja vladinih verskih sudova“)⁵⁷.

Javnost je podeljena između odgovora na pitanje: da li na duže staze britanski model predstavlja mudro sagledavanje političkih i društvenih prilika u kojima danas živimo, ili je hodanje po tankom ledu, koje u opasnost dovodi osnovne postulate na kojima se temelji demokratsko društvo? Nema sumnje da će ova tema bivati sve aktuelnija u godinama pred nama.

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Mnoge evropske države smatraju da tradicionalno islamsko porodično pravo i njegovi instituti nisu kompatibilni sa ustavnim i ljudskim pravima ugrađenim u pravni sistem evropskih zemalja, pa se može postaviti pitanje u kojoj meri bi porodično pravo evropskih zemalja trebalo uzeti u obzir kulturna ili religiozna uverenja ljudi koji u njima žive. Međutim, ne treba zaboraviti da su mnogi instituti u oblasti porodičnog prava Evrope, rezultat dugogodišnjih borbi za promene i ravnopravnost polova. Nivo dostignutih prava i sloboda, zajemčenih pravnim propisima, nije nešto nepromenljivo, što nam pozitivno pravo oduvek jemči. Iako ljudska prava proizilaze iz prirodnog prava, obim njihove zaštite se tokom vremena menjao.

Sve religije su zasnovane na principima koji ljudima obezbeđuju kvalitetniji život, iako su ih tokom istorije ljudi često zloupotrebljavali u cilju realizacije interesa koji se sa njima kose. U tim momentima kritička svest i razmišljanje su opstajali kod malobrojnih pojedinaca. Profesor Begović mudro zaključuje da „misticizam za visoko obrazovane ljude predstavlja jednu moralnu snagu, dok je za mase jedna vrsta duhovnog opojnog pića, jer ometa kritičko suđenje o životu i svetu.“ U islamu postoji stav „da se džennet (raj) nalazi pod nogama majke“, a jedna cela sura u Kuranu posvećena je devici Mariji koja je kao majka Isusa Hrista izuzetno poštovana, što govori u prilog tome da se sa aspekta šerijata na ženu gleda sa ljubavlju i poštovanjem⁵⁸. Imam Homeini, vođa Islamske revolucije u Iranu, pored uloge majke kao najsvetije uloge dodeljene ženi, isticao je značaj učešća žena u nauci i politici, kao i obavezu njihovog moralnog usavršavanja. On ističe

⁵⁶ *Ibidem*, 1084.

⁵⁷ *Ibidem*, 1103 - 1104.

⁵⁸ M.Gregorian, 25, 128.

da se žene moraju suprotstaviti onim muškarcima koji ih gledaju isključivo kao predmet seksualne požude, da bi „ispravile muškarce koji su zalutali na krivi bezbožnički put“, u cilju oslobođenja države od mračnih sila⁵⁹. Sa druge strane, jedan deo muslimana je tumačenjem islama shodno svojim interesima, doprineo da ostvarivanje i zaštita ljudskih prava u nekim državama budu ugroženi, a primer ovakvih zloupotreba danas vidimo u položaju žena u Avganistanu. Danas, sve češće, konzervativni muslimani počinju da se ujedinjuju sa liberalnim kako bi se ovakvi događaji sprečili i strožije sankcionisali. Ovo je neophodno, budući da u demokratskoj kulturi verski pluralizam zavisi od zajedničkog razumevanja prava i sekularnog pravnog kanona - koji je rezultat dugog i evolucijskog procesa kao osnova socijalne kohezije⁶⁰.

I hrišćanstvo i islam se suočavaju sa izazovima modernog doba. U isto vreme, sa izazovima modernog doba suočavaju se i supružnici, a koliko je teško to suočavanje najbolje pokazuju podaci o broju razvoda brakova koji se povećavaju iz godine u godinu. Da li je muslimanski brak zaista „uspešniji i moralno kvalitetniji od brakova u drugim kulturama i državama“⁶¹ ili tradicionalizam i čvrst patrijarhat u ovim državama stvaraju takvu predstavu, pitanje je na koje nije jednostavno odgovoriti. Spoljne manifestacije događaja su samo rezultat i odraz u ogledalu naših unutrašnjih težnji, razmišljanja i uverenja koji se sa razvojem društva i čoveka u njemu neminovno menjaju, utičući na sadržinu odnosa u koje stupamo i na njihov pojavni oblik. Da bi bili u funkciji napretka društva i pojedinca, i pravo i religije moraju uvažiti postojeće društvene prilike i kroz uzajamnu saradnju obezbediti preduslove u kojima čovek može da živi i da se razvija kao slobodan građanin, ali i kao slobodno duhovno biće. Zbog toga na verskim vođama, kao i na zakonodavcima, leži velika odgovornost, ali i obaveza, da religije i zakone približe savremenim uslovima života.

Takođe, i šerijatske norme treba uskladiti sa zahtevima vremena, kako bi došlo do sinteze tradicionalizma i reformizma, budući da je čovek plod vremena i prostora u kojima živi, i to je stav koji zastupaju pripadnici tzv. srednjeg pravca u islamu. Zahvaljujući ubrzanim migracijama stanovništva poslednjih decenija, ovaj proces će se odvijati spontano i kontinuirano u vremenima pred nama, smanjujući jaz između zapada i istoka, demokratskih vrednosti i konzervativizma, sekularnog državnog zakona i verskog prava, što se može videti na primeru Velike Britanije. Šerijatska rasprava će biti u kontekstu širih promena porodičnog prava i njegovih reformi, a stručnjaci za versko pravo i porodično pravo moraće da sarađuju u multikulturalnom društvu.

LITERATURA

- Andrić Milan (2006), Osnovi šerijatskog prava (sa posebnim osvrtom na odnose između polova prema bračnim pravilima šerijatskog prava), *Religija i tolerancija*, br. 6/2006.
- Begović Mehmed (1931), *O položaju i dužnostima muslimanke prema islamskoj nauci u duhu današnjeg vremena*, Beograd: Grafički umetnički zavod „Planeta“.
- Begović Mehmed (1936), *Šerijatsko bračno pravo*, Beograd: G. Kon.

⁵⁹ *Ibidem*, 134, 135.

⁶⁰ U predmetu Refah protiv Turske, Evropski sud za ljudska prava stao je na stanovište da se pravni pluralizam sukobljava sa sekularizmom, jednakošću i demokratijom. Videti A.Büchler, 205.

⁶¹ M.Andrić, 109.

- Begović Mehmed (1984), *Nastanak i razvitak šerijatskog prava*, Beograd: Srpska akademija nauka i umetnosti.
- Begović Nedim (2005), „Bračne smetnje u šerijatskom pravu i porodičnom zakonodavstvu FBiH“, *Glasnik Rijaseta Islamske zajednice u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo LXVII/2005, br. 1-2., 31 – 42. <http://dzemat-oberhausen.de/?p=2281>
- Black Ann, *Window Into Shariah Family Law*, Australian Institute of Family Studies, <https://core.ac.uk/download/pdf/30683056.pdf>,
- Bourdieu Pierre (1987), „The force of law: toward a sociology of the juridical field“, *Hastings law journal*, 38, 805–853.
- Büchler Andrea (2012), „Islamic Family Law in Europe? From Dichotomies to Discourse – or: beyond Cultural and Religious Identity in Family Law“, *International Journal of Law in Context*, 8 (2), 196 – 210, https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:f7865ae7-17b3-4f0b-8d1a-5bf1a2230190/Buechler_IslamicFamilyLawinEurope.pdf
- Cvejić – Jančić Olga (2009), „Brak i razvod između prošlosti i budućnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2009, 63 – 86.
- Dibek Inger (2012), „Država i crkva u Danskoj“, u *Država i crkva u Evropskoj uniji*, (ur. Gerhard Robers), Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za teološka istraživanja.
- Durmišević Enes (2007), „Prestanak važenja šerijatskog prava kao pozitivnog prava 1945. godine u Bosni i Hercegovini“, *Glasnik Rijaseta Islamske zajednice u BiH*, br. 11- 12/2007, 1055 – 1072.
- Čović Ana (2010), „Porodičnopravni položaj žene u šerijatskom pravu“, *Religija i tolerancija*, br. 14/2010.
- Gupta Kiran (1998), „Poligamija – pravna reforma u modernim muslimanskim državama: komparativna studija“, u: *Šerijatsko pravo u savremenim društvima*, (ur. Fikret Karčić i Enes Karić), Sarajevo: Pravni centar Fond otvoreno društvo BiH.
- Robers Gerhard (2012), „Država i crkva u Evropskoj uniji“, u *Država i crkva u Evropskoj uniji*, (ur. Gerhard Robers), Beograd: Pravoslavni bogoslovski fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za teološka istraživanja.
- Gregorian Meril (2016), „Prava žena u islamu: primeri Avganistana i Islamske Republike Iran“, *Sociološki pregled*, br. 1/2016, 119-139.
- Greece, U. S. Department of State, <https://20092017.state.gov/documents/organization/171697.pdf>
- Huseinspahić Ajdin (2012), „Uporednopravni pregled divortiuma u antičkom Rimu, razvoda braka u kanonskom pravu i el – talaq u šerijatskom pravu u odnosu na pozitivno bračno pravo u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 9/2012, 149 – 179.
- Karčić Fikret (1997), *Studije o šerijatskom pravu*, Zenica: Bemust.
- Karčić Fikret (2005), *Istorija šerijatskog prava*, Sarajevo: Fakultet islamskih nauka u Sarajevu. Kurʻan
- Miloš Matija (2013), „Separation of Sharia from the State as Accommodation – Effects and Limits“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 34, br. 2, 1073 – 1108.
- Opšta povelja o ljudskim pravima u Islamu od 19. septembra 1981.
- Otto Jan Michiel (2008), *Sharia and National Law in Muslim Countries: Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*, Leiden University Press.

- Pilgram Lisa (2012), „British – Muslim family law and citizenship“, *Citizenship studies*, Vol. 16: 5-6, 769 - 782, <http://dx.doi.org/10.1080/13621025.2012.698506>
- Ročkomanović Milorad (1982), „Odricanje od žene u šerijatskom pravu i njegova pravna dejstva u međunarodnom privatnom pravu nekih država“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 22.
- Sandberg Russell (2016), Thompson Sharon, „The Sharia Law debate: The missing family law context“, *Law and Justice*, 177, 181 - 192.
- Šerijatski stav o poligamiji u BIH, <https://www.islamskazajednica.ba/bracno-pravo/17770-serijatski-stav-o-poligamiji-u-bih>
- Šerijatsko vjenčanje i ženidba nemuslimankom, <https://www.islamskazajednica.ba/bracno-pravo/17607-serijatsko-vjenacnje-i-zenidba-nemuslimankom>
- Van Der Veer Peter (1994), *Religious Nationalism, Hindus and Muslims in India*, Berkeley: University of California Press.
- Vukšić Tomo (2007), Mješovite ženidbe u katoličanstvu, pravoslavlju i islamu, *Crkva u svijetu*, br. 42.
- Zajimović Senaid (2003), „Brak bez garancije“, *Saff*, br. 101/2003, preuzeto sa Šta treba da znaju oni koji žele sklopiti brak u skladu sa islamskim propisima, <https://www.n-um.com/sta-treba-da-znaju-oni-koji-zele-sklopiti-brak-u-skladu-sa-islamskim-propisima-1/> (pristup 14.11.2019.)

Ana Čović, Ph.D.⁶²

CONCLUSION AND TERMINATION OF MARRIAGE IN SHARIA LAW

Summary

The conditions of marriage and divorce in Sharia law and the impact of religion and customs in this area is the subject of an article in which the author tries to bring the reader closer to the questions that often raise controversy when it comes to human rights and social status of women in some Muslim countries. Although in the early Middle Ages, as a complete legal system, besides Roman law, there was only Sharia law, in our region it was under-studied and unjustifiably neglected in the academic community. What are its sources, the subject of regulation, the theoretical and practical significance of the study are questions that are important to answer in order to understand the substance of certain legal provisions in the area of family law. Today, we are witnessing globalization and the growth of international exchange in all fields, accompanied by accelerated technical and technological development and innovation, the flow of goods, information and migration of people, the improvement of legal systems and their harmonization and unification. Therefore, there is a need, but also an obligation, to become acquainted with solutions from other legal systems that are less well known to us and critical, impartial, consideration of their advantages and disadvantages.

Key words: marriage, Sharia law, the position of women, human rights, termination of marriage.

⁶² Senior Research Associate, Institute of Comparative Law in Belgrade; e-mail: a.covic@iup.rs