

Šejla Maslo Čerkić*

KONCEPT PRAVIČNOSTI KAO UNIVERZALNI MODEL USKLAĐIVANJA PRAVA I STVARNOSTI

SAŽETAK

Pravičnost kao jedan od modela usklađivanja prava i stvarnosti prisutan je kroz historiju u svim velikim pravnim sistemima. Rimski *aequitas*, koji je svoju konkretnu realizaciju dobio kroz aktivnost pretora i djelovanje u skladu s principima *bona fides* i *aequitas*, engleski *equity law* koji se razvio kao paralelni sistem prava i sudstva u nadležnosti lorda kancelara, te institucija *mazalima* kao oblika dijeljenja univerzalne pravde u islamskoj državi, imaju svoje zajedničke karakteristike, ali i specifičnosti. Cilj rada je analizirati na koji način je pravni poredak djelovao u situacijama kada postojeći sistem prava i sudstva nije davao adekvatna rješenja u konkretnim slučajevima, te potvrditi tezu da je u svim velikim pravnim sistemima u takvim situacijama došlo do pojave alternativnih oblika osiguranja pravde i pravičnosti.

Ključne riječi: pravičnost, *equity law*, *ius honorarium*, šerijatsko pravo, *mazalim*.

UVOD

U svakom je pravnom sistemu u toku njegovog razvoja postojao određeni stepen konflikta između važećeg prava i redovnog sudskog sistema, s jedne, i želje za odstupanjem od tog prava radi općih interesa i zadovoljenja pravde, s druge strane. Konstantni sukob između strogog i pravičnog ispoljio se na razne načine u različitim sistemima. Zajedničko za sve modele jeste da je strogo poštivanje slova zakona i, usko govoreći,

*Mr. sc., Pravni fakultet Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru.

stavljanje forme ispred suštine uvijek dovelo do pojave alternativnih oblika osiguranja pravde i pravičnosti.

Usklađivanje prava i stvarnosti, približavanje ideala realitetu ostvarivalo se na različite načine kroz historiju, a uvažavanje interesa pravičnosti je jedan od njih.¹ Borba između strogog slova zakona i ostvarenja pravičnosti je stara koliko i samo pravo. Iako je terminologija promijenjena, pa tako danas radije govorimo o odnosu između pravne sigurnosti i pravde (u konkretnom slučaju), umjesto o odnosu između *ius strictum* i *ius aequum*, u oba slučaja je vidljivo da se radi o dva različita aspekta prava.² Na jednoj strani je javni interes za jasnim, jednakim i predvidljivim pravnim pravilima koji će usmjeriti ponašanje pojedinaca u cilju izbjegavanja sukoba sa zakonom i realne procjene ishoda sudskog postupka. Drugi aspekt odgovara na potrebe konkretnog slučaja, uvažavajući njegove specifične i potencijalno jedinstvene okolnosti. Pravna sigurnost zahtijeva zakonodavstvo, dok pravda u konkretnom slučaju zavisi od sudske presude.

Pravni sistem sa svojim utvrđenim i teško promjenjivim modelima pravne zaštite sporo reaguje na društvene promjene. Ostvarenje pravičnosti, kao glavni zahtjev efikasnog pravnog sistema, u tom je smislu često dovedeno u pitanje. Iz tog su se razloga kroz historiju iznalazili različiti vanredni ili paralelni sistemi sudstva, koji bi mogli odgovoriti bilo na kršenje principa pravičnosti i dobre vjere od strane redovnih sudova, bilo na promijenjene društvene okolnosti koje su uvjetovale i nova pravna rješenja. Veliki pravni sistemi, rimski, engleski

¹Tako su se, prema Henriju S. Meinu, prvo pojavile pravne fikcije kao sredstvo izmjene dejstva zakona bez stvarne izmjene njegove forme. Nakon pravnih fikcija sljedeća po hronološkom redu pojavila se pravičnost, čiji se autoritet zasnivao na uzvišenim principima koji su po hijerarhiji iznad svakog važećeg zakona. Nakon pravičnosti uslijedilo je zakonodavstvo kao efikasan i radikalni model usklađivanja prava i stvarnosti. Autoritet zakona, za razliku od pravičnosti, ne zasniva se na uzvišenim principima, nego na autoritetu organa koji ga je donio. H. S. Maine, *Ancient law: its connection with the early history of society, and its relation to modern ideas*, London 1861, 25-28.

² P. H. Neuhaus, „Legal certainty versus equity in the conflict of laws“, *Law and Contemporary Problems* 28, 4/1963, 795.

i šerijatski, su svaki na svoj način dali konkretni odgovor na nedostatke redovnog pravnog i sudskog sistema.³ U nastavku će biti analizirani razlozi uspostavljanja sistema zasnovanog na pravičnosti u svakom od ovih sistema, model ostvarenja zaštite na osnovu pravičnosti u konkretnom slučaju, te će biti utvrđene sličnosti i razlike u ostvarenju pravičnosti u okviru ova tri velika pravna sistema.

1. Koncept pravičnosti u rimskom pravu

Pojmu pravičnosti od davnina su se davala različita religijska, filozofska, društvena i pravna značenja. Rimljani su svoje izvorno značenje *aequum*, koje je podrazumijevalo fizičku jednakost i proporcionalnost, modifikovali pod grčkim utjecajem. Pojam *aequitas* počeo se povezivati s pojmom prirodnog prava *ius naturale*, te je stajao kao spona između rimskog *ius civile* i *ius gentium*, prava svojstvenog svim narodima.⁴ Grčki koncept modifikovan je na način da su Rimljani kroz djelatnost pretora stvorili sistem prava zasnovan na pravičnosti. Ovaj sistem, poznat kao *ius honorarium*, postavio je primjer na koji je način moguće ublažiti negativne posljedice krutog i neodgovarajućeg legisakcionog postupka. Od zakona *Lex Aebutia* iz 2. vijeka p. n. e. formularni postupak postaje jedini važeći sudski postupak, s važnom ulogom pretora u njegovom prvom dijelu. Kroz svoju nadležnost odobravanja ili uskraćivanja prava na tužbu, rukovodeći se principima dobre vjere i pravičnosti, pretor je davao zaštitu novim odnosima, koji do tada nisu bili pravno zaštićeni.

1.1. Razlozi uspostavljanja

S obzirom da je osnova *ius civilea* nastala u najstarijem periodu rimske države, ovo pravo je po svojim karakteristikama bilo konzervativno i

³ Š. Maslo, „Uskladjivanje prava i stvarnosti: koncept pravičnosti u historijsko-komparativnoj perspektivi“, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2010, 7.

⁴ G. L. McDowell, *Equity and the Constitution*, The University of Chicago Press, Chicago 1982, 19.

strogo formalističko. Postojala je uska povezanost s religijom. Odgovaralo je zatvorenoj kućnoj privredi iz vremena kad je Rim bio siromašna država. U razdoblju kasne republike, rimska država doživljava vrhunac u ekonomskom i političkom smislu. Dolazi do razvoja robnonovčanih odnosa, bankarstva i svih oblika novčarskog poslovanja. Skoro cijeli antički svijet postaje jedinstveno trgovačko područje⁵, a ekonomski razvoj prate i korjenite društvene promjene. Formalizam i primjena *ius civilea* isključivo na rimske građane po načelu personaliteta, sve više udaljavaju njegova pravna rješenja i sudski postupak od potreba stvarnosti. Tako Gaj u *Institucijama* kaže da je "*postepeno legisakcioni postupak postao omražen, jer je, zbog pretjerane sitničavosti starih, gubio spor onaj koji bi i najmanje pogriješio u formi*".⁶ Imajući u vidu da je uživanje materijalnih prava zavisilo od mogućnosti njihove zaštite u praksi, odnosno kroz sudski postupak⁷, postalo je očigledno da je ostvarivanje zaštite bilo izuzetno otežano usljed pretjeranog formalizma. Ukoliko bi stranka upotrijebila pogrešnu legisakciju (*legis actiones*), njen zahtjev bi bio odbijen. I usljed najmanje pogreške pri poštivanju procesnih zahjeteva, pravni lijek bi bio uskraćen, iako je, možda bilo očigledno da je postojalo pravo na zaštitu.⁸ Drugi problem ovog postupka bio je taj što je, prema načelu personaliteta, bio dostupan isključivo rimskim građanima. Društvene i ekonomske promjene, povećan broj stranaca, te razvoj prometa i trgovine učinile su ovaj postupak neadekvatnim za rimsko društvo. Uveden je novi, fleksibilniji formularni postupak (*per formulam*), uz koji je i legisakcioni bio u upotrebi sve do 17. g. p. n. e. kada ga je ukinuo August.⁹

⁵ Z. Lučić/M. Šarac, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2006, 24.

⁶ G. 4. 30. The Roman Law Library, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/> (13. novembar 2013.)

⁷ M. Horvat, *Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava*, Zagreb, Nadbiskupska tiskara 1939, 21.

⁸ Pravnik Gaj ilustrirao je ovaj strogi formalizam primjerom prema kojem je čovjeku, koji je tužio drugog da mu je posjekao stabla vinove loze (*vites*), uskraćena pravna zaštita jer je u tužbi upotrijebio riječ "vinove loze" (*vites*) umjesto riječi "drveća" (*arbores*) koju je predvidio Zakon dvanaest ploča. Prema: G. 4. 11. The Roman Law Library, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/> (13. novembar 2013.)

⁹ Nakon ovoga je zadržan samo u centumviralnim sudovima i za određene slučajeve koji su uključivali prijetnju nanošenja štete imovini druge osobe (*damnum infecti*).

1.2. Model ostvarenja

Doprinos rimskih pretora razvoju rimskog prava i njegovom utjecaju na savremene pravne sisteme omogućen je kroz uvođenje novog formularnog sudskog postupka. Rezultat aktivnosti pretora bio je *ius honorarium* kao efikasan model usklađivanja prava i stvarnosti uvažavajući principe pravičnosti i dobre vjere.

Prema pravniku Papinijanu pretorsko ili honorarno pravo jeste ono pravo koje su uveli pretori radi pomaganja, dopune ili ispravljanja (staroga) civilnog prava, u općem interesu.¹⁰ Iz ove definicije vidljive su tri osnovne funkcije *ius honorariuma*:

- *Adiuvare*: pomoć civilnom pravu kroz pružanje novih pravnih sredstava osobama koje su već imale pravo na tužbu (npr. *interdikt* za nasljednika po civilnom pravu koji mu je omogućavao da stekne posjed nad imovinom ostavitelja).

- *Supplere*: dopuna putem pružanja pravnih lijekova osobama koje ih nisu imale prema civilnom pravu (npr. pretor je omogućio udovici da zahtijeva imovinu preminulog supruga ukoliko on nije imao djece ili drugih krvnih srodnika, a umro je bez testamenta. Prema civilnom pravu, u ovakvoj situaciji udovica nije imala mogućnost nasljeđivanja).

- *Corrigere*: ispravljanje, koje uključuje i ograničavanje starog civilnog prava. *Ius honorarium* pružalo je pravni lijek osobi čak i kad je civilno pravo štitilo neku drugu osobu, ukoliko je pretor to smatrao opravdanim (npr. oporuka ostavitelja nije zadovoljavala formalnosti civilnog prava, ali ju je pretor ipak priznao i omogućio osobi određenju u testamentu da postane nasljednik).

Formalno gledajući, pretor nije imao ovlaštenje da stvara materijalno pravo. Međutim, mijenjajući proceduralna pravila, odnosno dajući zaštitu novim odnosima, a uskraćujući zaštitu zastarjelim, direktno je utjecao i na

¹⁰*Ius pretorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi, iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam.* Prema: D. 1. 1. 7. 1. <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/> (13. novembar 2013.)

stvaranje subjektivnih prava. *Ius honorarium* u početku se razvijalo prikriveno, koristeći forme starog legisakcionog postupka. Prekretnica u razvoju *ius honorariuma* bila je donošenje zakona *Lex Aebutia* u prvoj polovini 2. vijeka p. n. e. (oko 125. g.) kojim je uveden formularni postupak (*per formulam*), a kojim je pretoru omogućeno uvođenje novih tužbi (*actio*) za slučajeve koji nisu bili obuhvaćeni starim oblicima tužbi, tzv. *legisactiones*. S obzirom na nedostatke materijalnog prava i sudskog postupka, pretor je dobio mogućnost da odstupa od pravila *ius civilea* ukoliko je smatrao da su povrijeđeni principi pravičnosti i dobre vjere, te je tako stvorio fleksibilan sistem, čija je osnovna karakteristika bila neformalnost.

Pretor nije bio profesionalni pravnik, tako da su iza njegovih rješenja obično stajali najučelniji pravници tog vremena. Njihova usaglašena mišljenja i odgovori na pitanja kojim odnosima treba dati zaštitu postala su tako, na posredan način, osnovni izvor prava.¹¹ *Ius honorarium* postaje priznati dio prava, koji je, pored *ius civilea*, bilo neophodno izučavati da bi se steklo pravničko obrazovanje.¹²

Rezultati pretorove aktivnosti brojni su i dalekosežni. *Ius honorarium* unijelo je promjene u gotovo sve oblasti privatnog prava. U porodičnom pravu omogućilo je licima pod vlašću *paterfamiliasa* da zaključuju poslove putem tužbi, u srednjem vijeku nazvanih *actiones adiecticiae qualitatis*. U stvarnom pravu stvorena je vrsta vlasništva nazvana pretorskim ili bonitarnim vlasništvom, s manjim formalizmom u njenom prometu. Pretor je, također, zaslužan za stvaranje instituta državnine (*possessio*). U nasljednom pravu data je prednost krvnom, odnosno kognatskom srodstvu nad agnatskim, što je više odgovaralo promjenama u porodici. U obaveznom pravu stvoreni su pretorski paktovi i bezimni kontrakti. Uvedena je i kategorija pretorskih delikata kojima su spriječene

¹¹ G. Mousourakis, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Laws of The Nations Series, 2003, 187.

¹² *Ibid.*, 188.

prevare i nemoralna postupanja pri zaključenju i izvršenju pravnih poslova. Što se tiče sudskog postupka, uvedene su četiri vrste tužbi iz kojih je vidljiva tehnika stvarnja pravnih pravila. Pretorove *actiones bonae fidei* su sadržavale klauzulu "*ex fide bona*" koja je služila kao osnova utuživosti, odnosno osnova tužbe za neke nove obavezne odnose koji su se zasnivali na neformalnim obećanjima, a dotad nisu bili priznati ni pravno sankcionisani.¹³ Osim toga, procesualna sredstva kao što su *interdikti*, pretorske stipulacije i povrat u prethodno stanje približila su pravo ideji pravičnosti.¹⁴

Kao poseban podsistem prava *ius honorarium* postojalo je sve do 3. vijeka n. e. kada dolazi do stapanja sva tri pomenuta sistema u jedan, s obzirom da je prestala potreba za njihovim razdvajanjem u praksi.¹⁵ *Ius honorarium* osavremenilo je civilno pravo i približilo ga životnim potrebama. Pravnici Marcijal potvrdio je njegov značaj rekavši da je ovo pravo "živi glas *ius civilea*".¹⁶

2. Koncept pravičnosti u engleskom pravu

Dio engleskog pravnog sistema koji se naziva *equity* zasniva se na principima pravičnosti, dobre vjere i savjesti. Sama engleska riječ *equity* znači pravičnost, odnosno jednakost. Kada je nastao *equity* sistem, on je podrazumijevao zaštitu prava pojedinaca, ne na osnovu zakona ili strogog precedenta, nego na osnovu ličnog osjećaja pravde onoga koji je odlučivao u svakom konkretnom slučaju. Prema riječima V. Blekstonea (*Blackstone*), "najširi i najefikasniji način otkrivanja stvarnog značenja zakona, kada su riječi nejasne, jeste razmatranje njegovog razloga i duha; ili svrhe koja je potakla samog zakonodavca na njegovo donošenje"¹⁷. Jer

¹³M. Horvat, „Akcije *bonae fidei*“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*, Zagreb 1956, 151.

¹⁴O. Stanojević, *Rimsko pravo, bosanskohercegovačko izdanje, Magistrat, Sarajevo 2000*, 57.

¹⁵Učeni pravници i dalje su vodili računa o tome koja pravila pripadaju civilnom pravu, koja honorarom, a koja *ius gentium*.

¹⁶*Ius honorarium viva vox est iuris civilis*. Prema: D. 1. 1. 8. The Roman Law Library, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/> (12. novembar 2013.)

¹⁷H. W. De Saussure, *Reports of Cases Argued and Determined in the Court of Chancery of the State by South Carolina Court of Equity*, Cline & Hines, Colombia, S. C. 1817, 34.

kad nema svrhe, ni zakon ne treba postojati.¹⁸ Pod *equity* pravom podrazumijeva se pravo izvorno nastalo aktivnošću lorda kancelara (*Lord Chancellor*) i kasnije njegovog suda (*Court of Chancery*), a različito je od prava nastalog djelovanjem *common law* sudova.¹⁹ Bitno je napomenuti da *equity* nije samodovoljan i samostalan sistem prava. Prema riječima F. W. Maitlanda, "ukoliko bi se donio zakon kojim bi se ukinuo *equity* sistem, mi bismo i dalje dobro funkcionisali. Naši zakoni bi, u nekim aspektima, bili barbarski... ali bi najznačajnija prava bila zaštićena. S druge strane, ukoliko bi se ukinuo *common law*, ova odluka značila bi anarhiju"²⁰. U svakoj fazi *equity* pretpostavlja postojanje *common lawa*.

2.1. Razlozi uspostave

Engleski pravni sistem, historijski gledano, dijelio se na tri podsistema: *common law* – opće pravo, *statute law* – zakonodavstvo i *equity law* – pravo pravičnosti. Ova podjela, iako ne tako oštra kao u prošlosti, i danas je značajna. Uobličavanje sistema općeg običajnog prava, čiji razvoj je moguće pratiti još od normanskog osvajanja 1066. godine, izvršeno je zahvaljujući centralizaciji kraljevskih sudova, djelatnosti profesionalnih sudija i instituciji putujućih sudija.²¹ Jedan od najznačajnijih instrumenata ujednačavanja prava u ovom periodu bili su kraljevi nalozi *writovi*. Da bi se nezadovoljna stranka mogla obratiti kraljevom sudu, morala je imati za to predviđen *writ*. Svaki slučaj mogao se pokrenuti samo na osnovu tačno utvrđenog *writa*.²² Jednom izdat *writ* odnosio se na sve buduće slične slučajeve. Vremenom se broj različitih *writova* povećavao. Oni se već krajem 12. vijeka počinju sakupljati u tzv. *Register of Writs* i objavljevati

¹⁸U ovome leži ona ideja pravičnosti koju je još Hugo Grotius definisao po uzoru na Aristotela kao "ispravljanje onih nedostataka zakona, koje on ima zbog svoje univerzalnosti" *Ibid*.

¹⁹ *Oxford Dictionary of law*, Fifth Edition, Oxford University Press 2001, 178.

²⁰ F.W. Maitland, *Equity: a Course of Lectures*, Cambridge University Press, Cambridge 1936, reprint 2011, 19.

²¹ R. Festić, „Istorijske osnove stvaranja *common lawa* u Engleskoj“, u *Common law i druge pravno-historijske teme*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2008, 183.

²² *Writ* se, u tom smislu, poredi s pretorskom formulom, bez koje u formularnom postupku nije moglo biti suđenja. S. Avramović, *Opšta pravna istorija: stari i srednji vek*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Centar za publikacije i Dosije, Beograd 2000, 342.

u godišnjacima (*Year Books*). Ova praksa održat će se sve do 19. vijeka. S obzirom da je presuda u jednom slučaju (*case*) predstavljala obaveznu pravnu normu, tj. precedent, profesionalne sudije postale su stvaraoci prava.

Nedostaci ovakvog sistema odnosili su se, prije svega, na krutost postojećih instrumenata zaštite i nemogućnost dobivanja sudske zaštite u slučaju nepostojanja odgovarajućeg *writa*. Pored toga, korumpiranost redovnih *common law* sudova dovodila je do sve češćih obraćanja kralju sa zahtjevima da u skladu sa svojom milošću i savješću riješi zahtjev podanika.

Međutim, u strahu od širenja kraljevih ovlaštenja kroz pravosudnu djelatnost, plemstvo je Drugim westministarskim statutom (*Westminster Statute*) 1285. g. zabranilo kralju izdavanje novih *writova*. Sve češće se dešavalo da stranke nisu bile u mogućnosti da ostvare svoja prava sudskim putem, ili bi im pravo bilo uskraćeno zbog neke proceduralne greške. Broj novih situacija u praksi je stalno rastao, a nedostatak odgovarajućeg *writa* za obraćanje kralju je dovodio do brojnih nepravdi u praksi. Iz tog razloga je trebalo iznaći rješenje koje će udovoljiti zahtjevima za ostvarenjem pravičnosti.

2.2. Model ostvarenja

S obzirom da žalba na odluke *common law* sudova obično nije bila moguća, statutom *In Consimili Casu* (in like case – u sličnom slučaju) iz 1285. g. uredu kancelara (*Office of Chancery*) data mogućnost da izdaje nove *writove* za situacije slične onima za koje *writovi* već postoje.²³ Ovaj proces ubrzan je jačanjem svijesti širom Evrope o potrebi subjektivizacije

²³ Tekst odredbe: "And whensoever from henceforth it shall fortune in the Chancery, that in one Case a Writ is found, and in like case falling under like Law, and requiring like Remedy, is found none, the Clerks of the Chancery shall agree in making the Writ..." R. Ross Perry, *Common-Law Pleading: Its History and Principles*, The Law Book Exchange, New Jersey 2001, 142.

prava. Pored samog prava, počinje se poklanjati pažnja pojmovima kao što su pravda, pravednost i subjektivni element prava.

Pojedinci koji nisu mogli ostvariti zaštitu redovnim putem počinju se obraćati neposredno kralju, koji će svojom milošću ispraviti nepravdičnost *common law* sudova. Stranke su se obraćale kralju iz sljedećih razloga: izbjegavanje presude *common law* suda; ispravljanje presude *common law* suda; *common law* sud nije mogao suditi u određenim slučajevima.²⁴ U 15. vijeku broj ovakvih direktnih obraćanja postaje sve veći, tako da kralj prenosi svoje ovlaštenje sudovanja na kancelara. Osnovni principi koje je kancelar poštivao pri odlučivanju bili su savjest i poštenje.²⁵

Kancelari u početku nisu sudili prema nekoj utvrđenoj proceduri, nego su se rukovodili već pomenutim principima, vodeći računa o pravičnosti – *equity*. S obzirom da je svaki kancelar imao različit osjećaj za pravičnost, tako su i rješenja bila raznolika. Iz nadležnosti lorda kancelara razvio se vremenom Kancelarov sud (*The Court of Chancery*). U 16. vijeku veoma važni postaju i pomoćni sudovi (*Admiralty* i *Star Chamber*).

Osnovna karakteristika *equity* sistema jeste što lorda kancelara u sudovanju ne obavezuje ni *common law* ni *statute law*. Njegovo odlučivanje u početku nije zasnovano na ranijim precedentima i to je bio osnovni razlog fleksibilnosti i rješenja koja su bila adekvatnija od krutog *common lawa*. S druge strane, *equity* sistem trpio je kritike jer se smatralo da se tim načinom odlučivanja potiče samovolja, a ne štiti pravda.²⁶ Svi prigovori nisu spriječili *equity* od izdvajanja u potpuno odvojen, paralelni sistem sudstva, koji je svoju konačnu formu dobio u 16. vijeku.

Osnovne razlike između *common law* i *equity law* sistema bile su sljedeće: molba *equity* sudu podnosila se u obliku jednostavne predstavke

²⁴R. Tanović, *Osnove precedentnog prava: Common law*, Informator (autorska naklada), Zagreb 1998, 30.

²⁵M. R. Jackson, *Machinery of Justice in England*, 8th edition, Cambridge University Press 1989, 7.

²⁶ Poznata je izreka pravника J. Seldena da "pravičnost zavisi od dužine kancelarovog stopala", *Oxford Dictionary of law*, 178.

"bill", a za *common law* bio je neophodan utvrđeni formalni podnesak na koji je suprotna strana mogla odgovoriti; kancelar je imao ovlaštenje da izda poziv suprotnoj strani, čime bi započinjala tužba *in personam* (za razliku od tužbe *in rem* kod *common lawa*); u *equity* sistemu nije bilo porote; kancelar bi ispitivao stranke, za razliku od *common law* sudova, gdje stranke nisu mogle svjedočiti niti biti ispitane.²⁷

Historijski gledano, doprinos Kancelarovog suda i sistema pravičnosti uopšte, razvoju prava je ogroman. Moderni engleski pravni sistem ne bi poznao brojne značajne institute, poput npr. *trusta*, da Kancelarov sud nije postojao. *Trust*, zajedno sa specifičnim pravnim lijekovima, poput sudske naredbe (*injunction*), posebnog izvršenja (*specific performance*), poništenja (*rescission*), i ispravke (*rectification*) značajno su doprinijeli ostvarenju zahtjeva za pravičnošću u konkretnom slučaju. Pružanje pravnog lijeka bilo je usko povezano s poštivanjem osnovnih maksima prava pravičnosti koje predstavljaju ideje vodilje *equity* sistema.

3. Koncept pravičnosti u šerijatskom pravu

Pravda je jedan od najvažnijih temelja Šerijata. Ona je glavni cilj i vrijednost kojoj treba težiti svaki musliman. Termini koji se koriste za pravdu jesu *adl* (pravda), *mizan* (balans), *insaf* (pravda, poštenje, nepristrasnost), *kist* (pravičnost), *hukm* (pravičnost u suđenju).²⁸ Nasuprot pojmu pravde javlja se termin *zulm* koji označava nepravdu, tamu. Usko povezan s ostvarenjem koncepta pravde jest i pravni pojam *istihsana* koji je uglavnom prihvaćen kao dopunski, sekundarni izvor prava.²⁹ Rasuđivanje na osnovu pravičnosti inspirisano je razlozima poštenja i savjesti, te u tom smislu dozvoljava odstupanje od pozitivnog prava ukoliko ono vodi nepravičnom rješenju. *Istihsan*, međutim, nije

²⁷D. R. Coquillette, *The Anglo – American Legal Heritage: Introductory Materials*, 2nd Edition, North Carolina Academic Press, North Carolina 2004, 185.

²⁸F. Karčić, *Komparativna pravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007, 114.

²⁹*Istihsan* priznaju sljedbenici hanefijskog, malikijskog i hanbelijskog *mezheba*, dok *ulema* šafijskog *mezheba* i šiitske struje odbacuje njegov značaj.

superioran u odnosu na šerijatski pravni poredak, nego predstavlja njegov sastavni dio. Primjena *istihsana* omogućava fleksibilnost islamskog prava i njegovo prilagođavanje datim potrebama. Pravnici koji primjenjuju *istihsan* mogu smatrati da je neka važeća odredba preširoka ili preuska za konkretni slučaj, te da primjenom te odredbe viši ciljevi Šerijata neće biti zadovoljeni.³⁰ U tom je slučaju moguće odstupanje koje će doprinijeti zadovoljenju osjećaja pravde.

Praktična realizacija ideje pravičnosti u islamskoj državi je ostvarena putem vanrednih sekularnih sudova za ispitivanja nepravde, tzv. *mazalim* sudova, koji su svojstveni svim muslimanskim pravnim sistemima kroz historiju.

3.1. Razlozi uspostavljanja

Pravni sistem u muslimanskim državama zasnovan je na Šerijatu kao spoju vjerskih i svjetovnih propisa. Kadijski sudovi, kao osnovni oblik vršenja pravosudne vlasti predstavljaju spoj vjerske i državne dužnosti. Iako je sudija (kadija) bio formalno nezavisan u odnosu na politički autoritet koji ga postavlja i vezan jedino pravilima Šerijata, u stvarnosti je uglavnom bio lojalan onima od kojih je zavisila njegova funkcija.³¹ Osim toga, na presude kadije nije postojao institut apelacije. Bilo je moguće ponoviti postupak jedino pred istim kadijom. Nepostojanje višestepenog sudstva bio je jedan od razloga uspostave vanrednog suda za zloupotrebe i ispitivanje pritužbi (*mazalim*, *nazar fi 'al* – *mazalim*). Pored rasprostranjene korupcije među sudijama, koja od četvrtog vijeka islama više nije sporadična, nego sistematska,³² nedostaci šerijatskih sudova

³⁰ Kao primjer odlučivanja na osnovu *istihsana* navodi se odluka drugog halife Omera da ne primjeni *hadd* kaznu odsijecanja ruke kradljivcu koji je počinio krađu u vrijeme gladi. M. H. Kamali, *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge: The Islamic Texts Society 1991, 218.

³¹ Za razliku od njega, muftija je bio nezavisni autoritet, koji je često odbijao obnašati sudijsku funkciju, pa odatle i izreka: "Na Sudnjem danu muftija će ići s Poslanikom, a kadija sa sultanom." K. S. Viktor, *Between God and Sultan*, Oxford University Press 2005, 188.

³² Tyan, 1960, 302-303, Prema: S. Zubaida, *Law and Power in the Islamic World*, I. B. Tauris Publishers, London – New York 2005, 48.

ogledali su se i u strogim pravilima sudskog postupka. Zahtjevna proceduralna pravila Šerijata često su stvarala probleme u praksi. Nerijetko je bilo nemoguće dokazati određenu činjenicu pred šerijatskim sudom zbog strogih zahtjeva o dokazivanju, čak iako je ona bila prilično očigledna. Kadija bi odbijao donijeti presudu ukoliko nisu zadovoljeni svi formalni zahtjevi. Sve navedeno ukazuje na činjenicu da je šerijatski sud kao idealni tip sudovanja stajao između dva suprotna pravca: Šerijata, kao božanskog i vječnog prava koje je uredilo život na ovom svijetu na idealan način, i svakodnevnih potreba ljudi čije ponašanje nije bilo idealno i čije su se potrebe vremenom mijenjale. U tom smislu, on nije uvijek bio u stanju da odgovori na dinamične društvene promjene i konkretne zahtjeve za ostvarenjem pravičnosti u datom slučaju, što će dovesti do pojave vanrednog sistema sudstva.

3.2. Model ostvarenja

Stranka koja se smatrala oštećenom od strane redovnog kadijskog suda mogla se obratiti drugom, „nešerijatskom“ sudu kako bi dobila rješenje u skladu s osjećajem pravde stranaka i zajednice, bez obzira je li takvo rješenje u skladu sa stvarnim odredbama Šerijata. Taj sud, odnosno *mazalim* ustanova, bio je vanredna jurisdikcija vladara ili posebnog tijela postavljenog od strane vladara. Lica oštećena u postupku pred upravnim organima ili sudovima upućuju žalbe ovom tijelu.³³ Na ovom sudu je suđeno na osnovu općeg osjećaja pravičnosti i bez strogih pravila postupka.³⁴

Iako vanredan, nema sumnje da je ovaj sudski sistem priznavao šerijatsko pravo kao važeće i mjerodavno. Nije postojalo izričito odbijanje šerijatskih strogih pravila, nego je Šerijat na ovim sudovima primjenjivan na drugačiji način.³⁵ Pa ipak, u praksi su zaista postojale

³³F. Karčić, *Historija šerijatskog prava*, Islamski teološki fakultet u Sarajevu, Sarajevo 1987, 44-45.

³⁴S. Zubaida, 52.

³⁵K. S. Viktor, 190.

dvije vrste sudova: šerijatski, u kojima je kadija primjenjivao stroge norme Šerijata, i jedan ili više "nešerijatskih" sudova, s drugim sudijama koje su rješavale različite vrste sporova, bez procedura koje su nalagale pravne škole i bez poštivanja preciznih pravnih normi. Ovi sudovi nisu smatrani suprotnim šerijatskim sudovima, nego mehanizmom za ispunjenje općih principa i samog duha šerijatskog prava u situacijama u kojima precizna norma nije davala adekvatno rješenje. Taj mehanizam bio je dio upravljanja društvom u duhu Šerijata, odnosno *siyasa šariya*.³⁶ Iz tog razloga ove sudove možemo nazvati *siyasa* sudovima. *Siyasa* sudovi postojali su od najranijih dana hilafeta i uvijek su bili bliži vladaru i državi od šerijatskih sudova. Njihov karakter mijenjao se tokom vremena i u skladu s potrebama društva, a najznačajniji među njima bili su spomenuti *mazalim* sudovi.³⁷ Ideja vodilja uspostave i djelovanja *mazalim* sudova bila je ispravljanje nepravde i postizanje općeg dobra u duhu Šerijata.³⁸

Pouzdana dokazi o postojanju *mazalim* jurisdikcije potječu iz ranog perioda dinastije Abasija, a ima mišljenja da su ovi sudovi postojali i ranije.³⁹ Politička vlast je rano počela preuzimati nadležnost nad određenom vrstom slučajeva od šerijatskih sudova, dok je za većinu slučajeva *mazalim* sud bio konkurentno nadležan sa šerijatskim.

Šta je sve spadalo u nadležnost *mazalima* i šta se smatralo nepravdom, odnosno *zulomom*? Nije bilo striktnih pravila o nadležnosti niti o postupku. *Mazalim* sudovi nisu, naravno, zvanično odstupali od Šerijata, ali njihove presude nisu slijedile logiku *fikha*, niti proceduru i

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Pored njih, postojali su i *šurta*, policijski sudovi.

³⁸ Sama riječ izvedena je iz riječi *zulm*, što znači *nepravda*, *ugnjetaVANJE*. *Zalim* je ugnjetavač koji postupa u suprotnosti s pravom i etičkim principima. Žrtva ulaže žalbu protiv njegovog *zuluma*, a riječ *tazallama* označava ovaj čin. S. Zubaida, 52.

³⁹ Prema starijem mišljenju, vršenje *mazalim* jurisdikcije pripisuje se prvim halifama: Aliji, Muaviji, Omeru ili čak predislamskim Sasanidima. Prevladava, međutim, mišljenje da u to vrijeme nije postojala jasna podjela sudske i političke vlasti. Halife i njihovi namjesnici u provincijama istovremeno su vršili cjelokupnu vlast, a do uspostave šerijatskih sudova na čelu s kadijama i posebne *mazalim* jurisdikcije dolazi u drugoj polovini 8. vijeka, odnosno ranog razdoblja vladavine Abasija. N. O. Rabbat, „The Ideological Significance of Dar al-
□ Adl in the Medieval Islamic Orient“, *International Journal of Middle East Studies*, 27, 1/1995, 3-28, <http://www.jstor.org/stable/176184> (16. oktobra 2013.)

standarde šerijatskih sudova. Može se reći da je slijeđen opći osjećaj pravde i pravičnosti, zajednička etička načela i običajne norme. Prema velikom pravniku i teologu Gazaliju, *mazalim* sud će djelovati ukoliko je učinjena uzurpacija imovine pojedinca, povrijeđena njegova čast i moral, ili je taj pojedinac pretrpio bilo kakvo ugnjetavanje u životu i odnosima s drugim ljudima.⁴⁰ Općenito govoreći, zulumom se moglo smatrati bilo kakva zloupotreba od strane moćnih na štetu običnih ljudi.

Nadležnost *mazalim* suda bila je široka i neprecizno definisana. Ona je uključivala postupanje po pritužbama protiv moćnih osoba, često visokih državnih službenika, djelovanje u oblasti zemljišnog i krivičnog prava, odlučivanje u vezi sa sudskim postupkom i izvršenjem presude. Žalbe su podnošene protiv državnih službenika i njihovih odluka. Ovaj postupak nije imao karakter žalbe višoj instanci, s obzirom da institut žalbe nije postojao u islamskom pravu.⁴¹ Svaki kadija smatran je kompetentnim za donošenje presude koja se može razlikovati od mišljenja kolega. Pritužbe *mazalim* sudu nisu se odnosile na pitanja o pravu, nego na postupak i nepravdu uzrokovanu korupcijom, nedozvoljenim utjecajima i nepotizmom. Druga vrsta pritužbi ticala se nemogućnosti šerijatskog suda da osigura izvršenje donesene presude. Presuda je mogla biti u korist oštećene stranke koja ulaže pritužbu, ali zbog utjecaja i moći druge strane ona nije mogla biti izvršena. *Mazalim* sud je u tom slučaju mogao narediti izvršenje presude, ukoliko bi presudio u korist žalitelja. Bitno je naglasiti da su se pritužbe uvijek odnosile na pojedince, a ne na institucije ili državne službe kao takve.

Mazalim sudovi postojali su u različitim muslimanskim državama tokom historije. Idealni tip *mazalim* sudstva predstavljen je kao vladarev sud, te se njegov legitimitet zasniva na autoritetu samog vladara, tj. halife. Vladar lično predsjedava *mazalim* sudom i odlučuje o žalbama građana.

⁴⁰ Ghazzali, *Ihya' ulum al-din*, IV: 357; prema: *Ibid.*,5.

⁴¹ O žalbi u islamskom pravu v. M. Shapiro, *Courts, The Courts of Islam and the problem of Appeal*, University of Chicago Press, Chicago – London 1986, 194-221.

To je ujedno i najstariji oblik sekularnog sudstva, a daljnji razvoj vodio je institucionalizaciji i birokratizaciji.

4. Poređenje ostvarenja modela ostvarenja ideje pravičnosti u rimskom, engleskom i šerijatskom pravu

Da bi jedan pravni sistem, njegov određeni segment ili institut sagledali u pravom svjetlu, neophodno je da ga osmotrimo iz šire perspektive i u odnosu na druge pravne sisteme koji su se razvijali u sličnim ili različitim društvenim, političkim i ekonomskim uvjetima. Utvrđivanje sličnosti i razlika pomoći će nam da na najbolji način shvatimo prirodu i značaj predmeta koji upoređujemo, ne samo za uži kontekst društva u kojem je nastao nego i za razvoj prava uopće. Poređenje će nam, također, pomoći da otkrijemo eventualni utjecaj jednog pravnog sistema na drugi, te na koji je način taj utjecaj ostvaren u praktičnom smislu.

Kada govorimo o konceptu pravičnosti u rimskom, engleskom i šerijatskom pravnom sistemu, evidentno je da između njih postoje značajne sličnosti, ali i razlike. Prikaz koncepta pravičnosti i njegove praktične realizacije dat je u kratkim crtama za svaki sistem pojedinačno. U nastojanju da se na sistematičan način prikaže njihov međusobni odnos poređenje je izvršeno prema nekoliko kriterija koji su od značaja za utvrđivanje prirode realizacije koncepta pravičnosti u svakom pojedinom sistemu.

Prije svega, neophodno je poći od razloga uspostavljanja mehanizama za ostvarenje pravičnosti u jednom pravnom sistemu. U skladu s općim pojmovnim određenjem pravičnosti, može se zaključiti da su razlozi uspostavljanja bili slični za sve pravne sisteme. Kao prvo, krutost važećeg prava u sva tri navedena sistema bila je osnovni razlog uvođenja novih oblika zaštite. U rimskom društvu, staro *ius civile* nije predviđalo oblike zaštite koji su bili neophodni u novonastalim društvenim i ekonomskim prilikama, te je iz tog razloga pretor morao djelovati kako bi

pravo prilagodio stvarnosti. Englesko *common law* također je imalo svoje nedostatke. Njegova krutost i zavisnost dobijanja zaštite od postojanja odgovarajućeg *writa* doveli su do toga da *common law* sudovi nisu mogli suditi u pojedinim situacijama, te se stranke nisu imale kome obratiti za pomoć. Još jedan značajan razlog uspostavljanja jest i rastuća korumpiranost *common law* sudova, koji su stranke bez moći i utjecaja mogli oštetiti u korist bogatih i moćnih. Ovo je bio i jedan od glavnih razloga uvođenja *mazalim* sudbenosti. Kadijski sudovi, naime, nisu uspješno odgovarali na postupke utjecajnih pojedinaca, a posebno državnih službenika, protiv kojih se građani nisu mogli efikasno zaštititi. Pored toga, strogi zahtjevi šerijatskog sudskog postupka dovodili su do nepravde u praksi, s obzirom da se često nije mogao zadovoljiti duh Šerijata, a time ni pravde, zbog određenih proceduralnih smetnji. Sve navedeno upućuje da se u sva tri pravna sistema pojavio alternativni način dijeljenja pravde uvijek kad je redovni put bio nedovoljan ili neodgovarajući. U takvoj situaciji moralo se u određenom smislu odstupiti od važećeg prava i odlučiti u skladu s drugim principima, najčešće pravičnosti, a sve kako bi se zadovoljili zahtjevi pravde u konkretnom slučaju.

Sljedeći segment koji valja sagledati u komparativnoj perspektivi jeste model ostvarenja zaštite na osnovu pravičnosti u svakom sistemu. Osnovno pitanje u tom smislu jeste mjesto mehanizma zaštite u odnosu na redovni sudski sistem i njegov odnos prema važećem pravu. Niti jedan od tri modela alternativne zaštite nije zvanično bio u suprotnosti s važećim pravom. Pretor je bio formalno vezan starim i neprikosnovenim *ius civileom*. On nije imao ovlast da mijenja pravila *ius civilea*, ali ih je svojom pravosudnom aktivnošću modifikovao, nadopunjavao ili na posredan način zaobilazio. Engleski lord kancelar u svom djelovanju također je zvanično poštovao *common law*. Jedna od osnovnih maksima prava pravičnosti govori upravo o tome: *Pravičnost slijedi pravo*. Pravičnost djeluje kao korektiv postojećeg prava, te nema namjeru istiskivanja važećih pravnih pravila. *Mazalim* sudstvo je u svom

djelovanju također vezano osnovnim principima šerijatskog prava. Zadovoljenje duha Šerijata glavni je cilj mazalima. Ukoliko se ponovo osvrnemo na Papinijanovu definiciju *ius honorariuma*, lako ćemo zaključiti da se ona može primijeniti i na ostala dva sistema. Može se reći da postojanje prava pravičnosti u svakom trenutku pretpostavlja postojanje važećeg prava.

Što se tiče mjesta prava pravičnosti u sudskom sistemu, postoje značajne razlike između rimskog modela s jedne i engleskog i šerijatskog modela s druge strane. Rimski koncept pravičnosti nije nikada realizovan kroz zaseban sudski ili neki drugi organ. Pretor je, kao pravosudni magistrat, bio istovremeno nadležan i za provođenje civilnog prava i za pružanje pravične zaštite. Pretorsku tužbu utvrđivao je pretor, a na osnovu nje provodio se postupak pred sudijom – *iudexom* na isti način kao i za civilnu tužbu. S druge strane, u Engleskoj je rano uveden poseban organ primjene prava pravičnosti, prvo preko lorda kancelara lično, a kasnije kroz razvijen zasebni tribunal prava pravičnosti. U tom smislu, rimski model imao je sličnu prirodu kao i engleski *equity* nakon donošenja Zakona o sudstvu i 1873. i 1875. g. kada su *common law* i *equity sudovi* spojeni u jedinstven sudski organ.⁴² Šerijatski model također je razvio zaseban tribunal *mazalima*. To nije bio sud u modernom smislu, niti onaj kakav je postojao u Engleskoj, ali se jasno razlikovao od kadijinog šerijatskog suda. *Mazalim* tribunal, kao vladarev sud, smatran je posebnim oblikom sudske zaštite, ali i sastavnim dijelom pravnog sistema uopće. Vladar je ispoljavao svoju sudsku vlast rješavanjem žalbi građana, da bi usljed birokratizacije to ovlaštenje delegirao na svoje podređene, najčešće vezira ili upravnika provincije. Bez obzira na jasnu razliku između navedena dva oblika, ponekad je i kadija mogao rješavati

⁴²W. W. Buckland, *Roman law and common law: a comparison in outline*, Cambridge University Press 1952, XVIII. Rani počeci prava pravičnosti u Engleskoj također su vezani za *common law* sudove, s obzirom da *equity* sudovi još nisu postojali, a *common law* sudovi su slobodno primjenjivali pravične principe. Hazeltine, *History of English Equity*, 1913. Prema: *ibid*.

slučajeve iz *mazalim* nadležnosti. Po tome se šerijatski koncept približava rimskom, s obzirom na isti organ primjene. I pretor i kadija su, ipak, uvijek razlikovali pravo koje su primjenjivali i oblik zaštite koji su pružali. Pretor je pravio razliku između vrsta tužbi koje je dodjeljivao, pa su tako tužbe starog civilnog prava označavane kao *actiones civiles*, dok su one koje je pružao na osnovu svojih ovlaštenja u sferi pravičnosti označavao kao *actiones pretoriae*. Na sličan način pravljena je i razlika između *obligationes civiles* i *obligationes pretoriae*, te *actiones directae* i *actiones utile*. U šerijatskom modelu ta je razlika izražavana i različitim mjestima za različitu vrstu sudovanja – dok je kadija u svojstvu šerijatskog sudije najčešće sudio u džamiji, a kasnije u određenoj sudnici, u svojstvu *mazalim* sudije sudio je ili u svojoj kući ili na nekom drugom, za to predviđenom mjestu.

Kod engleskog prava pravičnosti i islamskog *mazalima* možemo govoriti i o položaju presuda i drugih odluka organa koji su imali nadležnost u oblasti pravičnosti u odnosu na odluke redovnih sudova. S obzirom na dugotrajni sukob između *common law* sudova i *equity* sudova u Engleskoj, postavilo se pitanje čije odluke imaju jaču snagu. Nakon otvorenog raskola za vrijeme vladavine Džejmsa I (*James I*) *equity* sudovi dobili su prednost, iako ona nije značila i njihovu apsolutnu pobjedu. Naime, nakon tog perioda i pravo pravičnosti počinje preuzimati mnoge principe *common lawa* kako bi se izgradilo u sistematičan i racionalan model sudstva. Nakon Zakona o sudovanju iz druge polovine 19. vijeka, *equity* dobija prednost u svim stvarima u koje je uključen element savjesti, što znači da zauzima više mjesto u hijerarhiji u velikom broju slučajeva.

Sličan položaj imao je i *mazalim* sud, kao vladarev tribunal. Odnos između redovnih kadijskih sudova i *mazalim* sudova uvelike je zavisio od vremena i prostora u kojima su djelovali, političke situacije, autoriteta vladara i ostalih odnosa u državi, ali se generalno može smatrati da je *mazalim* sud u hijerarhiji bio iznad šerijatskog kadijskog suda. *Mazalim* je

mogao ispitivati pritužbe i protiv samog kadije, donijeti presudu onda kada kadija to nije u mogućnosti ili zahtijevati izvršenje kadijine presude. Nepostojanje instituta apelacije u šerijatskom konceptu prava djelomično je uvjetovalo i pojavljivanje sekularnog oblika kontrole šerijatskih sudova koji je našao svoju realizaciju u *mazalimu*. Ovakav nadređeni položaj sudova pravičnosti u odnosu na redovne sudove bio je razumljiv i potreban, s obzirom da su oni služili kao korektiv već postojećih sudskih organa, te je stoga bilo neophodno da u hijerarhiji budu iznad njih.

Slijedeće pitanje koje može biti sagledano u komparativnoj perspektivi jeste pitanje nadležnosti sudova pravičnosti. Razlike koje su ovdje postojale znatne su i zavisile su od mnogo faktora, a posebno od položaja suda pravičnosti u pravnom sistemu uopće, njegove organizacije i sposobnosti da preuzme rješavanje određenih pitanja od redovnih sudova. Nadležnost pretora kao organa koji je na osnovu pravičnosti i poštenja zaštitio i regulisao brojne odnose u društvu zavisio je od njegovog položaja kao pravosudnog magistrata. Pretor je na osnovu svog *imperiuma* imao pravo regulisanja parničnog formularnog postupka i utvrđivanja pravnih principa vođenja sporova (*iurisdictio*). To mu je omogućilo da svojom aktivnošću utječe na sve oblasti građanskog prava. Gotovo da nema oblasti u koju pretor nije unio određenu promjenu kako bi pravo približio ideji pravičnosti i oslobodio ga suviše strogosti i formalizma. Stvarno, nasljedno, porodično, te posebno obavezno pravo duguju svoja najbolja rješenja pretoru.

Nadležnost Kancelarovog suda i ostalih *equity* sudova u Engleskoj razlikovala se s obzirom na period, odnos s *common law* sudovima, ali i ličnost kancelara i njegovo poimanje pravde. Tako je jedna od najstarijih nadležnosti Kancelarovog suda bilo rješavanje žalbi građana na napade, nedozvoljen upad na imanje ili druga štetna djela pojedinaca koji su uživali zaštitu barona ili šerifa, te oštećena strana nije bila u mogućnosti

zaštiti svoje pravo putem redovnog suda.⁴³ U tom je smislu *equity* sud bio nadležan za sve one slučajeve u kojima *common law* sud nije mogao pružiti adekvatnu zaštitu, što je moglo značiti široku nadležnost. Prema lordovima Hejlu (*Hale*) i Hardviku (*Hardwick*), nadležnost *equity* sudova ostatak je nadležnosti stare *Aule Regis* koja nije prenešena na druge sudove, a koju je kruna zadržala za sebe kao dio njene dužnosti i prerogativa očuvanja pravde i pravičnosti. Pored ove najstarije nadležnosti, jedna od glavnih oblasti djelovanja Kancelarovog suda bilo je pružanje zaštite ustanovama korištenja zemlje (*uses*) i *trusta*. Široka oblast djelovanja *equity* suda na sumaran način je definisana od strane lorda Kouka (*Coke*) koji kaže da nadležnost *equity* suda obuhvata slučajeve prevare, slučaja i povjerenja (*fraud, accident and trust*). Iako su i *common law* sudovi konkurentno nadležni u brojnim oblastima *equityja*, uvijek kada su u slučaj uključeni elementi savjesti i kada pravo pravičnosti može ponuditi adekvatniji lijek u konkretnoj situaciji, Kancelarov sud će biti nadležan.

Za nadležnost *mazalim* sudova nisu postojala tačno utvrđena pravila i po tome se ono najviše razlikuje od rimskog i engleskog pravnog sistema. Iako je i ličnost pretora i lorda kancelara utjecala na prirodu i karakter njihovih sudova, ličnost vladara i njegovih visokih službenika u islamskoj državi bila je odlučujuća za način funkcionisanja *mazalima*. Vladar je odlučivao koje će slučajeve razmotriti, odnosno žalbe riješiti, bez formalnih pravila o svojoj nadležnosti. Široka i neprecizno definisana nadležnost obuhvatala je razmatranje pritužbi građana na djela državnih službenika, rješavanje zemljišnih sporova, kao i regulisanje cjelokupne oblasti krivičnog prava. Upravo je nadležnost u oblasti krivičnog prava jedna od razlika u odnosu na rimsko i englesko pravo pravičnosti.

Pored nadležnosti, u komparativnoj perspektivi vrijedi sagledati i pravila postupka. S obzirom da rimski pretor nije bio nadležan za drugi

⁴³ J. Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, London 1884, reprint: The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2006, 32.

dio sudskog postupka koji se odvijao pred sudijom (*apud iudicem*), ni pravila postupka po pretorovoj tužbi nisu se mnogo razlikovala u odnosu na postupak po civilnoj tužbi. *Iudex* je odobravao ista dokazna sredstva i donosio presudu u istoj formi kao i za postupak po civilnoj tužbi. Sve novine i eventualne izmjene vršio je sam pretor u prvom dijelu postupka *in iure*, uključujući nove elemente u formulu, dajući pravo na tužbu za nove odnose ili pružajući neki drugi oblik zaštite. *Iudex* se morao držati uputa iz pretorove formule, te donijeti presudu u skladu s njom. Ukoliko je uputa glasila da se presuda donese na osnovu dobre vjere i pravičnosti (*bona fide* i *aequitas*), onda je sudija imao veću slobodu u vođenju postupka koji je u tom smislu bio neformalniji. To je bila najznačajnija razlika u odnosu na postupak po civilnoj tužbi.

Postupak pred lordom kancelarom znatno se razlikovao u odnosu na postupak pred *common law* sudovima. Nastao po uzoru na crkveni sudski postupak, sadržavao je i inkvizicijske elemente. Tužena strana morala je položiti zakletvu i dati informacije o sporu koje posjeduje. Odlučivalo se bez porote. Još jedna bitna razlika u odnosu na *common law* postupak bila je izdavanje tzv. *writ of subpoena* – poziva tuženoj strani da se pojavi pred sudom. *Writ* nije navodio razlog pozivanja, te se mogao koristiti u različitim situacijama. To je omogućilo fleksibilnost i razvoj *equity* prava. U poređenju s *common lawom*, *equity* nije imao strogo formulisana pravila postupka. Daleko od toga da formalizam i tehnički zahtjevi nisu postojali, ali je njihov obim bio znatno manji.⁴⁴

Mazalim je također je bio mnogo slobodniji u vođenju postupka u odnosu na šerijatske sudove. Stroga pravila dokazivanja pred šerijatskim sudovima i jesu razlog uvođenja alternativnog oblika sudstva koji će biti neformalniji i fleksibilniji kako bi se zadovoljili ciljevi Šerijata uopće. Međutim, usljed nedovoljnog stepena uređenosti osnovni nedostatak

⁴⁴ F. W. Maitland, *The constitutional history of England: a course of lectures*, Cambridge University Press 1908, reprint: The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2001, 468.

mazalim suda bila je prevelika arbitrarnost u postupku zbog čega se on znatno razlikovao od slučaja do slučaja.⁴⁵ Osim toga, nije bilo tačno utvrđeno koji organ ili službenik vodi postupak ispitivanja pritužbi, tako da je to mogao biti sam vladar, njegov vezir, upravnik provincije – valija, ili kadija redovnog suda. Ovlaštenja koja su *mazalim* sudiji stajala na raspolaganju u pogledu donošenja presude i utvrđivanja sankcije bila su široka. Tako je on mogao izreći krivičnu sankciju u građanskoj parnici ili je njegova sankcija mogla biti istovremeno i građanska i krivična. El-Mawardi je izrazio razliku između kadijskih i *mazalim* sudova na sljedeći način: "Kadijski sudovi obavezni su poštivati Šerijat, dok *mazalim* sudovi nisu vezani njegovim pravilima. Oni su vezani samo onim pravnim propisima koji predviđaju izričitu zabranu određenog ponašanja."⁴⁶

Može se zaključiti da su sudski postupci sva tri modela ostvarenja pravičnosti bili fleksibilniji u odnosu na redovni postupak. Ta fleksibilnost omogućila je bolju reakciju pravosuđa u mnogim situacijama u kojima je formalizam bio osnovna prepreka ostvarenju pravde. S druge strane, u slučaju Kancelarovog suda i *mazalima* to je moglo značiti i samovolju nadležnih za osiguranje pravednog postupka. Sloboda postupanja u svrhu pravičnosti često se tako pretvarala u svoju suprotnost.⁴⁷ *Mazalim* je, također, bio direktno podređen vladaru i zavisio je od njega. Birokratizacija postupka, posebno u vrijeme Memluka, donijela je složeniji način obraćanja vladaru, a to je značilo i udaljavanje od idealnog koncepta dijeljenja pravde. S druge strane, ona je značila i određenu standardizaciju, pa su građani bili unaprijed upoznati s utvrđenom procedurom.

⁴⁵ M. Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, John Hopkins University Press, Baltimore 2002, 157.

⁴⁶ M. Khadduri/H. J. Liebesny, *Origin and Development of Islamic Law*, Washington 1955. Reprint: The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2008, 266.

⁴⁷ U određenim periodima u Engleskoj Kancelarov sud je služio za provođenje kraljeve volje, te opasno ugrožavao ostale stubove države koji su ograničavali kraljev apsolutizam. To se posebno odnosi na ustanove *common lawa* i aktivnost Parlamenta.

Evolucija prava pravičnosti može se pratiti u rimskom i engleskom pravnom sistemu. O evoluciji *mazalima* teško je govoriti, s obzirom na nedovoljne podatke o ovoj pravosudnoj ustanovi, ali i velike razlike u administraciji *mazalima* s obzirom na mjesto i vrijeme. Provođenje *mazalim* sudbenosti nije imalo konstantni karakter, te se može reći da je njegova primjena bila sporadična i prolazna.⁴⁸ Ovakva njegova priroda nije dozvoljavala kontinuirani razvoj koji bi doveo do zaokruženog i racionalnog sistema sudovanja s utvrđenim principima funkcionisanja.

S druge strane, rimsko i englesko pravo pravičnosti, a i pravo uopće, imali su sličan razvojni put. Može se reći da je razvoj ova dva pravna sistema izvršen preko tužbi, s obzirom da su i klasično englesko pravo i klasično rimsko pravo više pažnje pridavali pravu na tužbu nego samom subjektivnom pravu. Njihovi pravници i pravosudni magistrati nisu postavljali pitanje o postojanju nekog subjektivnog prava, nego da li je za određeno činjenično stanje predviđena tužba, koliki je njen obim, te u kojoj se situaciji može primijeniti. Na sličan način kao što je pretor koristio *actio ficticiae* kako bi pronašao novo procesno sredstvo za zaštitu novog društvenog odnosa, tako je i lord kancelar koristio fikcije i mogućnost širokog tumačenja kako bi pod već postojeći *writ* podveo novi odnos i na taj način starom *writu* dao drugačije značenje. I pretor i kancelar na novi su način koristili postojeće zakonske okvire i sredstva koja su im stajala na raspolaganju. Osnovna razlika u razvoju ova dva sistema bila je ta što se englesko pravo pravičnosti razvijalo od slučaja do slučaja, postepenom kristalizacijom njegovih pravila, dok je rimsko pravo pravičnosti svoj razvojni put ostvarivalo putem pretorskog edikta kao formalnog izvora prava posebne vrste.

Neka od procesnih sredstava koja je pretor koristio slična su onima Kancelarovog suda. Tako su pretoru na raspolaganju stajali *interdikti*,

⁴⁸ W. B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 101.

kojima je štito određena faktična stanja, dok je kancelar koristio zabrane – *injunctio*s. Svrha upotrebe bila je slična: štiti su se faktična stanja ili se otklanjala šteta nastala prevarnim radnjama. Razlika je ležala u činjenici da pretor nije bio ni u kakvom sukobu nadležnosti pri njihovom izdavanju, kao što je bio slučaj s lordom kancelarom čiji su *injunctio*ni bili osnovni uzrok konflikta između njega i *common law* sudova. Također, nepridržavanje kancelarove zabrane moglo je dovesti do novčane kazne i zatvaranja, dok se u slučaju nepoštivanja interdikta izricala jedino presuda na novčani iznos kao jedini oblik presude u formularnom postupku. Pored toga, na osnovu svih mandatornih naredbi (egzibitorni i restitutorni interdikti) mogao se voditi postupak prema *formula arbitraria*, što je zavisilo od izbora tuženog.⁴⁹

Usko povezano s pitanjem evolucije jest i pitanje kontinuiteta prava pravičnosti u pojedinim pravnim sistemima. Na koji su način pravosudni magistrati osiguravali dosljednost u primjeni pravičnosti u svakodnevnim praktičnim situacijama i kako su postizali fleksibilnost i otvorenost za nova rješenja u skladu s društvenim i ekonomskim potrebama? Rimski model očuvanja kontinuiteta na efikasan je način osiguravao dosljednost u primjeni novih rješenja do kojih je došao pretor, ali je omogućavao i redovne izmjene postojećih rješenja. Pretorov edikt, koji je izdavan svake godine na početku mandata novog pretora, sadržavao je najbolja rješenja iz prethodnog edikta, ali i novine koje su trebale omogućiti efikasnije rješavanje sporova. Kako je opadala kreativna aktivnost pretora, i stalni dio edikta bio je sve veći, dok su novine nakon 1. vijeka p. n. e. bile sporadične i neznatne.

Pohranjivanje dostupnih *writova* u Kancelarovom sudu vršilo se u tzv. *Register of Writs*, koji se po svrsi može uporediti s pretorskim ediktom. *Register of Writs* sadržavao je sve *writove* koji su strankama stajali na raspolaganju za započinjanje parnice. Razlika je u tome što kancelar u

⁴⁹W. W. Buckland, *Equity in Roman Law*, University of London Press 1911, reprint: William S. Hein & Co., Buffalo, New York 1983, 29.

početku nije bio vezan sistemom *writova*, te je mogao dozvoliti vođenje spora na osnovu neformalne predstavke – *billa*. Ova prevelika početna fleksibilnost dovela je do kritike *equity* sistema, s obzirom da su sudije Kancelarovog suda izbjegavale zapisivanje presuda i pozivanje na ranije odluke pod izgovorom očuvanja moralne osnove suda. Tek od 17. vijeka može se pratiti kontinuirani razvoj *equityja* kada se presude počinju zapisivati. Na taj način i *equity* usvaja stalne principe funkcionisanja, čime postaje pouzdan i predvidiv sistem. Savjest kao faktor odlučivanja mogao se primijeniti jedino u slučaju nepostojanja precedenta ili sukoba između pravila i principa. S druge strane, kao i kod pretorskog prava, i *equity*, zbog želje za osiguranjem sigurnosti i kontinuiteta, početkom 19. vijeka postaje rigidan gotovo jednako kao *common law*, sa sve manje novih rješenja.⁵⁰

Ono što razlikuje *mazalim* sudstvo od prava pravičnosti u Rimu i Engleskoj jeste nedostatak kontinuiteta. *Mazalim* sud nije zasnivao svoj rad na sistemu precedenta, usvojenih principa djelovanja ili pravila kojima bi *mazalim* sudija bio vezan.⁵¹ U tom su se smislu i odluke razlikovale od slučaja do slučaja. Zbog prevelike arbitrarnosti i podređenosti volji vladara pojedini pravni teoretičari nisu ovaj oblik sudovanja smatrali dijelom sistema *fikha*.⁵² Samo autori koji su se bavili javnim pravom (Ebu-Jusuf, El-Mawardi) i historijom prava obrađuju pitanje *mazalima* u svojim djelima.⁵³ U širem kontekstu, međutim, može se reći da je ovaj posebni oblik jurisdikcije dao doprinos razvoju pojedinih oblasti prava, što se posebno odnosi na razvoj krivičnog prava. Dok su kadijski sudovi bili nadležni za sankcionisanje samo onih krivičnih djela za koja je, prema šerijatskim pravilima, predviđena tačno određena kazna (*hadd*), vladari su u okviru svojih *siyasa* ovlaštenja

⁵⁰ D. Barker, C. F. Padfield, *Law Made Simple*, 12th edition, Made simple Books, Roulledge, London 2007, 14.

⁵¹ M. Khadurri, 157.

⁵² Osim u učenju malikijskog mezheba, institucija *mazalima* ne spominje se ni kao dio nauke o *fikhu*, ni u zbirkama *fetvi*.

⁵³ M. Khadduri/H. J. Liebesny, 268.

propisivali kazne i za druga djela koja su inkriminisana u državnom interesu (*ta'zir*), a njihovo procesuiranje vršeno je u okviru *mazalima* i od strane policijskih institucija. Na taj je način izvršena kako materijalna, tako i procesna reforma krivičnog prava u islamskim društvima.

Još jedna suštinska razlika između engleskog prava pravičnosti i rimskog prava jeste u metodi djelovanja. Jedan od osnovnih principa *equity lawa* jeste da ono djeluje *in personam*. To znači da će pravično rješenje biti pruženo u skladu s konkretnom situacijom koju sud mora riješiti, u cilju osiguranja savjesnog postupanja stranaka. Sud uvijek pruža pravični lijek s obzirom na konkretnu osobu u konkretnom slučaju. To se ne može reći za pretorsko pravo. Pretor izdaje kako tužbe *in personam*, tako i one *in rem*. Ovo je uvjetovano njegovim položajem kao jedinstvenog pravosudnog magistrata koji je provodio i *ius civile* i *ius honorarium*, dok je nadležnost između *common law* i *equity* sudova u Engleskoj bila podijeljena na način da su se *common law* sudovi bavili sporovima vezanim za stvarna prava, dok je *equity* razmatrao slučajeve u koje je bio uključen element savjesti. Imajući u vidu sve rečeno za ova dva sistema, može se reći da metod i obim djelovanja *mazalima* ni u ovom smislu nije bio definisan, ali je on obuhvatao sve vrste tužbi i obaveza, u skladu s vladarevom voljom.

Odnos s vladarem još je jedna od specifičnosti engleskog i islamskog prava pravičnosti. Već je rečeno da je *equity* tradicija započela molbama i zahtjevima kojima su se stranke obraćale kralju kako bi prema svojoj milosti rješio njihov problem. Na ovaj je način sud koji je nastao neposredno proizišao iz kraljevog prerogativa i obaveze da osigurava pravdu za svoje podanike. Sličan je odnos postojao između islamskih vladara i *mazalim* sudstva. Interes svakog muslimanskog vladara bio je pokazivanje autoriteta i čvrste vlasti, a najbolja manifestacija njegove moći bila je redovno održavanje *mazalim* saslušanja. Samo vladar koji je u stanju efikasno administrirati pravdu u vidu *mazalima* može potvrditi legitimitet svoje vladavine. Islamski koncept pozitivizma dopuštao je

vladaru da pravno uređuje, uspostavlja i provodi sudske aktivnosti u skladu s višim božanskim poretom. Ovakav idealni sistem političkog uređenja davao je skoro neograničenu diskreciju vladaru, te je karakter njegove vlasti uvelike zavisio samo od njegove savjesti. Uslijed nedostatka ustavnih mehanizama za osiguranje podjele vlasti i nezavisnog sudstva, vladareva autokratija nikad nije ozbiljno ugrožena, te je njegov utjecaj na primjenu prava u praksi bio dominantan. Brojni se autori slažu da je iz tog razloga u islamskim društvima često bila prisutna samovolja, zloupotreba ovlasti i zanemarivanje dužnosti prema Bogu i podanicima.⁵⁴

ZAKLJUČAK

Bez obzira na razlike u karakteru i prirodi svakog od navedenih načina ostvarenja pravičnosti, osnovna ideja vodilja za njihovu uspostavu u suštini je bila ista. Svi ciljevi *ius honorariuma*, *equity lawa* i *mazalima* mogu se posmatrati iz ugla potrebe usklađivanja prava i stvarnosti. Razlike u realizaciji tih ciljeva uvjetovane su različitim faktorima: državnom ideologijom, konceptom prava i pravde, organizacijom pravosudnih i drugih organa i njihovom nadležnosti, te općim društvenim, ekonomskim i političkim prilikama. Imajući u vidu sve navedeno, ni razvojni putevi pravičnosti u ova tri pravna sistema nisu bili isti.

Postavlja se pitanje kakva je budućnost koncepta pravičnosti u pojedinim društvima i svijetu uopće. Pravičnost kao historijska, ali i filozofska kategorija, koja je kroz historiju imala značajno mjesto u različitim pravnim sistemima, može i u savremeno doba ponuditi uspješne modele rješavanja pravnih problema. Korjenite promjene u društvu navode nas na shvatanje da je danas, više nego ranije, nemoguće predvidjeti sve situacije koje mogu nastati u praksi, a koje je potrebno

⁵⁴ Hassan, 1984, Doi, 1984, Coulson 1984, prema: W. Menski, *Comparative law in a global context: the legal systems of Asia and Africa*, Second edition, Cambridge University Press 2006, 347.

pravno urediti i pružiti im pravnu zaštitu. Promjene koje je trebalo pravno regulisati dešavale su se i u robovlasničkim i feudalnim društvima, koja su po svojoj prirodi bila statična i težila su očuvanju postojećih odnosa. Kapitalističko društvo savremenog doba, nestalno i nepredvidivo u svom razvoju, zahtijeva pravni sistem koji će biti fleksibilan i otvoren za eventualne promjene. Zbog toga danas nije moguće zamisliti pravo koje ima spremne odgovore za svaku situaciju, koje ne ostavlja prostor za odlučivanje u skladu s okolnostima konkretnog slučaja i koje ne predviđa mogućnost uvažavanja principa pravičnosti.

Pojam pravičnosti poznaju savremeni sistemi i *common law* i kontinentalne tradicije. *Equity law*, kao odvojen sistem prava, zadržan je u *common law* pravnoj tradiciji kao rezultat viševjekovnog historijskog razvoja. Kontinentalni sistemi ne poznaju takav koncept odvajanja, ali se pravičnost (*aequitas*, *équité*, *billigkeit*) kao kriterij pri odlučivanju uzima u obzir i od strane kontinentalnih sudija. Štaviše, ta je mogućnost predviđena i u većini evropskih građanskih zakonika. Tako Francuski građanski zakonik (*Code Civile*) pominje *équité* u čl. 565, 1135. i 1579. Njemački građanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*) daje mogućnost odlučivanja u skladu s principima *billigkeit* u odjeljcima 829, 1246, 1361. itd. Ista mogućnost postoji i prema čl. 4. Švicarskog građanskog zakonika (*Zivilgesetzbuch*). Iako niti jedan od ovih zakonika ne daje definiciju pravičnosti, može se zaključiti da se ona uzima u obzir uvijek kada se želi izbjeći formalno i usko tumačenje određene norme ili principa, a u cilju njihove primjene na društvene okolnosti koje se brzo mijenjaju.

Kritike upućene na račun preširokog tumačenja pravnih principa i normi te širokog korištenja principa pravičnosti zasnivaju se na bojazni od prevelike sudijske slobode. Glavni razlog za nepostojanje apsolutnog slaganja oko pitanja primjene pravičnosti jeste mogućnost sudijske arbitarnosti i zloupotrebe. Ipak, imajući u vidu sve pozitivne tekovine primjene principa pravičnosti i ogroman utjecaj na razvoj prava uopće, sa

sigurnošću se može reći da ovaj koncept ima budućnost u nacionalnim, ali i međunarodnom pravnom sistemu.

APPLICATION OF THE EQUITY CONCEPT AS A UNIVERSAL MODEL OF HARMONIZATION OF LAW AND REALITY

SUMMARY

Equity as one of the models of harmonisation of law and reality has been known to all major legal systems. Roman *aequitas*, practically implemented by the *praetor* and his application of the *bona fides* and *aequitas* principles, English equity law, developed as a parallel legal and judicial system, and the institution of the *mazalim* as a model of administering universal justice, all have their similarities and specific features. The purpose of the paper is to analyze the reaction of the legal and judicial system in the case of its inability to respond adequately in accordance with justice and equity in certain situations, and to confirm that the three mentioned systems created alternative forms of justice and equity administration in those situations.

Key words: equity, equity law, *ius honorarium*, Shari'a law, *mazali*