

DŽEVAD DRINO

*Ad honorem – prof. dr. Fikret Karčić (1955–2022)*

## RIMSKOPRAVNI ELEMENTI U OSMANSKOM GRAĐANSKOM ZAKONIKU (*MEDŽELLE* *I AHKJĀMI ŠERIJJE*)

### *Sažetak*

Medžella predstavlja prvu službenu kodifikaciju građanskog prava u Osman-skom carstvu, ujedno i prvu kodifikaciju šerijatskog prava uopće, najčešće citi-ranu kao Osmanski građanski zakonik, koji je sukcesivno objavljivan u periodu 1869–1876. godina. Za razliku od islamskog, šerijatskog prava, u Medželli su vidljivi uticaji najvećeg pravnog sistema antike – rimskog prava, koje je oporu-čeno od strane razvitka čovječanstva na tlu Evrope; dok se islamsko pravo smatra Božanskim pravom i u osnovi nepromjenljivim, rimsko pravo nalazi da zakon treba biti najviši izraz uma (Ciceron). Zakonik je nastojao postići jedinstvo dviju različitih pravnih tradicija, težeći premostiti svaki dualizam na putu modernizma, čime se otvaraju nova vrata za njegovo produbljeno čitanje i razumijevanje, u konkretnoj povijesnoj pozadini.

Primjena Medželle je bila najšira upravo u Bosni i Hercegovini jer su njene norme obavezivale i šerijatske, ali redovne građanske sudove, pa je sama analiza njene rimskopravne utemeljenosti tim značajnija za našu vlastitu pravnu povijest.

*Ključne riječi:* Medžella, Osmansko carstvo, rimsko pravo, šerijatsko pravo

### Uvod

Savremeni interes za pravne kulture, iniciran još koncem XIX stoljeća po-najviše od njemačkih pravnih povjesničara kroz učenje o kulturnim gru-pama (*Kulturkreischlehre*), zasigurno se može objasniti kao reakcija na aktuelnu prevlast pozitivizma i suvremenu globalizaciju, pa i u Bosni i

Hercegovini osjećamo interakcije između različitih pravnih sistema. Skoro svi pravni fakulteti, najčešće na postdiplomskim studijima, u obrazovni proces uvode kolegije različitih naziva “pravnih kultura” (zapadna, evropska, anglosaksonska, islamska), uz sagledavanje otkud uopće pojedina pravna norma ili institut u pravnoj tradiciji neke države? Teorijski osnov je jasan; moderne pravne teorije razvijaju različite postavke o prijenosima prava (Pierre Legrand), ili još češće o pravnim transplantima ili pravnim iritantima.<sup>1</sup> Veliki njemački pravni historik Franc Vijaker (Franz Wiecker, 1933–1968) ističe da evropska kultura nije jedina na svijetu i ona se može shvatiti kao cjelina samo u odnosu na pravne kulture islamskog svijeta, ali i Kine i Indije!<sup>2</sup>

Pravne kulture, često nazivane i “velikim pravnim sistemima”,<sup>3</sup> u svom temelju imaju pravnu tradiciju koju najčešće dijelimo na:

- Ktonijsku (urođeničku), predržavnu pravnu kulturu,
- Talmudsku (jevrejsku, biblijsku),
- Islamsku,
- Hindu i dalekoistočne pravne kulture,
- Evropske pravne kulture – anglosaksonska i kontinentalna.<sup>4</sup>

Upravo pravna tradicija (lat. *trader* – da se nešto prenosi) uživa nepodijeljeno i bezrezervno prihvaćanje, pa se na tlu Evrope razdvaja evropskokontinentalna, često označena kao rimsko-germanska, i anglosaksonska pravna kultura.<sup>5</sup> Mada je sama riječ tradicija, u svom današnjem značenju, nastala u Evropi za posljednja dva stoljeća, Generalna skupština UNESCO donijela je 2001. godine Univerzalnu deklaraciju o kulturnoj

---

<sup>1</sup> Alan Warson, *Pravni transplanti – pristup uporednom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2000.

<sup>2</sup> Franz Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 Bde., München, 1988–2006.

<sup>3</sup> Konsultuj udžbenik: Srđan Šarkić, Dimitrije Popović, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2012.

<sup>4</sup> Dževad Drino, *Komparativna pravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2016, 17. Francuz Rene Genon pridodaje i primordijarnu (prvobitnu) tradiciju, ali nju stavlja unutar mitova i legendi.

<sup>5</sup> Sima Avramović, Vojislav Stanimirović, *Uporedna pravna tradicija*, šesto izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, 26.

raznolikosti u kojoj se izriječkom štite kulturne tradicije.<sup>6</sup> Na pravnu svijest i uređene modele ponašanja, osim običajopravnih normi, značajan uticaj mogu imati i vanjski elementi, pogotovo uticaji susjednih država, ali i religijskih sistema, što je vidljivo prisutno u Bosni i Hercegovini. Upravo prvi izvori govore da se nezavisna bosanska država razvija između “ugarskog čekića i bizantskog nakovnja”, pa bosansko srednjovjekovno pravo odražava državopravni i međunarodni položaj Bosne, gdje se se rimsko pravo postklasičnog razdoblja, bizantsko, ugarsko, slavensko i kasnije germanско (sasko) pravo, spojili sa snažnim strujanjima pravnih načela i normi koje su dolazile iz Italije, osobito Venecije, ali i istočnojadranskih gradova, ponajviše Dubrovnika!

Na takvu podlogu 1463. godine dolazi novo, islamsko pravo!

## Rimsko pravo i islamsko pravo

Rimsko pravo, kao najveći i najbolji pravni sistem antike, svakako je putem osvajanja dijelova Istočnog rimskog carstva – Bizanta, rano došlo u kontakt sa mlađim islamskim pravom. Pored odblijesaka predislamskih pravnih običaja, smatra se da su posredstvom Bizanta u šerijatsko pravo stigli mnogi rimskopravni instituti kao što je *pignus*, *locatio conductio* – pretočen u istovrsni arapski ugovor *idžara*, brojne su pozajmice iz bizantskog stvarnog prava. Također se smatra da su iz perzijskog prava mnogi propisi koji se tiču javnog prava, finansija, organizacije vlasti i državne uprave.<sup>7</sup> Profesor Muhammed Hamidullah je, sada već daleke 1973. godine, priredio zbirku radova pod intrigantnim naslovom “Da li je rimsko pravo uticalo na islamsku pravnu nauku?”,<sup>8</sup> u kojoj je objavio različite stavove o vezama fikha i rimske jurisprudencije, dok su na našim područjima

<sup>6</sup> Dževad Drino, *Drevno pravo / Ancient law*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2021, 6.

<sup>7</sup> Dževad Drino, “Pravna priroda fideikomisa rimskog prava i vakufske imovine šerijatskog prava”, *Pregled: časopis za društvena pitanja*, 3, Sarajevo, 2011, 277.

<sup>8</sup> *Hel li-l-kanuni-r-rumijji te'sirun al-el-fikhil-islamijji*, Dar el-buhus el-ilmijje, Bejrut, 1973.

dragocjeni radovi akademika Mehmeda Begovića<sup>9</sup> i njegovog učenika i posljednjeg doktoranda, nedavno preminulog profesora Fikreta Karčića (1955–2022).

Napominjemo da pod islamskim ili šerijatskim pravom podrazumijevamo cjelokupnost pravnih normi izvedenih iz osnovnih islamskih izvora intelektualnim naporom pravnika, imajući na umu da se ono sastoji iz dvije komponente: “Nepromjenljivog Božijeg zakona (Šerijat) koji je metahistorijska činjenica i promjenljivog ljudskog tumačenja ovog zakona (fikh)”<sup>10</sup>

U dosadašnjim raspravama o pitanju odnosa rimskog i islamskog prava ukazuju se dva pravca istraživanja: postoji li uopće sličnost sistema rimskog i islamskog prava? Ako sličnost postoji, da li je li to posljedica pravnog transplanta (posuđivanja), ili postoji neko treće objašnjenje?

Stariji autori, poput Domenica Gateschia (1856) ili Engleza Amosa (1874), zastupali su uglavnom jednostrane neargumentirane stavove:

*Sistem fikha nije ništa drugo nego sistem rimskog prava, neznatno izmijenjen. Uistinu ... pokazuje se da je fikh samo sistem prava Istočne rimske carevine (Bizanta – op. autora) prilagođen potrebama arapske (islamske) uprave.*<sup>11</sup>

Hamidullah, po osnovu obrazložene argumentacije, ističe da muslimanski pravници nisu poznavali samo propise rimskog prava (koje je primjenjivano u Siriji i Egiptu) nego i persijsko (iransko), gotsko (u vizigotskoj Španiji), indijsko, pa čak i budističko kinesko pravo koje je

<sup>9</sup> Mehmed Begović (1904–1990) prvi je sa ovih prostora odbranio doktorsku disertaciju iz šerijatskog prava u Alžiru 1930. godine, kasnije profesor beogradskog Pravnog fakulteta i akademik SANU.

<sup>10</sup> Fikret Karčić, *Historija šerijatskog prava*, treće dopunjeno izdanje, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2005, 23. Slično shvatanje vidi kod Cicerona – *lex est summa ratio*, zakon treba biti najviši izraz uma.

<sup>11</sup> Amos Sheldon, *The science of law*, London, 1874, 406. Navedeno u: Muhammed Hamidullah, “Uticaj rimskog prava na fikh” u: Fikret Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, drugo dopunjeno izdanje, El-Kalem – CNS, Sarajevo, 2011, 256. Zanimljivo da se u ovim apriori stavovima navodi da je rimsko pravo ušlo u islam putem patvore-nih hadisa pripisanih Poslaniku.

primjenjivano u Srednjoj Aziji.<sup>12</sup> Ono je poticalo iz dva osnova: poznavanja i posmatranja života “zaštićenih” (*ehl ez-zimme*), ali i iz ugovornih odnosa, te međusobnog razvijenog trgovačkog poslovanja. Postoji i još jedan faktor, čija važnost po profesoru Hamidullahu nipošto nije zanemarljiva, a to je prihvatanje islama od strane nearapa u najranijim danima njegova širenja, što je rezultiralo kasnijom pojavom velikih muslimanskih pravnika baš iz redova ovih konvertita. Kao primjer se uvijek navodi Ebu Hanifa,<sup>13</sup> porijeklom Iranac, ali i među velikim osnivačima pravnih škola nalazimo veliki broj učenjaka, upravo nearapa, nazvanih “klijenti” (*mevali*), što je zasigurno pomoglo uspostavi kolorita ranog islamskog prava. Italijanski orijentalista Nallino, pak, s pravom upozorava na značajan uticaj arapskog predislamskog prava u staroj civilizaciji Jemena koja je cvjetala prije Rima, ali i razvijenost trgovačkih pravnih običaja na prostoru Hidžasa.<sup>14</sup>

Lingvistički gledano posebna je zanimljivost da, nasuprot stanju u filozofiji, logici, geografiji, medicini, dogmatici – u islamskoj pravnoj nauci uopće ne nalazimo poarabljene izraze preuzete iz grčkog i latinskog jezika, čak ni u samim počecima fikha.<sup>15</sup>

Temeljne razlike između islamskog i rimskog prava postoje u osnovama poimanja prava: dok Rimljani svoje pravo nazivaju *ius* (što znači

<sup>12</sup> M. Hamidullah, *Uticaj rimskog prava na fikh*, 259, originalni članak u: *Islamska misao*, V, br. 57, septembar 1983, 11–16.

<sup>13</sup> En-Numan b. Sabit, poznatiji kao Ebu Hanife, islamski teolog i pravnik (oko 699–767).

<sup>14</sup> C. A. Nallino, “Razmišljanja o vezama fikha i rimskog prava” u: Fikret Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, drugo dopunjeno izdanje, El-Kalem – CNS, Sarajevo, 2011, 243. Carlo Alfonso Nallino (1872–1938), italijanski orijentalist i osnivač Orijentalnog instituta, predavač na univerzitetima u Napulju i Rimu.

<sup>15</sup> Dok ne postoje prijevodi rimskih pravnih djela na arapski, savremeni udžbenici rimskog prava na turskom jeziku i prateći priručnici i hrestomatije tekstova odišu dobrim prijevodima i pregledima; konsultuj: Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan *Roma hukuku dersleri*, Der Yayınları, İstanbul 2014; Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, čev. Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959; Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin, Ankara, 2013; Ziya Umur, *Roma hukuku dersleri*, İstanbul, 1984. Od autora izdvaja se ličnost doajena turske romanistike Özcan Karadeniz Çelebican (r. 1933) koji je doktorirao u Tibingenu 1961. godine na rimskopravnim elementima turskog i švicarskog zakona, a docentsku tezu *Constitutum debiti* odbranio na Univerzitetu u Ankari 1966.

“pravo”, za razliku od *fas*, koje predstavlja religijsku normu), muslimani svoje pravo nazivaju *fikh*, što znači “saznanje, razumijevanje”; Ebu Hanifa ga definiše kao poznavanje prava i obaveza jednog lica! U pitanju načina grupisanja pravnih normi Rimljani su prihvatili Gajevu triparticiju, podjelu na *personae, res, actiones* – ili propise o licima, stvarima i sudskom postupku, dok muslimanski pravници svoje radove rade po poglavljima *ibadeta* (obredi), *muameleta* (imovinski odnosi) i *ukubata* (kazni), što ukazuje na velike razlike u samom pristupu.<sup>16</sup>

Rezimirajući ovo poglavlje, valja istaći da je udio rimskog prava među inostranim izvorima islamskog prava dosta mali da se praktično i ne uzima u obzir; povijesna pozadina nam ukazuje na osvajanja brojnih zemalja koje su ishodište različitih starih visoko razvijenih kultura, kao što su Jemen, Egipat, Indija, Persija i druge, koje su spretni islamski pravници postupno ukomponovali u rastuće islamsko pravo.

Vratimo se ipak naslovu rasprave – šta je to Osmanski građanski zakonik?

## Medžella

Medžella je skraćeni naziv Osmanskog građanskog zakonika, prve službene kodifikacije šerijatskog građanskog prava u Osmanskom carstvu. Nastala na talasu tanzimatskog zakonodavstva, objavljujvana je sukcesivno u službenom glasniku *Dustur*, u periodu od 1869. do 1876. godine.<sup>17</sup> Zahvaljujući poznatom pravniku i historičaru Ahmedu Dževdet-paši

---

<sup>16</sup> M. Hamidullah, *Uticaj rimskog prava na fikh*, 267, sličnu podjelu primjenjuje i staro jevrejsko pravo, vidi „Jevrejsko pravo“ u: Dževad Drino, *Balkan – državnopravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2018, 180-184.

<sup>17</sup> U svim citiranjima u članku koristi se reprint – preštampano izdanje – *Medželle i ahk-jami šerije* (Otomanski građanski zakon), tisak i naklada Daniela A. Kajona, Sarajevo, 1906. (Reprint – preštampano, priredio i dopunio sa predgovorom i člankom “Šerijatsko pravo u Bosni i Hercegovini” i izvodi iz propisa Mehmedalija Huremović, preštampano u izdanju Bosanskog kulturnog centra Sarajevo, Sarajevo, 1997)

(1822– 1895),<sup>18</sup> urađen je uvodni dio i prva knjiga 1869. godine, da bi se u narednim godinama nastavilo sa sukcesivnom izradom dijelova zakonika koji je ukupno imao šesnaest knjiga sa 1851 paragrafom. Krivični zakonik iz 1858. godine, kao i Zemljišni zakon od 1857. godine su djela njegovog rada, ali njegovo vrhunsko djelo koje je nadvisilo sva ostala bila je čuvena Medžella. Osim kratke primjene u periodu okončanja osmanske vlasti na ovim prostorima, potom austrougarske vlasti, u novoj Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, Vidovdanskim ustavom iz 1921. i Oktroisanim ustavom iz 1931. godine, utvrđuje se primjena šerijatskog prava.<sup>19</sup>

Uvodni dio Zakonika sadrži “Dva govora”; prvi je “O definiciji i podjeli pravničke nauke”, a drugi “O pravnim pravilima – temeljnim načelnim pravilima...” kojih ima 99 navedenih.<sup>20</sup>

Upravo ovdje nastojat ćemo istražiti uticaj i značenja koja su pripadajuće *regulae iuris* rimske pravne tradicije imale na formulisanje pojedinih 99 pravnih izreka, što je rijetko tematizirano u uporednoj pravnoj historiji, uzimajući pritom za ishodišnu tačku rimsko pravno načelo *neminem laedere* (“nikoga ne povrijediti”), što je izraz korektivne pravednosti (*iustitia corectiva*), prisutne i u Medželli.

Zakonik, podijeljen na 16 knjiga, sadrži zasebne odredbe o kupoprodaji, najmu (*idžarat*), jamstvu (*kefalet*), prijenosu duga, založnom pravu (*rehu*), ostavi i posudbi (*emanatu*), poklonu, stvarima, ograničenju pravne i poslovne sposobnosti, prekupu (*šufaa*), suvlasništvu (*širket*), zastupanju

<sup>18</sup> Šire o ovoj ličnosti vidi u: *Bosna i Hercegovina u spisima Dževdet-paše*, priredila Kerima Filan, Connectum, Sarajevo, 2018. Orhan Okay ga svrstava među “umjerene progresivce i blage prozapadnjake” u: Orhan Okay, “Osmanska misao – Ogljed o intelektualnom životu u periodu evropeizacije”, prev. A. Šiljak- Jesenković, u: *Historija Osmanske države i civilizacije* II, prir. E. Ihsanoglu, IRCICA – Orijentalni institut u Sarajevu, Sarajevo, 2008, 377.

<sup>19</sup> Član 109. Vidovdanskog ustava iz 1921. godine: “U porodičnim i nasljednim poslovima muslimana sude šerijatski sudovi”, ista odredba je preuzeta i članom 100. Ustava iz 1931. godine, dok je 21. marta 1929. godine donesen poseban Zakon o uređenju šerijatskih sudova i o šerijatskim sudijama. O ustroju šerijatskih sudova u periodu austrougarske vlasti u Bosni i Hercegovini (1878–1918) konsultuj monografiju Hana Younis, *Biti kadija u kršćanskom carstvu. Rad i osoblje šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini 1878–1914*, Univerzitet u Sarajevu – Institut za historiju, Sarajevo, 2021.

<sup>20</sup> *elkavâid el-kullijje* – vidi u F. Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, 17.

(*vekijalet*), sklapanju pravnih poslova, oprostima duga, priznanju (*ikrar*), tužbama (*davaa*) te dokaznom i sudskom postupku.

Zakonik je primjenjivan sve do donošenja savremenog turskog Građanskog zakonika (*Türk Kanunnu Medenisi*) 1926. godine, koji je sadržavao recipirani švicarski građanski zakonik, kao što je i Pomorski zakonik iz 1929. godine bio recipirana IV knjiga njemačkog trgovačkog zakonika.<sup>21</sup> Zapravo je još zemljišnim zakonom (*Erazi kanunamesi*)<sup>22</sup> najveći dio kapitala Carevine (zemljišta) bio izuzet od šerijatskog nasljednog prava, a kasniji Trgovački zakonik (1850), Krivični zakonik (1858), Zakonik o trgovačkom postupku (1861), Pomorski zakonik (1863) predstavljaju masovan priliv evropskog prava u modernizirajuće tursko pravo!

Posebno su brojna preuzimanja iz tada najmodernijeg evropskog, francuskog zakonodavstva; Pomorski zakonik Francuske, uz sardinijski i sici-lijanski, inspirisali su osmanski Pomorski zakonik iz 1863. godine, a pojedini članovi ukazuju na to da su konsultovani zakonici Belgije, Španije i Pruske. Francusko pravo poslužilo je kao osnova za Zakonik o trgovačkom postupku iz 1861. godine, a Zakonik o građanskom sudskom postupku pripremio je Državni savjet na osnovu francuskog zakonika od 1807. godine. Osim ispuštanja sistema porote, Zakonik o krivičnom postupku iz 1879. godine uglavnom je istovjetan s francuskim zakonikom, i ovi su zakonici, uz određene izmjene, ostali na snazi sve dok nisu zamijenjeni novim od strane Repulike Turske dvadesetih godina dvadesetog vijeka.

Za razliku od islamskog, šerijatskog prava, u Medželli su vidljivi uticaji rimskog prava!

U čemu se ogledaju rimskopravni uticaji?<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Dž. Drino, *Komparativna pravna historija*, 147. Ove radikalne promjene turskog zakonodavstva dolaze sa izgradnjom modernog pravnog sistema republike u doba Kemal-paše Atatürka. Otkud recepcija Švicarskog građanskog zakonika u Turskoj? Najčešće je objašnjavano time što je Švicarska u doba Prvog svjetskog rata bila neutralna zemlja, što je odgovaralo i neutralnoj Turskoj, uz svakako modernost i kvalitet njenog zakonika, nerijetko se spominjalo i da je tadašnji ministar pravde Mahmud Esad Bozkurt studirao pravo upravo u Švicarskoj!

<sup>22</sup> Zakon od 7. ramazana 1274. (21. 4. 1857)

<sup>23</sup> Analiza rimskopravnih uticaja u drugom građanskom zakoniku – vidi u: Dževad Drino, Adnana Šabani, “Rimskopravni temelji Austrijskog građanskog zakonika (AGBG)” u:



Ponajprije u bogatstvu fonda pravnih normi i pojmovnom razgraničenju, a pogotovo u upotrebi brojnih instituta, deviza i sentenci recipiranog rimskog prava; u Zakoniku su jasni uplivi prirodnog prava koje veliki rimski pravnik Ulpijan definiše kao “onim što je sama priroda poučila sva živa bića. Ono nije isključivo svojstveno ljudskom rodu no i svim živim stvorenjima koja su rođena u vazduhu, na zemlji i u moru!”<sup>24</sup> Dakako da su institucije nastale višestoljetnom tradicijom evropskog učenog prava (*Gelehrtes Recht*) utemeljene na rimskim pravnim izvorima, dok je odnos rimske tradicije vidljiv kroz uvodni dio Medželle, kod drugih zakonika, primjerice Bogišićevog, nalazi se na samom kraju.<sup>25</sup>

---

*Zbornik radova znanstvenog skupa “Austrijski građanski zakonik (1811–2010)”, Tuzla, 16–18. 12. 2011. g.*, ur. E. Mutapčić, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli; Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, Tuzla, 2014, 9-14.

<sup>24</sup> *Institutiones Iustiniani*, Bibliotheca Latina et Graeca, knjiga XXVII, prijevod, uvod i komentar Ante Romac, Zagreb, 1994, 33. Sama ideja o prirodnom pravu preuzeta je iz grčke filozofije, rimskim pravnicima klasičnog perioda, kao npr. Hermogenianusu, shvaćanje o pravu koje bi vrijedilo za sva živa bića bilo je strano, ali je kroz stoičko učenje zadržan i u kršćanskoj, ali vidimo i u islamskoj koncepciji prava. Hermogenianusov tekst vidi u: *Justinijanova Digesta*, prva knjiga, drugo izdanje, prevod Ante Malenica, Službeni glasnik, Beograd, 2003. On navodi da su iz prava naroda (*ius gentium*) “uvedeni svi ratovi, razlikovanje naroda, utemeljenje kraljevstava, različita vlasništva, postavljanje zemljišnih međa, podizanje građevina, trgovine, kupovine i prodaje, davanje i uzimanje zakupa, ustanovljene su obligacije, izuzev onih koje su uvedene pravom građana”. Dž. Drino, *Drevno pravo / Ancient law*, 151.

<sup>25</sup> Bogišićeva kodifikacija jeste *Opšti imovinski zakonik za knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine*. O uticaju rimske pravne tradicije na ovaj zakonik u: Antonio Zocco-Rosa, *Influssi di diritto romano sur una legislazione Slavo-Serba*, Melanges G. Cornil, II, Paris, 1926, 634; Nevenka Bogojević-Glušćević, “Rimska pravila u zakonjačama Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru”, *Istorijski zapisi*, 78/1–4, Podgorica, 2005, 7; Marko Petrak, “Imovinskopravne *regulae iuris* u Bogišićevu zakoniku i njihovo aktualno značenje” u: *Bogišić i kultura sjećanja, Zbornik radova*, ur. J. Kregar et al., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, Zagreb, 2011, 98-118. Za našu raspravu značajni su radovi o uticaju osmanske pravne tradicije na Bogišićevu kodifikaciju. Anita Blagojević, “Kratka paralela između uvodnog dela Medžela i završnog dela Bogišićevog crnogorskog imovinskog zakonika”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 36/53, Beograd, 1938, 81-96; Mehmed Begović, “Sličnosti između Medžele i Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru”, *Prilozi za orijentalnu filologiju*, 5/1954–1955, Sarajevo, 1955, 33-42.

U uvodnom dijelu *Govor drugi – o pravnim pravilima*, navedeno je 99 pravila koja umnogome imaju osnovu iz rimskopravnih sentenci, *regulare iuris*, kao naprimjer:

- *Melius est sensum magis quam verba amplecti* (Ulpianus, *Digeste*, 34. 4, 3. 9):<sup>26</sup>  
Bolje je više obratiti pažnju na smisao nego na riječi. Smisao je važniji od riječi.  
Medžella, paragraf 3: Kod ugovora daje se važnost glavnim svrhama, a ne riječima.
- *Consuetudo pro lege servatur* (Iulianus, *Digeste*, 1. 3. 32. 1): Običaj je drugi zakon.  
Medžella paragraf 36: Običaj ima moć zakona.
- *Vetus semper pro lege habetur* (Paulus, *Digeste*, 39. 3. 2): Dugotrajna praksa uvijek se smatra kao zakon.  
Medžella, paragraf 41: Običaj važi samo onda ako je stalan i ako ga upotrebljava pretežita većina svijeta.
- *Nemo est supra leges* (Ulpianus, *Digeste*, 1. 3. 8): Niko nije iznad zakona.  
Medžella, paragraf 58: Vladanje nad narodom treba da je zavisno od opće koristi.

U samom tekstu se navode i pravila:

*Ius constitute oportet in his, que plurimum accident, non quae ex inopinato* (Pomponius, *Digeste*, 1. 3. 3): Pravilo se ne stvara prema izuzetku, pravo treba stvarati prema onome što se najviše (najčešće) događa, a ne prema onome što se slučajno može dogoditi,

<sup>26</sup> *Digeste* predstavljaju najznačajniji i najobimniji dio Justinijanove kodifikacije rimskog prava *Corpus iuris civilis*, objavljene decembra 529. godine, sa 150. 000 redaka, 9142 fragmenta iz 1625 libri (djela) 39 najvećih rimskih pravnika. Podijeljene su na 50 knjiga, svaka knjiga (osim 30–32) podijeljena je na tituluse, ovi na fragmente, a oni na paragrafe, što je i redoslijed kod citiranja. Vidi u: Dragomir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris. Latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjem*, peto dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1989, 563.

*Non exempus, sed legibus iudicandum est (Codex Iustinianus, 7. 45. 13):*<sup>27</sup> Ne treba suditi po primjerima, nego po zakonima.<sup>28</sup>

U uvodnom dijelu Medželle, uz definicije, sadržana su i temeljna načela – načelo publiciteta, početak djelovanja zakona (*efficacia lege*), djelokrug zakona te pojašnjenje pravne i poslovne sposobnosti lica. Zakonik stavlja analogiju između pravila o interpretaciji, dok u pogledu trajanja zakona isključuje djelovanje dvaju ranije vladajućih načela (*Cessante ratione cessant lex ipsa* i *desuetude legis*), dok u paragrafu 19. utvrđuje zabranu samopomoći (*Propria auctoritatis*). Posebno su obrađene pravne osobe – one ne posjeduju poslovne sposobnosti i zato su predstavljene po upravniku, punovlasniku, zastupniku-muteveliji, dok su tri posljednje knjige odredbe o sudskom postupku (o tuženju, o dokazima i propuštanju k prisezi, te o suđenju).

Prva knjiga sa uvodom i sedam dijelova posvećena je najčešćem ugovoru robnog prometa uopće – kupoprodaji. Ona je daleko šire shvaćena od rimske kupoprodaje (*emptio venditio*) jer uz prodaju stvari za novac obuhvata i zamjenu novca (*sarf*), trampu i kupovinu na poček (*selem*), ali je zadržana kategorija rimske konsenzualnosti (sklapa se ponudom i prihvatom ponude!). Za razliku od rimske, šerijatska kupoprodaja ne dopušta kupnju budućih stvari (*emptio rei* i *emptio rei spate*) jer predmet kupoprodaje mora postojati u času ugovora, ali poznaje pravne nedostatke i fizičke mane robe gdje mu se dopušta pravo izbora (*hiar-i aib*).

<sup>27</sup> *Codex Iustinianus* predstavlja zbirku carskih konstitucija pripremljenih po naređenju cara Justinijana i objavljenih decembra 529. godine. *Codex* sadrži konstitucije rimskih careva od Hadrijana do Justinijana, podijeljen je na 12 knjiga, knjige na tituluse, a titulusi na konstitucije, što se koristi i u citiranju. Vidi u: D. Stojčević, A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, 562.

<sup>28</sup> Na uporedbu sa rimskim pravom ukazuje i Fikret Karčić, da su slično o pravnim pravilima pisali i rimski pravници. U *Digestama* je navedeno Paulusovo mišljenje: “Pravilo izlaže stvar ukratko, i, kako kaže Sabinus, predstavlja neku vrstu sažimanja njene suštine; ali ako bi se time štetila suština, pravilo gubi svoje opravdanje.” D. Stojčević, A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, 352. “Pravno pravilo je ono što određenu stvar ukratko izlaže, ali to ne znači da iz pravila treba izvoditi pravo, nego da pravilo nastaje iz prava koje postoji.” Isto, 436. “Svako pravilo dopušta svoje izuzetke.” Isto, 341. F. Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, 18.

Medžella poznaje primjenu rimskopravnog načela *superficies solo cedit*,<sup>29</sup> dok se u kupoprodaji cijena utvrđuje kao obična i redovna, te vanredna i “cijena osobite naklonosti”.<sup>30</sup> Kao i u Francuskom građanskom zakoniku *Code de Civile* (član 2228), i ovdje je primijenjena rimska ili subjektivna koncepcija posjeda (*possesio*), stiče se originarno ili derivatno, on je zakonit (*possesio iusta*) ili nezakonit (*possesio iniusta*), posjed dobre ili zle vjere (*male* ili *bona fidei*).<sup>31</sup>

Zakonik precizno utvrđuje primjenu Justinijanove, tačnije Dioklecijanove ustanove *laesio enormis*, oštećenja preko polovine vrijednosti, koju je prihvatio i Francuski zakonik; sticanje putem redovne dospelosti ili uzukapije šerijat ne dopušta, mada dvije pravne škole dopuštaju vremenske granice kao prigovor protiv tužbe vlasnika.<sup>32</sup>

Naime, Justinijan je ustanovio pravilo da cijena ne smije biti niža od polovine prave vrijednosti stvari, u suprotnom dolazi do prekomjernog oštećenja prodavca (*laesio enormis*), pa je on mogao tražiti raskid ugovora i povrat isplaćene cijene.<sup>33</sup> U Zakoniku se navodi kao “velika prikrata” (*Gabni fahiš*), “kad se čovjek prevari kod robe barem za dvadeseti dio vrijednosti. Kod životinja za deseti dio cijene, a kod nepokretnina za peti dio vrijednosti.”<sup>34</sup>

Vratimo se najvažnijem pravu u svim zakonicima – imovinskom pravu. Medžella sadrži odlike imovine koje su razradili hanefijski pravници:

*Milk, vlastiti imetak, znači stvar s kojom je čovjek vlastan da raspolaže, bilo sa njom ili s njezinom koristi.*<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Sve što je podignuto na zemljištu, pripada vlasniku zemljišta, u: Ante Romac, *Rimsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1987, 195.

<sup>30</sup> Medžella, knjiga I, poglavlje III – O cijeni.

<sup>31</sup> *Rječnik historije države i prava*, ur. M. Horvat, K. Bastaić, H. Sirotković, Informator, Zagreb, 1968, 592.

<sup>32</sup> Karčić podsjeća na koncept pravičnosti hanefijske pravne škole – period zastare tužbe od 15 godina, 10 godina za državno zemljište, a 36 za vakufsku imovinu, malikijska pravna škola određuje 10 godina za nekretnine, a za pokretnine 1–3. godine. F. Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, 224.

<sup>33</sup> A. Romac, *Rimsko pravo*, 307.

<sup>34</sup> Medžella, paragraf 165, rimskopravno oštećenje prodavca je isključivo ako je roba prodana ispod polovine stvarne vrijednosti.

<sup>35</sup> Medžella, paragraf 125.

Tri su glavna načina pribavljanja vlasništva: pravnim poslom (prodaja, poklon), pravnom sukcesijom (nasljedstvom) i zaposjedanjem stvari koje nemaju vlasnika (okupacija), ali Zakonik poznaje i priraštaj (*accessio*).

Pošto se ne mogu čuvati na zalihi, što je odrednica imovine, služnosti (*servitutes*) se isključuju iz ove definicije, dok Šafija i Ibn Hanbel o ovom pitanju imaju drugačije mišljenje i drže da su služnosti imovina budući da nemaju novčanu vrijednost.<sup>36</sup> Zakonik služnosti prepoznaje u pravu prolaska preko tuđeg zemljišta, pravu korištenja vode, ali i odvodnje. Zanimljivo je da se ovo stanovište nalazi kao usvojeno u članu 64. Osmanskog zakona o građanskom postupku, koji sadrži dopune Medželle u ovom pogledu.

Glavne vrste imovine prema klasifikaciji islamskih pravnika su:

- a.) Mjerljiva i nemjerljiva – predstavlja kombinaciju rimskopravne podjele na potrošne / nepotrošne stvari, gdje mjerljiva imovina jeste ona koja se izražava mjerama veličine, težine, dužine i broja (*mjerom, vagom, brojem i aršinom*), dok nemjerljiva uključuje imovinu svih drugih vrsta.
- b.) Zamjenljiva i nezamjenljiva (*res fungibiles / res non fungibiles*) – zamjenljiva je ona koja se može jednostavno kupiti na tržištu po jedinstvenoj cijeni, npr. štampane knjige. Nezamjenljiva imovina se ne može jednostavno zamijeniti ili ne može uopće, a i ako se može naći na tržištu, varira u cijeni, npr. rukopisi, stoka ili konji. Praktični značaj ovog razlikovanja ilustruje se primjerom vraćanja imovine koja je nezakonito stečena – u takvim okolnostima zamjenljiva imovina se mora vratiti, dok se za nezamjenljivu imovinu mora platiti naknada prema vrijednosti stvari u vrijeme nezakonitog pribavljanja.<sup>37</sup>
- c.) Tjelesna i netjelesna (*res corporales / res incorporales*) – tjelesna se raspoznaje ljudskim čulima (dodir, vid), a netjelesna se jedino opaža mislima i značenjima (različite pravne škole daju različite odgovore je li ona mjerljiva ili ne).
- d.) Pokretna (*menkul*) i nepokretna (*ghairi menkul*), rimskopravna *res mobiles / res immobiles* – pokretna je ona koja se može prenijeti s

<sup>36</sup> Ebu Abdullah Muhamed b. Idris b. Abas Eš-Šafi (767–819), Ebu Abdullah Ahmed b. Hanbel (780–855)

<sup>37</sup> F. Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, 221.

jednog mjesta na drugo bez uništenja ili oštećenja, dok je nepokretna ili realna imovina ona koja se ne može prenositi s jednog mjesta na drugo, kao što su zemljište ili zgrade.<sup>38</sup>

Založno pravo (*rehn*) je dobro razrađeno, Zakonik ga uslovljava obavezujućom predajom stvari zalogoprimcu, što znači da hipoteka (u kojoj nema predaje stvari), i pored svog ogromnog ekonomskog značaja i tradicije, nije mogla ući u islamsko pravo sve do modernih vremena.<sup>39</sup> Ugovor o zastupanju uređuje opće ili djelomično zastupanje (*vekijalet* – punomoćje), dok ortakluk (*societas*) pokazuje otklon od rimskog jer omogućava udruživanje ortaka u novcu, u radu ili kreditu.

## Zaključak

Osmanski građanski zakonik *Medželle i ahkjami šerije* prva je kodifikacija šerijatskog prava, predstavlja najznačajniji tanzimatski zakonik, što mu daje posebno mjesto u historiji Osmanskog carstva, ali i šerijatskog prava uopće. Zasnovan na reformatorskom pokretu sa propisima koji potiču iz hanefijskih pravnih djela, Zakonik je važio na cijelom prostoru Osmanskog carstva, izuzev Alžira i Egipta. Dok je na područjima Bosne i Hercegovine bio u primjeni sve do 1946. godine, u Turskoj je, na talasu mladoturske revolucije, ubrzo ukinut donošenjem Turskog građanskog zakonika (*Turk Kannunu Medenisi*) iz 1926. godine, koji je u osnovi preuzeti Švicarski građanski zakonik, što je predstavljalo definitivno napuštanje koncepta religijski zasnovanih pravnih propisa u novoj državi. Do recepcije prihvatanja stranog prava, a time i rimskopravne podloge, dolazi zalaganjem države ka približavanju modernizaciji i evropskim uzorima, pri

---

<sup>38</sup> Subhi Mahmessani, “Pravni poslovi u šerijatu” u: F. Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, drugo dopunjeno izdanje, El-Kalem – CNS, Sarajevo, 2011, 220.

<sup>39</sup> Danas je hipoteka (*hypotheca*) najznačajniji i najrašireniji ugovor založnog prava sa tradicijama iz egipatskog, grčkog, rimskog i jevrejskog prava. Grčka hipoteka se razvijala drugačije nego rimska, u Ateni je nastala prvenstveno u vezi s pomorskim zajmovima, dok je u Rimu postanak vezan za zalaganje pokretnina. Shvatanje o hipoteci kao zalogu na nekretninama koji se upisuje u javne (zemljišne) knjige prevladalo je tek u XVII stoljeću nakon ideja i radova Huga Grotiusa (Hugo de Groot, 1583–1645).

čemu dualitet prava dovodi i do dualiteta sudstva, što je prisutno i na našim prostorima.

Dok je pravo kod Rimljana predstavljalo izraz volje vladajućih, volje čovjeka, islamsko pravo se zasniva na Božijoj volji koja je objavljena Poslaniku, pa je razumljivo stanje nezasnovanosti rimskopravnih temelja, tim više jer vrijeme pojave islama predstavlja i zvaničan kraj rimskog, a početak nekih drugih mjesnih prava, ponajviše bizantskog prava.

Za razliku od islamskog prava, Zakonik je urađen na rimskopravnim temeljima, što je pokušaj koegzistencije religijskih (šerijatskih) normi i normi evropskih građanskih zakonika, sa temeljem na rimskom pandektnom pravu, a zbog njegove dugotrajne primjene u osmanskome, austrougarskom i starojugoslavenskom periodu, predstavlja sastavni dio ukupnog pravnog naslijeđa islamske pravne kulture Bosne i Hercegovine.

## ROMAN LAW ELEMENTS IN THE OTTOMAN CIVIL CODE (THE MAJALLA AND AHKAM AL-SHAR'IYYAH)

### *Summary*

The Majalla represents the first official codification of civil law in the Ottoman Empire, and also the first codification of sharia law in general, most often cited as the Ottoman Civil Code, which was published in the period between 1869 and 1876. In contrast to Islamic, Sharia law, the influence of the largest legal system of the ancient world, Roman law, which is bequeathed by the development of mankind in Europe, is visible in the Majalla; while Islamic law is considered Divine law and fundamentally immutable, Roman law finds that law should be the highest expression of the mind (Cicero). The Code sought to achieve the unity of two different legal traditions, striving to bridge any dualism on the path to

modernism, thus opening new doors for its in-depth reading and understanding, in a concrete historical background.

The application of Majalla was the widest in Bosnia and Herzegovina because its norms were binding on both Sharia and regular civil courts, so the analysis of its Roman legal basis is all the more important for our own legal history.

*Keywords:* Majalla, Ottoman Empire, Roman law, Sharia law

## Literatura

- Avramović, Sima; Stanimirović, Vojislav, *Uporedna pravna tradicija*, šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010.
- Begović, Mehmed, “Sličnosti između Medžele i Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru”, *Prilozi za orijentalnu filologiju*, 5/1954–1955, Sarajevo, 1955, 33-42.
- Blagojević, Anita, “Kratka paralela između uvodnog dela Medžela i završnog dela Bogišićevog crnogorskog imovinskog zakonika”, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 36/53, Beograd, 1938, 81-96.
- Bogojević-Glušćević, Nevenka, “Rimska pravila u zakonjačama Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru”, *Istorijski zapisi*, 78/1–4, Podgorica, 2005, 7-23.
- Bosna i Hercegovina u spisima Dževdet-paše*, prir. Filan Kerima, Connectum, Sarajevo, 2018.
- Çelebican Karadeniz, Özcan, *Roma Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yetkin, Ankara, 2013.
- Di Marzo, Salvatore, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1959.
- Drino, Dževad, “Pravna priroda fideikomisa rimskog prava i vakufske imovine šerijatskog prava”, *Pregled: časopis za društvena pitanja*, 3, Sarajevo, 2011, 277-281.
- Drino, Dževad, *Balkan, državnopravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2018.
- Drino, Dževad, *Drevno pravo / Ancient law*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2021.



- Drino, Dževad, *Komparativna pravna historija*, Pravni fakultet Univerziteta u Zenici, Zenica, 2016.
- Drino, Dževad; Šabani, Adnana, "Rimskopravni temelji Austrijskog građanskog zakonika (ABGB)" u: *Zbornik radova znanstvenog skupa "Austrijski građanski zakonik (1811–2010), Tuzla 16–18. 12. 2011. g., ur. E. Mutapčić*, Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli; Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku, Tuzla, 2014, 9-14.
- Hamidullah, Muhammed, "Uticaj rimskog prava na fikh", *Islamska misao*, V, br. 57., septembar 1983, 11-16.
- Hamidullah, Muhammed, *Hel li-l-kanuni-r-rumijji te'sirun al-el-fikhil-islamijji*, Dar el-buhus el-ilmijje, Bejrut, 1973.
- Institutiones Iustiniani*, Biblioteka Latina et Graeca, knjiga XXVII, prijevod, uvod i komentar Ante Romac, Zagreb, 1994.
- Justinijanova Digesta*, prva knjiga, drugo izdanje, prevod Ante Malenica, Službeni glasnik, Beograd, 2003.
- Karčić, Fikret, *Historija šerijatskog prava*, treće dopunjeno izdanje, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2005.
- Karčić, Fikret, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, drugo dopunjeno izdanje, El-Kalem – CNS, Sarajevo, 2011.
- Medželle i ahkjami šerije* (Otomanski gragjanski zakon), Sarajevo, tisak i naklada Daniela A. Kajona, 1906. (Reprint – preštampano, priredio i dopunio sa predgovorom i člankom "Šerijatsko pravo u Bosni i Hercegovini" i izvodi iz propisa Mehmedalija Huremović, preštampano u izdanju Bosanskog kulturnog centra Sarajevo, Sarajevo 1997).
- Nallino, C. A, "Razmišljanja o vezama fikha i rimskog prava" u: Fikret Karčić, *Studije o šerijatskom pravu i institucijama*, drugo dopunjeno izdanje, El-Kalem – CNS, Sarajevo, 2011, 242-254.
- Okay, Orhan, "Osmanska misao – Ogled o intelektualnom životu u periodu evropeizacije", prev. A. Šiljak-Jesenković, u: *Historija Osmanske države i civilizacije II*, priredio E. Ihsanoglu, IRCICA – Orijentalni institut u Sarajevu, Sarajevo, 2008, 347-384.
- Petrak, Marko, "Imovinskopravne *regulae iuris* u Bogišićevu zakoniku i njihovo aktualno značenje" u: *Bogišić i kultura sjećanja, Zbornik radova*, ur. J. Kregar et al., Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu; Leksikografski zavod „Miroslav Krleža“, Zagreb, 2011, 98-118.
- Rječnik historije države i prava*, ur. M. Horvat, K. Bastaić, H. Sirotković, Informator, Zagreb, 1968.
- Romac, Ante, *Rimsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 1987.

- Stojčević, Dragomir; Romac, Ante, *Dicta et regulae iuris*, latinska pravna pravila, izreke i definicije sa prevodom i objašnjenjima, peto dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1989.
- Šarkić, Srđan; Popović, Dimitrije, *Veliki pravni sistemi i kodifikacije*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2012.
- Tahiroğlu, Bülent; Erdoğmuş, Belgin, *Roma hukuku dersleri*, DER, İstanbul, 2014.
- Umur, Ziya, *Roma Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1984.
- Watson, Alan, *Pravni transplantati – pristup uporednom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2000.
- Wieacker, Franz, *Römische Rechtsgeschichte*, 2 Bde., München, 1988–2006.
- Younis Hana, *Biti kadija u kršćanskom carstvu. Rad i osoblje šerijatskih sudova u Bosni i Hercegovini 1878–1914*, Univerzitet u Sarajevu – Institut za historiju, Sarajevo, 2021.
- Zocco-Rosa, Antonio, *Influssi di diritto romano sur una legislazione Slavo serba*, Melanges G. Cornil, II, Paris, 1926.