

ISLAMSKA MISAO

Osnivač i izdavač: Fakultet za islamske studije, Novi Pazar

Za izdavača: Prof. dr. Enver Gicić

Glavni urednik: Prof. dr. Enver Gicić

Pomoćnik urednika: Prof. dr. Hajrudin Balić

Redakcija: prof. dr. Admir Muratović, prof. dr. Almir

Pramenković, hfz.doc. dr. Haris Hadžić, doc. dr. Siham Mevid

Šerijatski recenzent: prof. dr. Almir Pramenković

Tehnički urednik: Senad Redžepović

Lektor: Samir Škrijelj

Štampa: El-Kelimeh, Beograd

Tiraž: 500 primjeraka

Adresa redakcije: Fakultet za islamske studije,
ul. Rifata Burdževića 1, 36300 Novi Pazar

Štampanje ovog broja pomogla je Vlada R. Srbije - Kancelarija
za saradnju sa crkvama i verskim zajednicama

CIP - Katalogizacija u publikaciji

Narodna biblioteka Srbije, Beograd

378:28

ISLAMSKA misao : godišnjak Fakulteta za islamske studije Novi Pazar /
glavni urednik Enver Gicić. - 2007, br. 1- . - Novi Pazar : Fakultet za islamske
studije, 2007- (Užice : Grafičar). - 24 cm

Godišnje.

ISSN 1452-9580 = Islamska misao (Novi Pazar)

COBISS.SR-ID 141771532

EL-ISTIHSAN (PREFERIRANJE PRAVNIKA)

Po mišljenju velikog broja istaknutih islamskih autoriteta, šerijatska pravna metodologija (*usuli fikh*) doživljava svoju prvu kompilaciju, kodifikaciju i sistematizaciju između drugog i osmog stoljeća po Hidžri sa porastom upotrebe analoških obrazloženja (*kijasa*). U to vrijeme su *kijas* nazivali *ra'j* (mišljenje), *nazar* (lično razmatranje) ili *istihsan* (pravna preferencija). Stoga je istihsan prvobitno bio oblik *kijasa* jer se radi o dva koncepta koji dijele isti element odlučnosti, *'illah* (efektivni razlog, kauza), iako se razlikuju u postupku i načinu zaključivanja i donošenja pravne norme. Svi meritorni šerijatski pravni teoretičari slažu se da je imam Ebu Hanife prvi ko je koristio koncept *istihsana* birajući najmanje štetan zaključak kada postoje dva šerijatski validna i autoritativna argumenta koji tretiraju istu pravnu tematiku. Na osnovu ovoga bi se moglo reći da je istihsan „postupak odabira jednog prihvatljivog alternativnog rješenja nad drugim jer se čini da je to rješenje prikladnije za trenutnu situaciju“. Dakle, šerijatski pravnik mora uložiti maksimum truda i sve svoje intelektualne kapacitete kako bi odabrao ono što je najpogodnije za opće dobro i javni interes.

U svjetlu gore navedenog, u ovom radu bit će riječi o sljedećem: značenje i definicija istihsan, teorija istihsana, procjena njegovog pravnog značaja s primjerima njegove primjene u šerijatskoj pravnoj praksi (*fikh*u), kritički argumenti za i protiv istihsana i na kraju zaključak.

Ključne riječi:

El-Istihsan, kijas, selem, istisna', kijas dželli, kijas hafi, el-meslaha, darura.

Prof. dr. Enver Gicić

ISTIHSAN (FAVORABLE JUDGMENT)

According to the majority of prominent Islamic authorities, Sharia legal methodology “Usul al-Fiqh” experienced its first compilation, codification and systematization between the second and eighth centuries AH with the increasing use of juristic reasoning by analogy (Qiyas). At that time, Qiyas were called Ra’j (opinion), Nazar (personal consideration) or Istihsan (favorable judgment). Therefore, Istihsan was originally a form of Qias because they are two concepts that share the same element of determination, ‘Illah (effective reason, cause), although they differ in the procedure and manner of concluding and enacting a legal norm. All meritorious Shariah legal theorists agree that “Imam Abu Hanifa” was the first to use the concept of Istihsan choosing the least harmful conclusion when there are two Shariah valid and authoritative arguments dealing with the same legal subject matter. Based on that, it can be said that choosing an acceptable alternative solution over another is Approbation “because this solution appears to be the most appropriate in this case.” Consequently, the legal lawyer must exert his utmost efforts and intellectual capabilities in order to choose what is more valid and appropriate for the public interest.

In light of the above, this paper will discuss the following: the meaning and definition of Istihsan, the theory of Istihsan, an assessment of its legal significance with examples of its application in sharia legal practice (Fiqh), critical arguments for and against Istihsan and finally a conclusion.

UVOD

Jedan od supsidijarnih izvora u šerijatskom pravu jeste i *el-istihsan*, međutim analizirajući govor imama Malika, Allah mu se smilovao, kada kaže „istihsan čini devet desetina znanja“¹, možemo reći da je istihsan jedan od primarnih, a ne supsidijarnih izvora jer on predstavlja recipiranje i uvažavanje intencija, interesa i pravde, što znači da pravnik ne bi smio izgubiti iz vida namjeru Zakonodavca, a to je interes i pravda.

U slučaju da mudžtehidi ustanovi da su opći interes i pravda zanemareni, istihsan zahtijeva od njega, mudžtehida, da uloži maksimum truda na njihovom očuvanju i primjeni, a ako primijeti postojanje neke vrste štete, onda je poželjno da uloži maksimum truda i iznađe relevantne metode kako bi spriječio tu štetu. Isto tako, ako bi primijetio da razumijevanje određenih zakonodavnih tekstova, svejedno da li se radi o kur'anskim ajetima ili o hadisima Poslanika s.a.v.s., vodi ka onome što je štetno ili zanemaruje opći interes Šerijata, neophodno je preispitati to razumijevanje. Ako bi se našla analogija, analogno rješenje određenog pravnog pitanja, norme, koja je u koliziji ili je u suprotnosti s intencijom i namjerom Zakonodavca u smislu pravde i pravičnosti, takva će se analogija odbaciti i neće se uzeti u obzir. Ako sve ovo uzmemo u obzir možemo s pravom reći da je *el-istihsan* zaista devet desetina znanja. Neki poznati islamski autoriteti otišli su malo dalje od imama Malika, pa kažu istihsan je stub znanja i ko ga ne poznaje ne poznaje Sunnet.²

¹ Eš-Šatibi, *Muvafekat*, 5/198

² Ibid, str. 199

DEFINICIJA EL-ISTIHSANA

Jezička definicija

Bukvalno značenje riječi *el-istihsan* je „smatrati nešto dobrim i poželjnim“. *El-istihsan* je izvedenica od riječi *el-hasen* što u prijevodu znači nešto dobro, a *el-hasen* je antinom arapske riječi *el-kubh* što u prijevodu znači nešto loše, ružno.

Prije nego spomenemo terminološku i idiomatsku definiciju *el-istihsana*, mislim da je uputno naglasiti pravno značenje *el-istihsana*: „Metodologija naučno-istraživačkog rada koju koristi mudžtehid prilikom deriviranja šerijatskih propisa kako bi se izbjegla bilo kakva rigidnost i nepravičnost koja bi mogla proizaći iz doslovnog provođenja i recipiranja određene pravne norme koja je donijeta na osnovu analogije - *kijasa*.“

U pojedinim autoritativnim djelima iz oblasti metodologije šerijatskog prava možemo naći da se za *el-istihsan* koristi termin pravna preferencija. Pravne preferencije uključuju odustajanje od ustaljene analogije u korist alternativnog rješenja koje na bolji način služi idealima pravde i javnom interesu.

Terminološka definicija

U kapitalnim djelima usuli *fikha* možemo naći nekoliko definicija kada je u pitanju *el-istihsan*. Neke od njih ćemo spomenuti u ovom radu radi boljeg predstavljanja i razumijevanja ovog instituta.

دليل ينقذح في نفس المجتهد وتقصر عنه عبارته، فلا يقدر على إظهاره

„Istihsan je dokaz koji mudžtehid ima u svojoj percepciji, ali ga on nije u stanju artikulirati i formulirati u stvarnosti.“³ Ono što karakterizira

³ El-Isnevi, *Nihajetu es-Sul*, str. 366

ovu definiciju je sljedeće: Ova definicija pripisuje se protagonistima hanefijske pravne škole. Drugo, ova definicija je naišla na oštre kritike protagonista drugih pravnih škola, koji su stali da ako mudžtehid nije u stanju da riječima iskaže ono do čega je dosegao tokom svog naučno-istraživačkog rada i opservacije onda je to samo određeni vid iluzije i mašte u njegovoj percepciji.⁴

Druga definicija koja je naišla na oštru kritiku i odbijanje od strane određene grupe islamskih pravnih metodologa jeste definicija:

ما يستحسنه المجتهد بعقله

„Istihsan je ono što mudžtehid percipira i razumije da je dobro.“⁵ Ova definicija se pripisuje imamu Ebu Hanifi, međutim njegovi učenici su kategorični da ovo nije njegova definicija i način na koji je on razumio i percipirao istihsan.

Sljedeća definicija koju želimo spomenuti jeste imama Bezdevija koji kaže:

هو العدل عن موجب قياس إلى قياس أقوى منه

„El-istihsan je udaljavanje od implikacija analogije ka analogiji koja je jača od nje.“

Po mišljenju većine islamskih pravoznalaca, najkompletnija i najobuhvatnija definicija el-istihsana je ona koju je ponudio Ebu Hasan El-Kerhi, metodolog hanefijske pravne provenijencije, koji el-istihsan definira na sljedeći način:

أَنْ يَعْدِلَ الْإِنْسَانُ عَنْ أَنْ يَحْكُمَ فِي الْمَسْأَلَةِ بِمِثْلِ مَا حَكَمَ بِهِ فِي نَظَائِرِهَا إِلَى خِلَافِهِ لِوَجْهِ أَقْوَى يَفْتَضِي الْعُدُولَ عَنِ الْأَوَّلِ

„Odstupanje mudžtehida od rješenja u određenom pravnom slučaju zbog postojanja jačeg razloga, koje nije u skladu sa postojećim, njemu ekvivalentnom rješenju, zbog jačeg razloga koji iziskuje odstupanje od prvog.“⁶

⁴ Vidi, El-Gazali, *El-Mustesfa*, str. 173

⁵ Ibid, str. 171

⁶ Et-Teftezani, *Šerhu et-telviḥ ala et-tevdih*, 2/163

Imam El-Sarhasi je rekao: „Rješenje do kojeg se došlo putem *istihsana* obično se sastoji od ustaljene analogije koja se zanemaruje u korist jačeg dokaza, to jest Kur’ana, Sunneta, nužnosti (*dorure*) ili jače analogije (*kijasa*).“⁷

Ebu Hamid El-Gazali, komentirajući definiciju imama El-Karkhija, kaže: „Ova definicija je toliko jasna i sveobuhvatna da joj se ne može prigovoriti.“⁸

Malikijski pravni teoretičar Ebu Bekr ibn El-’Arabi el-istihsan definira kao:

تَرْكُ الْمُتَضَاعِدِ لِلدَّلِيلِ عَلَى طَرِيقِ إِلا سِتْنَاءِ وَالتَّرْخُصِ لِمُعَارَضَةِ مَا يُعَارِضُهُ فِي بَعْضِ مَقْضِيَّاتِهِ

„Ostavljanje dokaza metodom izuzimanja i olakšice zbog oponiranja sadržaja drugog dokaza nekim njegovim segmentima.“⁹

Sličnu definiciju možemo naći i kod istaknutog islamskog erudita imama Eš-Šatibija u njegovom poznatom djelu *El-’Itisam*, koju pripisuje pravnom teoretičaru malikijske provenijencije Ibn Rušdu, a ona glasi:

طَرِخُ لِقَابِ سَيِّدِ دِيَالِ الْعُلُوِّ فِي الْإِحْكَامِ وَمُبَالَغَةٍ فِيهِ، فَيُعَدُّ لِعَنْهُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ لِمَعْنِيٍّ زَوْفِيَالِ إِحْكَامِيٍّ خِصُّهُ هَذَا كَالْمَوْضِعِ

„Odbacivanje analogije koja vodi ekstremnim rješenjima u nekim slučajevima radi nekog specifičnog razloga koji utiče na normu u dotičnom slučaju.“¹⁰

Istaknuti islamski pravoznalac šafijske pravne provenijencije imam Gazali el-istihsan definira: „Istihsan je ono što mudžtehid percipira i razumije da je dobro.“¹¹

مَا يَسْتَحْسِنُهَا الْمُجْتَهِدُ بِعَقْلِهِ

Što se tiče hanbelijske pravne škole, imam Ibn Kudame ponudio je

7

⁸ Vidi, El-Gazali, *El-Mustesfa*, str. 173

⁹ Eš-Šatibi, *El-Muvafekat*, 4/207, 208

¹⁰ Eš-Šatibi, *El-’Itisam*, 2/371

¹¹ Vidi, El-Gazali, *El-Mustesfa*, str. 171

sljedeću definiciju el-istihsana:

الْعُدُولُ بِحُكْمِ الْمَسْأَلَةِ عَنْ ظَاهِرِهَا إِلَى الْخِصَامِ مِنْ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ

„Odstupanje mudžtehida od rješenja u određenom pravnom slučaju zbog postojanja jačeg razloga, koje nije u skladu sa postojećim, njemu ekvivalentnim rješenjem, zbog dokaza iz Kur’ana ili Sunneta.“¹²

Mišljenje islamskih pravoznalaca po pitanju autoritativnosti *el-istihsana*

U autoritativnim djelima šerijatske pravne metodologije usuli fikha možemo naći različite stavove i mišljenja kada je u pitanju autoritativnost i korištenje el-istihsana kao jednog od izvora i dokaza u Šerijatu.

Ono što je evidentno jeste da su se hanefijski pravni teoretičari najviše istakli na ovom polju i da su oni najviše koristili el-istihsan prilikom rješavanja nekih pravnih pitanja.

Na početku smo spomenuli da Ibn Kasim prenosi od imama Malika da je rekao: „Istihsan čini devet desetina znanja“¹³, također se prenosi od njega da je kazao: „Onaj koji se duboko upusti u analogiju može doći do stepena kada će oponirati tradiciji (Sunnetu).“

Što se tiče hanbelijske pravne škole, može se zapaziti da su po ovom pitanju skoro istog mišljenja kao i hanefije, tj. da je el-istihsan odstupanje od analogije zbog jačeg dokaza, ili odstupanje mudžtehida od rješenja u određenom pravnom slučaju zbog postojanja jačeg razloga, koje nije u skladu sa postojećim, njemu ekvivalentnom rješenju, zbog jačeg razloga koji iziskuje odstupanje. U kontekstu ovog su i riječi imama Et-Tufija koji kaže: „El-istihsan u ovakvom značenju prihvatljiv je u mezhebu imama Ahmeda.“¹⁴

¹² Ibn Kudame, *Revdatunnazir*, 1/407

¹³ Eš-Šatibi, *Muvafekat*, 5/198

¹⁴ Mahmud Abud el-Harmuš, *Gajetu 'l-Memul*, str. 407-408

Dokazi onih koji kažu da je *el-istihsan* autoritativan i validan dokaz

Protagonisti ove tendencije svoje mišljenje etabliraju na kur'anskim riječima:

1. „Koji Kur'an slušaju i slijede ono najljepše u njemu.”¹⁵

الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ

2. „I slijedite ono najljepše, ono što vam Gospodar vaš objavljuje.”¹⁶

وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ

Iz spomenutih kur'anskih ajeta jasno se razumije da Svevišnji Allah dž.š. hvali one koji slijede ono što je ljepše i bolje.

3. Kao treći dokaz protagonisti ove tendencije navode govor Ibn Mesuda r.a. koji je rekao: „Ono što vide muslimani dobrim, ono je i kod Allaha dobro.”¹⁷

فَمَارًا الْمُسْلِمُونَ أَحْسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ أَحْسَنٌ

Protagonisti ove tendencije svoje mišljenje etabliraju i na racionalnim dokazima, kao što je korištenje javnih kupatila, što bi na osnovu analogije bilo zabranjeno, ali je na osnovu el-istihsana dozvoljeno bez određivanja količine vode koja će se koristiti, kao i vremena koliko će se ostati.

Protagonisti druge tendencije, tj. oni koji kritikuju i osporavaju autoritativnost instituta el-istihsana, uglavnom su pravni teoretičari šafijske pravne škole na čelu sa imamom Šafijom. Imam Šafija je kritikovao el-istihsan u svojim poznatim djelima *Kitabu 'l-Um* i *Kitabu 'l-Risale*. Imamu Šafiji se pripisuje da je rekao:

مَنَاسِتِحْسِنٌ فَقَدْ شَرَعٌ

¹⁵ Ez-Zumer, 18

¹⁶ Ez-Zumer, 55

¹⁷ Es-Sehavi, *El-Mekasidu el-Hasene*, str. 367

„Ko kaže po el-istihsanu već je propisao“, što bi značilo da je el-istihsan subjektivno mišljenje pravnika u pogledu tumačenja šerijatskih propisa utvrđenih Kur'anom i Sunnetom. El-istihsan je lično mišljenje, diskrecija ili čak govor iz hora jednog pravnika, postupak koji nije u skladu s kur'anskim ajetom u kojem se kaže: „Zar čovjek misli da će sam sebi prepušten biti.“¹⁸

أَيْحَسِبُ الْإِنْسَانُ أَنْ يُتْرَكَ سُدًى

Na osnovu ovog možemo zaključiti da el-istihsan predstavlja odstupanje od Šerijata, tj. on je jedan oblik traženja užitka. Svi dobro znamo da je dužnost svakog pojedinca da slijedi ono što je objavljeno u Kur'anu i što je spomenuto u sunnetu Resulullaha s.a.v.s.

Imam Es-Serhasi, hanefijski pravnik, replicirajući imamu Šafiji i protagonistima druge tendencije, tj. onima koji osporavaju autoritativnost el-istihsana, kaže: „Izbjegavanje poteškoća glavni je i osnovni princip i intencija Šerijata, a to možemo naći u Kur'anu časnome gdje Svevišnji Allah dž.š. kaže: - *Allah želi da vam olakša, a ne da poteškoće imate.*“¹⁹

يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ

Kao i hadis Resulullaha s.a.v.s. u kojem se kaže: „Najbolji čovjek je onaj koji najviše koristi ljudima.“²⁰

خير الناس أنفعهم للناس

Pored spomenutog govora imama Es-Serhasija, imamu Šafiji su replicirali i riječima da el-istihsan ne znači potpuno i apsolutno ostavljanje pravne norme koja je ustanovljena na osnovu analogije već el-istihsan predstavlja djelimično odstupanje od spomenute norme. El-istihsan po njihovom mišljenju je dio *maslahe* - općeg interesa.

Kao dokaz navode i pismo koje je pravedni halifa Omer bin Hatab r.a. poslao Musi el-Eš'ariju u kojem se kaže: „Istraži slične slučajeve

¹⁸ El-Kijame, 35

¹⁹ El-Bekare, 185

²⁰ Taberani, *Mu'džem 'l-evsat*,

i kada utvrdiš, ustanoviš sličnosti koje mogu uticati na donošenje presude (norme), primijeni metodu kijasa. Koristeći rezultate kijasa odaberi presudu koja je bliža duhu i principima islama i osigurava da vaša savjest bude mirna i da pravda bude zadovoljena.“

Iz spomenutog pisma možemo zaključiti da Omer bin Hatab r.a. u prvom dijelu pisma podstiče na primjenu kijasa - analogije čim se ustanove sličnosti između dva slučaja. Međutim, u drugom dijelu pisma vidimo da kaže da u slučaju nemogućnosti donošenja presude na osnovu sličnosti treba pribjeći donošenju presude koja je u skladu sa osnovnim principima pravde i pravičnosti. Drugim riječima, ako rezultirajući kijas - analogija nije u skladu sa duhom Šerijata, tada treba ostaviti presudu na osnovu analogije, da bi se donijela presuda na osnovu posebnih dokaza, to jest pravde i pravičnosti, odnosno el-istihsana.

Vrste el-istihsana

Gledajući i promatrajući definicije el-istihsana, prateći činjenične primjere koje su koristili islamski učenjaci, te ekstrapolirajući ukupan broj pravnih normi koje su šerijatski pravници derivirali na osnovu el-istihsana, kao i na osnovu onoga što možemo naći u kapitalnim djelima šerijatske pravne metodologije - usuli fikha, možemo zaključiti da se el-istihsan dijeli na nekoliko vrsta:

1. Istihsan zasnovan na zakonodavnom tekstu (Kur'an, Sunnet), tj. ostavljanje norme koja je etablirana na analogiji zbog postajanja zakonodavnog teksta, svejedno da li je riječ o kur'anskom ajetu ili hadisu Resulullaha s.a.v.s.

Kao primjer za ovu vrstu el-istihsana islamski pravni teoretičari obično navode *bej'u selem* - preimeracioni ugovor. Riječ je o kupoprodajnom poslovnom poduhvatu gdje predmet ugovora nije prisutan u trenutku sklapanja ugovora. Ova vrsta kupoprodajnog poslovnog poduhvata verificirana je od strane svih mezheba i toleriše manju cijenu od one koja će biti na tržištu kada proizvod bude prispio. Šerijatsko pravo je

tolerisalo ovakvu transakciju, iako je u koliziji sa analogijom, jer je u njoj vidjelo da su zastupljena oba interesa - i kupca i prodavca. Korist za prodavca je u tome što će ranije doći do finansijskih sredstava neophodnih za proces proizvodnje i pokrivanje drugih troškova, dok će kupac na ovaj način ostvariti nižu cijenu od cijene koju bi platio na dan isporuke i zaštititi se od njenog mogućeg rasta. Spomenuta vrsta kupoprodajnog poslovnog poduhvata nije dozvoljena na osnovu kijasa - analogije i zato se u ovom slučaju pribjegava el-istihsanu koji je zasnovan na zakonodavnom tekstu, ovoga puta na hadisu Resulullaha s.a.v.s. koji je eksplicitan. Ibn Abbas r.a. prenosi hadis u kojem se kaže: „Kada je Vjerovjesnik s.a.v.s. došao u Medinu, davao se zajam za jednogodišnji, dvogodišnji ili trogodišnji rod, pa je on, sallallahu alejhi ve selem, rekao: - Ko pozajmljuje, neka pozajmi određenu mjeru i poznatu težinu do određenog roka.“²¹

عَنَا نَبِيًّا سَأَلَ الْقَدِمَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النَّاسُ يُسْئَلُونَ فَقَالَ اللَّهُمَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَا سَأَلَ قَلْبِي
سَأَلَ لَا فِيكَ لِمَعْلُومٍ وَلَا لِمَعْلُومٍ

2. Istihsan zasnovan na kosenzusu (*el-idžmau'*), tj. ostavljanje norme koja je etablišana na analogiji zbog postojanja konsenzusa islamskih učenjaka po nekom pitanju, iako je u koliziji sa prethodnim analognim rješenjem.

Kao primjer za ovu vrstu el-istihsana islamski pravni teoretičari obično navode *istisna'*, što u prijevodu znači: tražiti proizvodnju nečega. Prema nekim autorima, predstavlja jednu od varijanti modela *salam*, dok drugi ukazuju na nju kao na nezavisan i specifičan model finansiranja.

Šerijatski pravnici dozvolili su ovu vrstu kupoprodajnog poslovnog poduhvata na osnovu el-istihsana, tj. zbog njegove svakodnevne primjene među ljudima.²² Muhammed s.a.v.s. je rekao: „Moji

²¹ Muttefekun 'alejhi: Buhari, *Sahih*, 2/781, br. hadisa 2125, Muslim, *Sahih*, 3/1227, br. hadisa 1604

²² Kemal bin Humam, *Fethu 'l-Qadir*, 5/255

sljedbenici se neće saglasiti na nečemu što nije dobro.“²³

إِنَّمَا تَبَيَّلَاتُ جَمْعُ عَلَصَالَةٍ

Zatim hadis koji prenosi Ibn Mes'ud r.a. u kojem se kaže da je Resulullah s.a.v.s. rekao: „Ono što vide vjernici dobrim ono je i kod Allah dž.š. dobro.“²⁴

فَمَارًا بِالْمُسْلِمُوْنَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ

Primjeri istisna' kupoprodajnog poslovnog poduhvata:

- Prodaja i kupovina stanova i kuća koje su u izgradnji,
- Prodaja predmeta kao što su namještaj, odjeća i obuća,
- Prodaja prehrambenih artikala i slično.

3. Istihsan zasnovan na običaju (*'urfu*), tj. ostavljanje norme koja je etablirana na analogiji zbog postojanja običaja, iako je u koliziji sa prethodnim analognim rješenjem.

U poznatim autoritativnim djelima šerijatskog prava – fikha možemo naći da veliki broj islamskih pravnih teoretičara za ovu vrstu el-isthisana navode primjer vakufa. U islamskoj pravnoj terminologiji on znači, prvenstveno, „zaštiti stvar“, „spriječiti je da postane vlasništvo treće osobe“.²⁵ Vakuf se također može definirati kao darovana imovina zaštićena od prodaje, otuđivanja ili drugih oblika razvlašćivanja data u vjerske ili dobrotvorne svrhe putem korištenja njihovih plodova.²⁶

Na osnovu spomenutih definicija možemo zaključiti da predmet uvakufljenja mora biti nepokretna imovina kao što su zgrade, zemljišta ili kuće. Pokretna imovina kao što je roba podliježe uništenju i gubitku, te se ne može uvakufljivati. Međutim, hanefijski pravni teoretičari prave izuzetak i kažu da je vakuf pokretne imovine prihvaćen na osnovu el-isthisana zasnovanog na narodnim običajima. Oni dopuštaju vakuf pokretne robe kao što su knjige, alati na osnovu običaja.

²³ Ibn Madže, *Sunen*, 2/1303, br. hadisa 3950

²⁴ Ahmed bin Hanbel, *Musned*, 1/379, br. hadisa 3600

²⁵ Nerkez Smailović, *Leksikon islama*, Svjetlost, Sarajevo, 1990. god., str. 659

²⁶ Esad Hrvačić, *Vakuf - trajno dobro*, El-Kalem, Sarajevo, 2001. god., str. 9

4. Istihsan zasnovan na nuždi (*eddarura*), tj. ostavljanje norme koja je etablirana na analogiji zbog postajanja nužde koja to iziskuje, iako je u koliziji sa prethodnim analognim rješenjem.

Prvi primjer: Slučaj manje kvalificiranog kadije (sudije). Opće pravilo zahtijeva da kadija (sudija) mora biti mudžtehid. Islamski pravoznalci prave izuzetak na osnovu el-istihsana i dozvoljavaju da se nemudžtehidi mogu imenovati kadijama kada za ovu dužnost ne može biti pronađen mudžtehid.

Drugi primjer: Kvalifikacija svjedoka. Da bi svjedočenje određene osobe bilo prihvaćeno pred šerijatskim sudom, svjedok mora biti *adil* - pouzdana osoba. Ako nema pouzdana - adil svjedoka, tada na osnovu el-istihsana kadija može primiti svjedoke koji nisu potpuno pouzdani kako bi se zaštitila prava ljudi.

Treći primjer: Čišćenje bunara u koje je upala prljavština ili leševi životinja. Poštujući i recipirajući strogu analogiju značilo bi nekorištenje ovih bunara, što bi ljudima nanijelo velike poteškoće. Načelo nužnosti nalaže da se dozvoli upotreba ovih bunara. To se radi nakon poštovanja formalnih metoda čišćenja.

5. Istihsan zasnovan na općem interesu (*el-meslaha*), tj. ostavljanje norme koja je etablirana na analogiji zbog potrebe i općeg interesa, iako je u koliziji sa prethodnim analognim rješenjem.

Slučaj odgovornosti osobe kojoj je data određena stvar na čuvanje (*el-emin*). Opće je poznato da osoba kojoj je data određena stvar na čuvanje (*el-emin*) nije odgovorna za gubitak ili oštećenje takve imovine, osim ako je to zbog njegove lične krivice i nemara. Međutim, učenici imama Ebu Hanife, Ebu Jusuf i Muhamed, mišljenja su da na osnovu el-istihsana osoba kojoj je data određena stvar na čuvanje (*el-emin*) snosi odgovornost za štetu ili gubitak imovine, osim ako gubitak nije uzrokovan prirodnom nepogodom poput požara i poplave koja je potpuno izvan njegove kontrole.

6. Istihsan zasnovan na skrivenoj analogiji (*kijas hafi*), tj. ostavljanje norme koja je etablirana na analogiji zbog postajanja skrivene analogije

(*kijas hafi*), iako je u koliziji sa prethodnim analognim rješenjem. Opće je poznato da se *kijas* - analogija dijeli na: *kijas dželli* (očigledna analogija) i *kijas hafi* (skrivena analogija). Istihsan je ostavljanje *kijasa dželli* (očigledne analogije) zbog *kijas hafi* (skrivene analogije). *Kijas hafi* (skrivena analogija) se u ovom slučaju preferira zbog učinkovitosti u otklanjanju poteškoća od *kijas dželli* (očigledne analogije) zato što se do njega dolazi dubljim promišljanjem i analizom, a ne površnim promatranjem sličnih i ekvivalentnih slučajeva.

Kao primjer ove vrste el-istihšana islamski pravni teoretičari navode uvakufljenje ziratnog zemljišta. Pitanje koje se postavlja jeste da li uvakufljenje obradivog ziratnog zemljišta sadrži i sva prateća prava (pravo navodnjavanja, puta, protočnih kanala za navodnjavanje itd.), prava koja su vezana za uvakufljeno dobro? Ako uzmemo u obzir *kijas dželli* (očigledna analogija) spomenuta prava neće biti sadržana u ugovoru o uvakufljenju sve dok se ne budu specijalno naglasili u aneksu ugovora analogno kupoprodajnom ugovoru. Analogija između kupoprodaje i uvakufljenja je da oba uključuju prijenos vlasništva. Očigledna analogija (*kijas dželli*) podrazumijeva da se prateća prava mogu uključiti u vakuf samo ako su izričito identificirana.

Primjena očigledne analogije (*kijas dželli*) dovelo bi do toga da se ne može ostvariti osnovna i primarna intencija vakufa, jer vakuf obradive zemlje, bez njegovih pratećih prava, ugrozio bi osnovnu svrhu vakufa, a to je olakšati upotrebu uvakufljene imovine u dobrotvorne svrhe.

Da bi se izbjegle poteškoće pribjegava se *kijas hafi* (skrivenoj analogiji), povlači se paralela sa ugovorom o zakupu (*ijarah*), jer oba ugovora uključuju prijenos plodouživanja (beneficije). Budući da je plodouživanje osnovna svrha *idžare*, ugovor o idžari vrijedi po ovlaštenju hadisa, čak i bez jasne reference na plodouživanje.

Analogijom *idžare*, vakuf se može valjano zaključiti čak i ako ne precizira detaljno vezana prava na imovinu.

ZAKLJUČAK

Šerijatski pravni sistem nikada nije bio i neće biti rigidan i krut, već naprotiv, s pravom možemo tvrditi da je jedan od najfleksibilnijih pravnih sistema od svog postojanja, pa sve do današnjeg dana i da će takav ostati do Sudnjega dana. Institut el-istihsana omogućava pravnim teoretičarima da šerijatske propise tumače u skladu sa duhom i stvarnom namjerom Šerijata, a izbjegavaju krutost i poteškoće u granicama propisanim Kur'anom i sunnetom Resulullaha s.a.v.s. Šerijatski propisi su etablirani na neupitnim, kategoričko apodiktičkim dokazima, imaju primarnu ulogu da osiguraju među ljudima pravdu, pravičnost i toleranciju, te poštovanje i uvažavanje javnih dobara i općih interesa. El-istihsan se na ovom polju pokazao mnogo učinkovitiji od kijasa (analogije), jer su u njegovom slučaju pravila ustanovljavanja efektivnog uzorka mnogo suptilnija nego kada je u pitanju kijas i posljedično daje veću vjerovatnoću.

Da zaključimo. Mogli bi reći da je poštivanje javnog, općeg interesa temelj šerijatskog prava. Hanefije ga nazivaju el-istihsan. Imam Ebu Hanifa je bio mišljenja da bi strogo i slijepo pridržavanje kijasa (analogije) lišilo šerijatsko pravo elastičnosti, fleksibilnosti i prilagodljivosti koja ga čini valjanim za svako vrijeme i mjesto.