

Сајед А. МАЏИД

ВАКУФ КАО ПОРОДИЧНО ЗАВЕШТАЊЕ
МЕЂУ МУХАМЕДАНЦИМА*

превод и увод: Милана ШАРАЦ**

Абдул Маџид, такође познат по надимку Капетан Мија (Miah), рођен је 1872. године у урбаном делу Силхета, у Бенгалу. Потомак је племићке породице Сајед из Силхета. Своје основно и средње образовање је стекао у Силхету, док је академске студије завршио у Калкути. Отац му је био потомак Мустафе Шаха, чувеног муслиманског проповедника из 14. века. Сам Маџид је одрастао у традиционалној и религиозној породици, што се одсликавало у његовом начину облачења као и у томе што током живота није бријао браду. Поред бенгалског, течно је говорио енглески и помало арапски. Постигао је велике успехе у области пољопривреде и узгоју чаја; поседовао је велики број плантажа чаја на територији Силхета. Поред плантажа, поседовао је и фабрику која се бавила прерадом и продајом чаја, отворену фебруара 1911. Такође, био је и први староседелац у Асаму који је поседовао пресу за уље. Неколико година након дипломирања, пре него што је почео да се бави политиком и пољопривредом, постао је члан адвокатске коморе Силхета. Придружио се покрету Анђуман-е-Ислам, где је постављен прво на место секретара 1902, а затим после неког времена и на место председника. Године 1906. је проглашен за

* Изворно објављено као А. Majid, „Wakf as Family Settlement among the Mohammedans”, *Journal of the Society of Comparative Legislation* 9(1)/1908, 122–141.

** Студенткиња прве године Правног факултета Универзитета у Београду, *milana.saracc714@gmail.com*

заменика председника општине Силхета, а затим 1909. за председника општине. Још један значајан биографски податак јесте да је био први министар Асама који је уједно и муслиман. Оснивач је и државне Алиа медресе у Силхету. Године 1916. је унапредио статус Мурари Чанд колеџа, и поставио 1921. камен темељац за нову зграду ове установе у Такери Хилсу. Овај истакнути правник и политичар добитник је многих награда и признања, од којих му је две доделио краљ Џорџ V. Абдул Маџид је током живота био вођен духом иновације и промена, посветио је доста времена унапређењу свог образовања, а исто тако је настојао да и другим људима пружи могућност да се образују. Преминуо је у 50. години живота, 1922. године у Шилонгу, а његов унук је написао биографију о његовом животу под називом „Заборављени капетан”.

Сматрам да се величина и значај овог рада огледају у његовом доприносу како научном, тако и културном развоју. Од нарочитог је значаја чињеница да је управо овај рад био први који је заправо представљен пред Друштвом у Британији, а да је његов аутор индијски староседелац. Овим радом А. Маџид је из прве руке представио и приближио западном свету институцију вакуфа у мухамеданском праву. Премда је Индија била Британска колонија читавих 200 година, њихове културе и идеје су се значајно разликовале. Зато када је дошао један човек који је био муслиман, да прича о муслиманској тековини, учињен је велики корак ка бољем разумевању како вакуфа тако и муслиманске традиције. Господин Маџид је пружио детаљан елаборат о институцији вакуфа. Бавио се свим најважнијим питањима и детаљно их је разложио. На почетку пружа значење саме речи и симболику која се крије иза ње. Затим, наставља са питањем ко има право да установи вакуф и у којим ситуацијама вакуф може да се сматра важећим, а у којима не може. Веома пажљиво објашњава зашто и колико је важно да крајњу добробит од вакуфа имају сиромашни. Даље, аутор се бави и питањем од колике је важности непрекидност за стварање вакуфа, пишући о мноштву извора који се тичу порекла вакуфа, да би на крају рад закључио са објашњењем зашто би увођење начела енглеског права у мухамеданско право резултовало неповољним исходом.

WAKF AS FAMILY SETTLEMENT
AMONG THE MOHAMMEDANS.¹
[Contributed by SYED A. MAJID, LL.D.,
of Gray's Inn, Barrister-at-Law.]

Sir Raymond West, in introducing the lecturer, said: "This I believe is the first occasion on which a paper has been placed before our Society by a native of our great dependency in the East. This makes it a most interesting occasion to me and to others who are interested in India and in Indian progress. But an equal interest must be felt by those who desire the furtherance of juristic studies by English-speaking people along practical as well as scientific lines. We cannot but derive advantage from the discussion of jural questions such as arise from time to time in actual experience by those who are themselves subject to the actual laws which our Courts and judges have to learn, conscientiously of course, but as it were at second hand. When, therefore, a gentleman so qualified as Mr. Majid comes forward to give us his views and the views of his co-religionists on the subject of wakf or endowments—a subject which so deeply affects the feelings and interests of the Moslem community—we must accord him a hearty welcome. I see here, besides, several gentlemen who I trust will by their observations afford us still further enlightenment on what is certainly a rather controversial subject. It is one on which English and Oriental ideas are a good deal at variance, and which requires consideration from many various points of view.

„I hope as time goes on that Mr. Majid will be succeeded by other lecturers from all the chief dependencies of the British Crown. London ought to be, as Rome was in its day, the greatest centre in the world of jurisprudential learning. No other empire than the British can know so many different systems of law; in none perhaps have they so free a development. The jural principles evolved at Rome from the clash and conflict of different systems have remained to our own times the greatest and most abiding monument of the Roman genius. History in time to come may have a similar tale to tell of an expanded, all-embracing British jurisprudence, and

1 An address delivered at a meeting of the Society held in Gray's Inn Hall in February last.

ВАКУФ КАО ПОРОДИЧНО ЗАВЕШТАЊЕ МЕЂУ МУХАМЕДАНЦИМА¹

[Приложио др Сајед А. Маџид,
адвокат, члан удружења *Gray's Inn*]

СЕР РЕЈМОНД ВЕСТ је рекао током представљања предавача: „Верујем да је ово прва прилика у којој један староседелац из наше велике колоније на Истоку представља научни рад пред нашим Друштвом. Стога је ова прилика изузетно занимљива за мене и за све друге који су заинтересовани како за Индију, тако и за развитак Индије. Верујем да подједнаку заинтересованост осећају и они који желе да људи са енглеског говорног подручја унапреде правне науке у складу са практичним, као и научним сферама. Ми нужно имамо користи од дискусија о правним питањима која се повремено појављују у стварном искуству оних на које се односе закони које наше судије и судови морају да науче, наравно савесно, али, по природи ствари, из друге руке. Дакле, када дође један господин, квалификован колико је г. Маџид, да нам приближи своје ставове и ставове своје сабраће по вери на тему вакуфа односно задужбине – теми која тако дубоко утиче на осећања и интересе муслиманске заједнице – морамо да му пружимо срдчану добродошлицу. Осим тога, овде примећујем неколицину госпoде, за које сам сигуран да ће својим запажањима додатно осветлити ову несумњиво контроверзну тему. То је тема у погледу које се енглеске и оријенталне идеје доста разликују и која захтева разматрање са много различитих тачака гледишта.

„Надам се да ће, како време буде одмицало, господина Маџида следити други предавачи из свих водећих колонија британске круне. Лондон би требало да је, као Рим у своје време, највећи центар правног учења на свету. Ниједна друга империја осим британске не познаје толико различитих правних система; ни у једној се можда нису толико слободно развијали. Правни принципи који су се развили у Риму из

1 Обраћање на састанку Друштва одржаном у свечаној сали удружења прошлог фебруара.

* Краљевско друштво које се бавило промоцијом и унапређивањем науке и образовања (прим. прев.)

to this I hope to-day's proceedings of our Society may make a material perhaps memorable-contribution."

Mr. Majid then proceeded to deliver his address as follows: –

Wakf as Family Settlement. – The word „wakf“ means, literally, detention or tying up. It is synonymous with the term „habs, which signifies detention or imprisonment. The Prophet is reported to have said,²“ The wakf in its exact signification is equivalent to al-habs, that is, detention, as the people say, „The beast stopped (*wakafat*) and I stopped (*wakaftoha*) her.“ Some Arabic scholars have translated it as imbolisation, appropriation or settlement.

In its legal aspect wakf has been regarded in two different ways. Abu Hanifa defines it as detention of ain, *ie. corpus*, in the property of the wakif, *e.g.* dedicator or settlor, and the giving away of the use or the usufruct for the benefit of the poor or for some good object like things given by way of commodatum or loan.³ On the other hand,⁴ the two disciples, Abu Yusuf and Mohammed, hold that it is the detention of ain, *ie. corpus*, in the employed property as that of God, the Almighty, in such a manner that the use or usufruct reverts to human beings, and that ownership is absolute and can neither be *sold* nor *given* nor *inherited*. This latter view is more approved than the former.⁵

There are two arguments which the two disciples advance. First, „When Omar was desirous of bestowing in charity the lands of Simag, the Prophet said to him, 'You must bestow the Actual Land Itself in order that it may not remain liable to be either *Sold* or *Bestowed* and that Inheritance may not hold in it.“ Secondly there is a necessity for the appropriation being absolute in order that the merit of it may result for ever to the appropriator; and this necessity is to be answered only by the appropriator relinquishing his right in what he appropriates, and dedicating it solely to God.⁶

2 Heday (original Arabic): „Al wakfo logatun howal habso yakoolo wakafat addabto wa awkatoha.“

3 Kafi (Arabic): „Habsul ain ala milkil wakife wattasuddug bil maufa-ate alal fokarae aw ala wajbin min wojoohil khair ba manzelatil awari.“

4 Heday (Arabic): „Inda hooma habsul ain ala bookme milkillah ta-a'la ala wajhin taoodo manfaatun elal abade falyalzam wa la ubao wa la yuhabo wa la uraso.“

5 *Yoyoan* and *sotimato* (Arabic both). Abu Yusuf was really very advanced in his legal conceptions. Germs of equity are frequently met with in his views. Perhaps the same reason which brought into existence the Roman equity acted upon his thoughts with like results. Therefore his views are generally approved.

6 Heday (Hamilton), p. 232.

сукоба и конфликта различитих система остали су до дана данашњег највећи и најсталнији споменик римске генијалности. Можда ће у времену које долази историја моћи да исприча сличну причу о широком и свеобухватном праву Британије, и надам се да би данашња саопштења нашег Друштва могла дати важан, можда чак и знаменит допринос.

Господин Маџид је затим приступио да излаже следеће: –

Вакуф као породично завештање. – Реч „вакуф” дословно значи задржавање или везивање. То је синоним за термин „хабс”, који означава задржавање или затвор. Сматра се да је Пророк рекао,² „вакуф је у свом тачном значењу једнак ал-хабсу, односно, задржавању, као што људи кажу: ’Звер се зауставила (*wakafat*) и ја сам је зауставио (*wakaftoha*).” Поједини арапски научници су овај термин преводили као имобилизацију, присвајање или завештање.

У свом правном аспекту вакуф се посматра на два различита начина: Абу Ханифа га дефинише као задржавање аина, одн. *corpisa*, у имовини вакифа, нпр. онога који посвећује или оставитеља, и давање на коришћење или плодуживање за добробит сиромашних или за неку добру сврху попут ствари датих на послугу или позајмицу.³ Са друге стране,⁴ два следбеника, Абу Јусуф и Мухамед, сматрају да је то задржавање аина, т.ј. корпуса, као имовине коју користи Бог, Свевишњи, на такав начин да се коришћење или плодуживање враћа људским бићима, а да је власништво апсолутно, и не може се *йродайи*, *йоклонийи* ни *наследийи*. Овај потоњи поглед је заступљенији од претходног.⁵

Постоје два аргумента којима се ова два следбеника воде. Прво, „Када је Омар желео да у добротворне сврхе подари земљу Симага, Пророк му је рекао: ‘Мораш поклонити Земљу Саму По Себи тако да се не може ни продати ни поклонити, да у њој не може бити наследства.’” Друго, нужно је да установљење буде апсолутно, тако да заслуга за то буде трајна за оснивача; и та нужност се може остварити само оснивачевим одрицањем свог права на оно што установљава и посвећивањем тога једино Богу.⁶

2 *Хегџа* (оригинални арапски): „*Al wakfo logatun howal habso yakoolo wakafat addabto wa awkatoha.*”

3 *Кафи* (арапски): „*Habsul ain ala milkil wakife wattasuddug bil maufa-ate alal fokarae aw ala wajhin min wojoohil khair ba manzelatil awari.*”

4 *Хегџа* (арапски): „*Inda hooma habsul ain ala hookme milkillah ta-a’la ala wajhin taoodo manfaatun elal abade falyalzam wa la ubao wa la yuhabo wa la uraso.*”

5 *Юуоон* и *јотимато* (оба арапски). Абу Јусуф је заиста био веома напредан у својим правним схватањима. У његовим ставовима се често срећу клице правичности. Можда је исто резонување које је довело до појаве римске правичности деловало на његове мисли са сличним резултатима. Стога су његови ставови углавном прихваћени.

6 *Хегџа* (Хамилтон), стр. 232.

To constitute a valid wakf no prescribed formula or word is necessary if it is clear from the general nature of the transaction that a dedication was intended. Thus it is laid down in the Fatawa Alamgiri⁷ and has received recognition of the Privy Council⁸ that “according to the Mohammedan law it is not necessary in order to constitute a wakf endowment to religious and charitable uses that the term “wakf” be used in the grant if from the general nature of the grant such tenure can be inferred.

Who can create a Wakf? – As a general rule any person who is capable of making a valid gift is entitled to create a settlement. He must be free as distinguished from a slave; and must be gifted with intelligence enough to understand the effect of his own action and the nature of the transaction. To guarantee the observance of the latter condition some care has been shown by the Moslem jurists by the addition of another specific condition. At the time of making the wakf the settlor must not be suffering from mortal disease,⁹ that is to say, of which he dies subsequently to the creation of the wakf. Persons who are so suffering might be influenced by some people, or might have their intellect wholly or partly impaired, or might consent to it without properly realising the nature of the settlement. A settlement, therefore, made at such a period of one’s life is wholly void unless assented to by all the heirs, if in favour of an heir, and is limited to one-third of the property subjected to the settlement, if made for the benefit of any pious or charitable purpose.¹⁰ The settlor must have the power of disposition over the property and must not be a minor, as being legally incapable of transacting any business not materially beneficial to himself.

In this respect the jurists of all the schools are in entire agreement. „And of the wakif,” says the Shiah Sharia, „it is required that he be of full age, of sound understanding and unrestricted in the use or disposition of his property.“ Following Badaia, the Fatawa Alamgiri lays down „among the conditions of wakf understanding and puberty on the part of the appropriator, as an appropriation by a boy or an insane person is not valid.“

For the purposes of wakf „an insane person“ is strictly interpreted. It corresponds to the *furi osus* of the Roman law or *non compo mentis* of the English law. Thus a person only of weak intellect is not wholly dis

7 See Fatawa Alamgiri.

8 *Jewan Das Sahoo v. Kariberuddin*, 3 Mac. Div. A.

9 Fulton, p. 345. Fatawa Alamgiri.

10 Fatawa Alamgiri, ii. p. 526.

Како би се конституисао валидан вакуф нису потребне никакве прописане формуле или речи ако је јасно из опште природе трансакције да је намеравано посвећивање. Тако је прописано у Фетви Аламгири⁷ и добило је признање Тајног савета⁸, „да према мухамеданском закону да би се створила вакуф задужбина за религиозне и добротворне сврхе није неопходно да се израз ‘вакуф’ користи при даривању, ако се из опште природе дара може закључити да је реч о таквом праву.”

Ко може да установи вакуф? – Као опште правило, свака особа која може да даје валидан поклон има право да створи завештање. Он мора да буде слободан, за разлику од роба; и мора бити довољно надарен интелигенцијом да би разумео последице сопственог деловања и природу трансакције. Како би се осигурало поштовање последњег услова, муслимански правници су показали одређени степен пажње додавањем још једног специфичног услова. У време када се прави вакуф, завешталац не сме да буде смртно болестан⁹ односно, да болује од болести која може да га усмрти одмах после стварања вакуфа. Може се десити да особе које тако болују буду под утицајем других људи, или им интелект може бити сасвим или делимично нарушен, или могу пристати на то, а да немају ваљано разумевање природе завештања. Завештање, дакле, склопљено у таквом периоду нечијег живота је у потпуности ништавно, осим ако на то не пристану сви наследници, ако је у корист неког од наследника, и ограничено је на једну трећину имовине која је предмет завештања, ако је склопљено зарад било које побожне или добротворне сврхе.¹⁰ Завешталац мора имати моћ располагања над имовином и не сме бити малолетан, пошто је као такав правно неспособан да обавља било какав посао који није материјално користан за њега.

У том погледу правници свих школа се у потпуности слажу. „А од вакифа”, каже шитски шеријат, „захтева се да буде пунолетан, здравог разума и да неспутано користи и располаже својом имовином.” Након Бадаије, Фетва Аламгири установљава „међу условима вакуфа разумевање и пубертет од стране присвајача, пошто присвајање од стране дечака или неурачунљивог лица није валидно.”

За потребе вакуфа „неурачунљиво лице” се прецизно тумачи. Одговара појму *furiosus* у римском праву или *non compos mentis* енглеског права. Дакле, особа која је само нижег интелекта није у потпу-

7 Видети Фетву Аламгири

8 Цеван Дас Саху *и рошив Кариберудина*, 3 Мас. Div. А.

9 Фултон, стр. 345. Фетва Аламгири.

10 Фетва Аламгири, ii. стр. 526.

qualified. The great authority of the Rud-ul-Mukhtar sets this question at rest: „If a person who is imbecile makes a wakf upon himself and after him upon some other purpose which does not fail, it is valid according to Abu Yusuf, but the latter will take effect only upon its being sanctioned by the judge.“

A wakf by an insolvent person to defeat or delay his creditors is void.¹¹ This is clearly mentioned in the Fatawa Alamgiri on the authority of the Nahr-ul-Faiq. But this rule will be enforced only so far as there is no other property to discharge the debts to the extent of 20s. in the pound. The remainder will remain subject to the dedication. Following Bahr-i-Raiq, Rud-ul-Mukhtar lays down that this rule is applicable to the debts incurred prior to the settlement and that a dedicated property is free from any liability with respect to the debts incurred subsequent to the creation of the Wakf. *Prima facie* it may appear to clash with the two statutes passed in the reign of Queen Elizabeth, *i.e.* 13 Eliz. c. 5¹² and 27 Eliz. c. 4, the principles of which have been held to apply to India, but we must bear in mind that all the wakfs are trusts for consideration and not voluntary, *i.e.* without consideration, and the party in whose favour they are made, that is, God, is not privy to fraud if there is any on the part of the settlor. The transaction being between the settlor and God, it was natural that the Moslem law-giver and subsequent jurists took rather a wide view of consideration. A return in the next world, as mentioned by the Prophet, was held to be a good and valuable consideration by the Prophet, his successors and the jurists. Of this we shall see more in subsequent pages while discussing whether the meaning of wakf has been misunderstood in a way that really accounts for decisions contrary to the Mohammedan law, and that the word “wakf” properly meant “tyin up,” whether in the form of strict family settlement or in the form of religious dedications solely, or in the form partaking of both.

The power to create a wakf was not confined to the Moslems. Zimmis or non-Moslem fellow-subjects, indeed even enemies (*hostes*) within the territory by a special permission, were allowed to create wakfs with the same stipulations as Moslems. Indeed, this power was of such an extensive nature that one hears of the free choice of the non-Moslem settlor in the objects of wakf unrestricted by any law applicable to Moslems. Thus it is laid down in the Fatawa Alamgiri upon the authority of Fetah-ul-qadeer that „verily Islam is not a condition for creation of a valid wakf, so that if a Zimmi or non-Moslem fellow-subject were to

11 Fatawa Alamgiri (cf. bankruptcy laws in England).

12 *Abdul Hye v. Mir Mozaffar Hossana*, I.L.R. 10 Cal. 616.

ности неподесна. Велики ауторитет (за ову област) Руд-ул-Мукхтар одговара на ово питање: „Ако особа која је имбецилна учини вакуф у своје име и после њега за неку другу сврху која не пропада, то је валидно према Абу Јусуфу, али потоњи ће ступити на снагу само након што га судија одобри.”

Вакуф који учини инсолвентна особа како би изиграла своје повериоце или их навела на одлагање је ништаван.¹¹ Ово се јасно помиње у Фетви Аламгири по ауторитету Нахр-ул-Фаика. Али ово правило се примењује само уколико не постоји друга имовина којом би се отплатили дугови у вредности до 20 шилинга у валути фунте. Оно што преостане, биће предмет посвећивања. Следећи Бахр-и-Раика, Руд-ул-Мукхатар наводи да је ово правило примењиво на дугове настале пре завештања те да је посвећена имовина ослобођена сваке обавезе у погледу дугова насталих након стварања вакуфа.

Prima facie може се чинити као да се коси са две одредбе које су настале током владавине краљице Елизабете, тј. 13 Елиз. ц. 5¹² и 27 Елиз. ц.4, за чије се принципе сматрало да су примењиви на Индију, али треба да имамо на уму да су сви вакуфи повереништва (трастови) за накнаду, а не добровољни, без накнаде, и онај у чију корист су направљени, тј. Бог, није саучесник у превари ако она постоји код завештаоца. Управо због тога што се трансакција одвија између завештаоца и Бога, природно је било да су и муслимански законодавац и правници који су га следили имали изузетно широко схватање накнаде. Пророк, његови наследници и правници сматрали су да је „залог за следећи свет”, као што каже Пророк, драгоцен и вредна накнада. О томе ћемо имати прилике више да видимо на страницама које следе док дискутујемо да ли је значење вакуфа погрешно схваћено на начин који објашњава како је могло доћи до одлука које су супротне мухамеданском праву и да је реч „вакуф” заправо значила „везивање”, било у облику строгог породичног завештања, или искључиво у облику верског повереништва, или у облику који обухвата и једно и друго.

Способност стварања вакуфа није била ограничена само на муслимане. Зимјији или немуслимански поданици, па чак и непријатељи (*hostes*) унутар територије су, уз посебну дозволу, имали право да стварају вакуфе на исти начин као и муслимани. Заиста, ово право је било толико широке природе да се зна за случајеве у којима је немуслимански завешталац својевољно бирао да створи вакуф над нечим, иако неусловљен било којим законом који се примењује на муслимане.

11 Фетва Аламгири (уп. законе о банкроту у Енглеској)

12 *Абдул Хије йројив Мир Мозафар Хосана*, I.L.R. 10 Cal. 616

create a wakf in favour of his son and descendants with an ultimate benefaction to the poor, it will be valid. It will also be lawful if he were to give it to the poor both Moslem and non-Moslem or if he were to specify the non-Moslem poor.¹³ The observance of the conditions stated by the settlor was carried to its farthest extent. Such settlors could lay down that any of their descendants who should embrace the Moslem faith should be excluded. Although apostasy rendered a validly created wakf void, an apostate was perfectly at liberty to avail himself of the institution after his renunciation of the Moslem faith.¹⁴ On the other hand, a wakf by a woman who reverted from Islam remained intact in spite of her apostasy.

These considerations lend colour to the theory to be discussed presently, that the institution of wakf formed a part of the customary law of Arabia prior to the time of Mohammed. Whether this was taken from the Roman law, in which perpetuity had reached a recognised place, is a matter of considerable doubt. Jurists hold that Mohammedan law was greatly influenced by the Roman law through the intercourse between the Arab merchants and the various law institutions existing on the coast surrounding the Roman lake, the present Mediterranean Sea. The analogy in many institutions is so startling that it makes a critical student ask himself whether it was really so in the light of the incontestable existence of a celebrated law school at Berytus, that is, Beyrout, down to the time of Justinian. Had it not been for considerations which militate against this theory I would have readily accepted it, and in face of those considerations one can but hesitatingly affirm that the Arabian law, in spite of its various similarities to the Roman law, was of independent growth and was no more influenced by the Roman law than the English common law shorn of all equitable doctrines.

The subject-matter of wakf must be certain. Any uncertainty which exists in respect of the thing or things meant, and which cannot be cleared up by attending circumstances, will have the effect of rendering the wakf void. Nor can a wakf be maintained if its creation or operation be subject to any contingency. The dedication must be free from any such conditions as would put the creation of wakf upon the uncertain happening of an event. It is dedication, and therefore must be unconditional as a gift.

The authorities are in entire agreement as to the creation of wakf of immovables, but there is some conflict of opinions among jurists as to the creation of wakf of movables, though the majority seem to be in fa-

13 Fatawa Alamgiri; cf. Christian Converts Act (India).

14 Bahr, Rad-ul-Mukhtar, vol. iii, p. 557.

Тако је у Фетви Аламгири по ауторитету Фетах-ул-кадира изнесено да „Ислам доиста није услов за стварање важећег вакуфа, тако да ако би зимија или немуслимански поданик хтео да створи вакуф у корист свог сина и потомака са крајњом добробити за сиромашне, тај вакуф ће бити валидан. Такође ће бити законит ако би га дао сиромашним муслиманима и немуслиманима, или ако би изричито навео да је за немуслиманску сиротињу.”¹³ Услови које је поставио завешталац би се испоштовали што је могуће више. Такви завештаоци су могли да поставе услов да они њихови наследници који прихвате муслиманску веру треба да буду искључени. Иако би чин напуштања вере учинио ваљано створени вакуф ништавним, онај који је напустио веру био је потпуно слободан да искористи ту институцију након што се одрекне исламске вере.¹⁴ Са друге стране, вакуф од жене која се одрекла ислама остаје нетакнут упркос њеном отпадништву.

Ове накнаде чине могућом теорију о којој ће се управо полемирати, да је институција вакуфа чинила део обичајног права Арабије пре времена Мухамеда. Да ли је то преузето из римског права, у коме је непрекидност достигла признато место, предмет је извесне сумње. Правници сматрају да је римско право на мухамеданско вршило велики утицај посредством односа између арапских трговаца и различитих правних институција које су постојале на обали која окружује римско језеро, данашње Средоземно море.

Аналогија је у многим институцијама толико запањујућа да неко ко критички проучава ово питање мора да се запита да ли је заиста било тако у светлу чињенице да је још у Јустинијаново време несумњиво постојала прослављена правна школа у Беритусу, тј. Бејруту. Да није било разматрања која су се противила овој теорији, ја бих је спремно прихватио; суочени са тим разматрањима можемо, са оклевањем, потврдити да се арапско право, и поред бројних сличности са римским правом, развијало независно и није било под утицајем римског обичајног права ништа више од енглеског *common law* лишеног свих правичних доктрина.

Предмет вакуфа мора да буде одређен. Било каква нејасноћа која постоји у вези са предметом или предметима на које се односи вакуф, а не може бити разјашњена пратећим околностима, учиниће вакуф неважећим. Вакуф се не може одржати ни ако његово стварање или одржавање зависи од било каквих околности. Посвећење мора бити ослобођено од свих таквих околности који би условили стварање вакуфа некаквим непредвидивим догађајем. То је посвећење и сходно томе мора бити безуслован дар.

13 Фетва Аламгири; упоредити Акт о хришћанским преобраћеницима (Индија).

14 *Bahr, Rad-ul-Mukhtar* том. iii. стр. 557

vour of the view in the affirmative. I cannot do better than give a translation of the passage of a most authentic book, the Rad-ul-Mukhtar, as the authorities for and against are mentioned therein with great lucidity. „There is no divergence of view,“ says the Rad, “ regarding the validity of wakf of horses or implements of warfare, nor of those movables and chattels which are constituted wakf by implication, when included in a wakf of land, as for example cattle. This is according to ahadis-e-mashhura, *i.e.* notorious traditions. With reference to the lawfulness of a wakf of other kinds of movables the views are conflicting. According to Abu Yusuf the wakf of movables is invalid, whereas Mohammed holds that a wakf of all articles which form the subject of barter, trade, or business is lawful. And this view has been adopted by the majority of jurists, as is mentioned in the Hedaya; and in the Asaaf it is mentioned to be the correct doctrine. In the Mujtaba also it is mentioned after the Siyar that, according to Mohammed, the wakf of movables is absolutely valid. According to Abu Yusuf, the wakf of such movables as form the subject of business transactions is lawful. In the Kholasa the views of Ansari have been adopted; Ansari was a disciple of Zuffer; and in Kazi Khan it is mentioned that Zulfer agrees with him. Sharhbelaliah also mentions that Zuffor has held so. In the Manah it is stated from the author that in our times the wakf of dirhems and dinars (money) is customary in the countries of Rum (Turkey), etc., and such wakf would come within the meaning of Mohammed’s doctrine upon which rests the fatwa (general concordance of the jurists) that the wakf of all movables which form the subject of transactions between people is valid. Consequently, it is not necessary to depend alone on the dicta of Imam Zuffer reported by Ansari for the validity of a wakf of dirhems and dinars (money). „Verily, the Moulana, the Saheb-i-Bahr (the author of the Bahr) has given a fatwa that the wakf of dirhems and dinars (money) is lawful and has not stated any contrary doctrine. And the opinion which is given in the Manah is the view of Ramli. The wakf of a cow in order that its milk be distributed among travellers is lawful wherever it is customary. And Ansari was asked if the wakf of dirhems and such things as can be weighed and measured would be valid. He answered ‘Yes.’ On being questioned how that could be, his reply was, ‘By turning it to account, *i.e.* investing, in the way of shirkut-i-muzaribut’ [partnership in which one partner supplies capital and the other labour and skill]. And things which are capable of being weighed or measured will be sold and the proceeds invested in shirkut-i-muzaribut or commerce!

The above leaves little doubt that a wakf not only of immovables, but also of movables of reasonably permanent nature is valid.

Ауторитети се у потпуности слажу у погледу стварања вакуфа на непокретним стварима, али постоји одређени сукоб мишљења међу правницима о стварању вакуфа за покретну имовину, иако делује да већина на то гледа са одобравањем. Не могу ништа боље учинити него да преведем одломак из изузетно аутентичне књиге, Рад-ул-Мукхатра, у којој се ауторитети за и против помињу са великом проницљивошћу. „Не постоји разлика у мишљењу”, каже Рад, „у погледу валидности вакуфа на коње или оруђа за рат, нити оне покретне имовине или личне својине које конституишу вакуф имплицитно, када су укључени у вакуф над земљиштем, као на пример стока. Овако је према *ahadis-e-mashhura*, тј. општепознатим традицијама. У погледу законитости вакуфа за друге врсте покретне имовине, ставови су опречни. Према Абу Јусуфу, вакуф на покретној имовини је неважећи, док Мухамед сматра да је вакуф свих ствари које чине предмет размене, трговине или пословања важећи. И овај став је усвојила већина правника, као што се помиње у Хедаји; и у Асафу се помиње као исправна доктрина. У Муђтаби се такође после Сијара помиње да је, према Мухамеду, вакуф покретне имовине апсолутно важећи. Према Абу Јусуфу, вакуф покретне имовине која је предмет пословних трансакција је законит. У Коласи су усвојени ставови Ансарија; Ансари је био Зуферов ученик; а у Кази Кану се помиње да се Зуфер слаже са њим. Шарбелалиа такође помиње да је Зуфер тако сматрао. У Манаху аутор је навео да је у наше време вакуф дирхема и динара (новца) уобичајен у земљама Рума (Турска) итд., и да би он као такав био у оквиру смисла Мухамедове доктрине на којој почива фатва (општа сагласност правника) да је вакуф за све покретне ствари које представљају предмет трансакција међу људима валидан. Сходно томе, није потребно да се зависи искључиво од изјава имама Зуфера о којима извештава Ансари о валидности вакуфа дирхема и динара (новца). „Заиста, Моулана, Сахеб-и-Бахр (аутор Бахра) је дао фатву да је вакуф дирхема и динара (новца) законит и није навео ниједну супротну доктрину. Мишљење које је представљено у Манаху је став Рамлија... Вакуф над кравом са циљем да се њено млеко подели међу путницима је законит где год да је то обичај. Ансари је упитан да ли ће вакуф дирхема и сличних ствари које се могу мерити и измерити бити важећи. Он је одговорио ‘Да’. На питање како је то могуће, његов одговор је био: ‘Претварањем у рачун, односно улагањем као што то чини *shirkut-i-muzaribut*’ [партнерство у којем један партнер обезбеђује капитал, а други рад и вештину]. И ствари које се могу мерити или измерити биће продате, а приход уложен у *shirkut-i-muzaribut* или трговину!”

Горе наведено оставља мало сумње да је вакуф важећи не само за непокретности, већ и за покретну имовину разумно трајне природе.

Perpetuity – The next point I intend examining is whether perpetuity is the necessary condition of a valid wakf. „Eternity without end [perpetuity],“ says the Fatawa Alamgiri, „is a condition [of wakf] according to the opinion of all [the jurists], but the express mention of this is not a condition [for a valid creation of a wakf] according to Abu Yusuf, and this is correct. This is on the authority of the Kafi.“

The authority of the Rad-al-Mukhtar also goes in the same direction. Concerning wakf, it says that it must be intended to be eternal (perpetual), but eternity (perpetuity) need not be mentioned. Wakf implies eternity (perpetuity), consequently if the wakif were to declare that a particular property of his was wakf for his children and say nothing further, it is valid, and after the children the income will be applied for the benefit of the poor, who never fail.

The Moslem jurists classify wakf into two divisions: first, public, for *masalih-i-amma*, that is to say, public works of charity or utility; secondly, private, for any other object besides the first. The latter may be subdivided into two classes, *i.e.* wakf which partakes of both a public and a private character, partly devoted to public works and partly devoted to works of a private nature, and wakf exclusively devoted to objects of a private nature.

All these three kinds of wakf are amply supported by authentic books on Mohammedan law, and in practice by history and the writings of jurists all over the Mohammedan world. Little doubt is entertained by those who have tried to investigate the law¹⁵ that wakfs of all three kinds are perfectly valid, existed, and were acted upon by the Prophet himself, his immediate successors, associates, and Moslems of various Moslem countries at different periods of time.

As to the beneficiaries under a wakf, the greatest latitude is given to a settlor. He can create a wakf upon himself, a disposition upheld by the English Courts. „A wakf upon one’s self,“ says the Rad-ul-Mukhtar, „amounts to a pious act.“ The Hedaya is also emphatic on this point¹⁶: The design in appropriation is the performance of an act of piety, and piety is consistent with the circumstance of a person reserving the profits to his own use, as the Prophet has said, „A man giving a subsistence to himself is giving alms.“ He can settle a property upon his children, generation after generation, but as a family is subject to becoming extinct in the natural order of things, the ultimate beneficiary would be the poor, who are always amongst us. If no mention of it is made in the deed, it will be so by necessary implication. In short, there

15 Bailie, Morley, Kemp J., West J., Petheram C.J., etc., etc.

16 Hamilton’s Hedaya, tit. Wakf

Перпетуитет – Следећа ствар коју намеравам да испитам је да ли је непрекидност неопходан услов за валидан вакуф. „Вечност без краја [перпетуитет]”, каже Фетва Аламгири, „је услов [вакуфа] према мишљењу свих [правника], али њено изричито помињање није услов [за валидно стварање вакуфа] према Абу Јусуфу, и ово је тачно. Ово је засновано на ауторитету Кафија.”

Ауторитет Рад-ул-Мукхарта се такође креће у том смеру. Што се тиче вакуфа, каже се да он мора бити осмишљен као вечан (перпетуалан), али да вечност (перпетуитет) не мора да се напомиње. Вакуф подразумева вечност (перпетуитет), стога, ако би вакиф прогласио да је нека његова имовина вакуф за његову децу и не каже ништа више од тога, он је важећи, а после његове деце приход ће бити намењен у корист сиромашних, који никада не нестају.

Муслимански правници класификују вакуф у две врсте: прво, јавни, за *masalih-i-amma*, то јест, за јавна добротворна или корисна дела; друго, приватни, за било који други предмет осим првог. Друга врста се може поделити у две класе, тј. вакуф који има оба, јавни и приватни карактер, делом посвећен јавним радовима, а делом посвећен делима приватне природе, и вакуф који је искључиво посвећен предметима приватне природе.

Све три врсте вакуфа су нашироко подржане аутентичним књигама о мухамеданском праву, а у пракси историјом и записима правника широм мухамеданског света. Готово нимало сумње не постоји код оних који су покушали да испитају закон¹⁵ да су вакуфи све три врсте савршено важећи, да су постојали и да су по њима поступали Пророк лично, његови непосредни наследници, сарадници и муслимани разних муслиманских земаља у различитим временским периодима.

Што се тиче корисника под вакуфом, највише слободе је дато завештаоцу. Он може створити вакуф на себе, споразум подржан од стране енглеских судова. „Вакуф на себе”, каже Рад-ул-Мукхар, „је побожан чин”. Хедаја такође скреће пажњу на овај чин:¹⁶ „Намера у апропријацији је да се учини побожно дело, а побожност је у складу са околностима особе која чува профит за сопствену употребу, као што је Пророк рекао: ‘Човек који себи даје издржавање даје милостињу.’” Он може завештати имање својој деци, генерацији за генерацијом, али како је породица изложена изумирању у природном поретку ствари, крајњи корисници би били сиромашни којих увек има међу нама. Ако се то не помиње у тапији, биће тако по нужној назнаци. Укратко, не постоји ограничење за предмете за које може да

15 Бејли, Морли, Кемп Џ., Вест Џ., Петерам К.Џ., итд, итд.

16 Хамилтонова Хедаја, тит. Вакуф.

is no limit to the object in favour of which a wakf may be created provided the ultimate benefaction is to the poor, to satisfy the condition that a wakf must ultimately be in favour of an object of perpetual nature.

There are three effects of a valid wakf: first it renders the property subject to the wakf incapable of alienation¹⁷; second, the property cannot devolve save as mentioned in the deed thirdly, the property becomes imprescriptible, that is to say, it is not subject to alienation, or to forfeiture by the sovereign as private property.

A few words on the point of alienation. The fact that a wakf property cannot be alienated means that it cannot privately be vended by the motawalli, *ie.* the trustee or manager. But the property itself may not be withheld from free circulation provided it is done with the sanction of the judge, and the proceeds re-invested. It can be sold,¹⁸ it can be exchanged with the authority of the kadi or judge. This exactly tallies with the powers vested in the Court of Chancery to deal with trust property, or powers given to the tenant for life according to the Settled Land Acts in the English law. The High Courts in India are Courts of equity, and therefore may exercise this power¹⁹ either on the application of a motawalli, or through the mediation of the Advocate-General by allowing the motawalli or bustee to sell or exchange the property under a wakf so long as the purchase-money can be reinvested, thus causing a reintegration of the *corpus*. This formality of receiving a sanction is no doubt very wholesome, as otherwise a trustee might dissipate the property without being accountable to anyone.

History. – The origin of wakf as family settlement dates back to the hoary antiquity of the time of Abraham. He purchased the cave of Machpelah in Kirjatharba about 1860 B.C., which remained in his family ever afterwards.

There is every likelihood that such an institution found favour among the people of Arabia and other adjoining countries. Mohammed, who always appreciated what he thought to be of any usefulness in anything Jewish or Christian, recognised it as a beneficial institution for the clannish Arabs. This has led some writers on Mohammedan law to trace the existence of wakf during and after Abraham's time.

But whether we are prepared to accept it as a fact or not, there is evidence to prove that wakf in the form of family settlement existed at

17 See Tableau General, also Sir R. West in the Journal of the Society of Comparative Legislation, vol. v.

18 Kui Khan; Fatawa Alam.girl, vol. ii.(original); Baillie, Pt. I. p. 587.

19 See Charitable Endowments Act, 1890.

се направи вакуф под условом да су крајњи корисници сиромашни, како би се задовољио услов да вакуф мора бити у корист предмета трајне и вечне природе.

Постоје три ефекта важећег вакуфа: прво, оно чини имовину која је субјекат вакуфа неотуђивом;¹⁷ друго, имовина не може да се пренесе осим онако како је наведено у тапији; треће, имовина постаје непрелисива, то јест, не може бити предмет отуђивања или конфискације од стране суверена као приватно власништво.

Неколико речи о појму отуђивости. Чињеница да увакуфљена имовина не може да се отуђи значи да је мутевелија, односно повереник или управник, не може приватно ставити на продају. Али сама имовина се не може искључити из слободног промета уколико се то уради уз одобрење судије, а приход се поново уложи. Може се продати,¹⁸ може се разменити уз овлашћење кадије или судије. Ово управо одговара овлашћењима повереним Суду правичности који се бави имовином траста (повереништва) или овлашћењима датим доживотном закупцу у складу са законом о насељеном земљишту из енглеског права. Високи судови у Индији су судови правичности, и према томе могу да користе ово овлашћење¹⁹ или посредством мутевелије или посредством јавног правобраниоца који дозвољава мутевелији или поверенику да прода или размени имовину под вакуфом докле год се новац од куповине може поново уложити, на тај начин узрокујући употпуњавање корпуса. Ова формалност примања одобрења је без сумње веома смислена, јер у супротном повереник би могао да протраћи имовину и не би морао да одговара никоме.

Историја. – Порекло вакуфа као породичног завештања датира још из античког времена Аврама. Он је купио пећину Макпелак у Кирјатарби око 1860. године п.н.е., која је и након тога остала у његовој породици.

Постоји велика вероватноћа да је таква институција наишла на наклоност међу народима у Арабији и другим суседним земљама. Мухамед, који је увек ценио оно што је сматрао корисним у било чему јеврејском или хришћанском, препознао ју је као корисну институцију за Арапске кланове. Ово је навело неке писце о мухамеданском праву да зачетке постојања вакуфа траже у Аврамовом времену, и после њега.

Али без обзира на то да ли смо ми спремни да прихватимо то као чињеницу или не, постоје докази који указују на то да је вакуф у

17 Видети „Општу слику Османског царства”, такође Сер Р. Вест у Журналу Друштва за упоредно право, том. в.

18 Кази Кан; Фетва Аламгири том. ii. (оригинал); Бејли, Део.1. стр.587

19 Видети Закон о добротворним задужбинама, И890.

least prior to the time of Mohammed, and was so embedded in the customary law of Arabia that it has continued to exist in full vigour down to the present time. It was thought to be such an essential part of the Moslem law that it was carried without modification to various countries which basked in the full effulgence of Islamic glory.

To enter into the details of the evidence the scope of this paper does not permit: we shall mainly relate three facts recorded in the most authentic books on Mohammedan law, which sufficiently support the view adopted. First, the creation of family settlement by way of wakf was not confined to the Moslems. It was open to a non-Moslem fellow-subject, may, even to those enemies (*hostes*) who had sought refuge and were given the protection of the State. This fact suggests very strongly that it was a recognised institution among the pre-Islamic Arabs.

The great lawgiver recognised the usefulness of the system or perhaps found it such an integral part of the existing custom of universal force in Arabia that he felt chary of interfering with it. If it were purely Mohammedan there seems little reason in allowing the use of it to the non-Moslem fellow-subjects and to strangers.

Secondly, a mention of the fact in the Hedaya (Hamilton's, p. 232) and other books that it existed in pre-Islamic Arabia in the form in which it has found its way into Mohammedan law: „Shirrah says 'the Prophet determined the sale of a wakf property to be lawful,' which is as much to say that 'before the promulgation of the law by the holy Mohammed appropriation was absolute,' but our law has rendered it otherwise.“ But the most authentic opinion is that it is absolute, which agrees with the submission that wakf existed in Arabia before Mohammed and that it was incorporated into the Mohammedan law as it then existed.

Thirdly, Prof. Nauphal traces the full legal recognition of wakf as family settlement from the time of Haroun-al-Rashid, as at that period many such settlements existed in Mecca. But the very existence of them at that time shows that the sentiment of the Arabs, as well as the actual tradition of the Prophet, supported them. They probably therefore formed part of the land laws of Arabia which existed in a more or less developed stage even before Mohammed.

So far with respect to the evidence of family settlement in early Arabia; let us next see how it was received by Mohammed himself and his successors. It is mentioned in Bokhari²⁰ (Bombay edition, p. 384), the great and most authentic collection of the traditions of the Prophet, that a wakf upon one's children and relations is valid. The much-questioned

20 Bokhari, 277, vol. ii., translated by W. Marcans, Directeur de la Medersa d'Alger.

форми породичног завештања постојао барем пре Мухамедовог времена, и да је био толико чврсто уграђен у обичајно право Арабије да је наставио да постоји у својој пуној снази све до данашњег времена. Сматран је тако релевантним делом муслиманског закона да се преносио без измена у различите земље које су уживале у пуном сјају исламске славе.

Обим овог рада не дозвољава да улазимо у детаље тих доказа: ми ћемо углавном навести три чињенице забележене у најаутентичнијим књигама о мухамеданском праву, које у довољној мери подржавају гледиште које је прихваћено. Прво, стварање породичног завештања путем вакуфа није било ограничено само на муслимане. Било је отворено и за немуслиманске поданике, чак и за оне непријатеље (*hostes*) који су потражили уточиште и добили заштиту државе. Ова чињеница веома снажно сугерише да је то била призната институција међу предисламским Арапима.

Велики законодавац је препознао корисност овог система или га је пак сматрао до те мере саставним делом постојећег обичаја који је универзално био на снази у Арабији да није био рад да се меша у њега. Ако је био искључиво мухамедански, не би било баш логично да се дозволи његово коришћење немуслиманским поданицима и странцима.

Друго, помињање чињенице у Хедаји (Хамилтоново, стр. 232) и другим књигама да је вакуф постојао у предисламској Арабији у облику у коме је нашао свој пут у мухамедански закон: „Сирах каже ‘Пророк је одредио да је продаја вакуфске имовине законита,’ што значи да је ‘пре него што је свети Мухамед прогласио закон, присвајање било апсолутно,’ али је наш закон то променио”. Али најаутентичније мишљење је да је оно потпуно, што се слаже са тврдњом да је вакуф постојао у Арабији пре Мухамеда и да је уметнут у мухамеданско право у оном облику у ком је до тада постојао.

Треће, проф. Наупал налази корене пуног правног признања вакуфа као породичног завештања у времену Харуна-ал-Рашида, пошто су у том периоду постојала многа таква завештања у Меки. Само њихово постојање у том периоду показује да су их како сентименти Арапа, тако и стварна традиција Пророка подржавали. Стога, они су вероватно чинили део земљишних закона Арабије који су постојали у мање или више развијеној форми чак и пре Мухамеда.

Толико, за сада, о доказима породичног завештања у раној Арабији; да погледамо како су га примили сам Мухамед и његови наследници.

Помиње се у Бокхари²⁰ (издање из Бомбаја, стр. 384), славној и најаутентичнијој збирци традиција Пророка, да је вакуф у односу на

20 Бокхари, 277, том. ii., превео В. Маркан, директор Алжирске медресе

tradition²¹ that Omar the second Caliph actually created such a wakf with the sanction of Mohammed is also recorded there.

The institution of wakf as family settlement is mentioned in Fath-ul-Kadir. Imam Zailey corroborates and supports Fath-ul-Kadir. He also gives a copy of the deed of Arkam (a companion of the Prophet) by which he created the wakf of a house in favour of his children without any express reference to the poor at all.

The earliest collection of decisions contains those given by Imam Abu Yusuf, one of the greatest jurists of recognised authority, who was the chief kadi (chief judge) under the Caliph Haroun-al-Rashid. It is called the Fatawa Baramika. It is quite clear from it that a wakf was held lawful in favour of any lawful object, and would after its extinction go to the poor, who are supposed to be the ultimate beneficiaries of all benefactions.

The Fatawa Hawi, by Kadi Jamal Uddin Ahmed, who flourished about A.H. 600 and who was a celebrated cadi of Ghazni, also lays down that a wakf in favour of one's children-in short, in favour of any inoffensive object-is valid.

The great collection of fatawas which is contemporaneous in point of time is the Fatawa Kazi Khan. The author, Imam Fakhruddin Hassan Bin Mansur al uzjandi al-Farghani, flourished about A.H. 572 (A.D. 1195). As the book is of great authority and has been frequently referred to by the Sudder and Supreme Courts, it will be of advantage to quote the passage *in extenso*:

„Abu Yusuf [Cadi of Irak, who flourished after Mohammed; see Morley's *Digest*, Introduction, p. cclxv.] has laid down that when a man makes a wakf in these terms-this, my land, is a sadaka mawkoofa or mawkoofa and its produce will be for me so long as I live and after me for my children and children's children and their descendants in perpetuity as long as my posterity exists, and on their extinction for the poor-it is lawful.“

The Zakirat-ul-Fatawa, a collection of precedents of the thirteenth century, emphatically supports the laws stated above. Nor does the Khazanah-al-Muftiin, a collection of precedents of the fourteenth century (about 1339), lay down the same law in less unequivocal terms. So does the Fath-ul Kadir, a book of great authority, whose author, Kamaladdin Mohammed as Siwasi, flourished in Irak about the middle of the fifteenth century.

The same view is supported in Al-Issaaf, a book written by Bourhoudin Ibrahim-al-Taraboulis (Tripoli), who drew his information from the writings of Abu Bakr al Khassaaf and Helal Ibne Yehya, celebrated authors of great authority. This work was completed about A.D. 1488 (A.H. 905).

21 22 I.A. post.

децу и рођаке важећи. Ту је забележена и прича²¹ да је други калиф, Омар, заправо створио такав вакуф са Мухамедовим одобрењем, која је под великим знаком питања.

Институција вакуфа као породичног завештања је споменута и у Фат-ул-Кадиру. Имам Зејли потврђује и подржава Фат-ул-Кадиру. Он такође даје копију тапије Аркама (Пророковог сапутника) којом је створио вакуф над кућом у корист своје деце, без икаквог изричитог помињања сиромашних.

Најранија збирка одлука садржи оне које је донео имам Абу Јусуф, један од највећих правника са признатим ауторитетом, који је био главни кадија (врховни судија) под калифом Харуном-ал-Рашидом. Зове се Фетва Барамика. Из тога је сасвим јасно да се вакуф сматрао законитим у корист било ког предмета права, и да би након гашења лозе ишао сиромашнима, који би требало да буду крајњи корисници свих повластица.

Фетва Хави, кадије Џамала Удин Ахмеда, који је своје најбоље радове створио око 600 по Хиџри и који је био прослављени кадија Газније, такође налаже да је вакуф у корист нечије деце – укратко речено, у корист било ког неувредљивог предмета – важећи.

Велика збирка фетви из тог времена је Фетва Кази Кан. Аутор, имам Факрудин Хасан Бин Мансур ал Узианди ал-Фаргани, био је најплодотворнији око 572. године по Хиџри (1195. године). Како књига ужива велики ауторитет и на њу се Судери и Врховни судови често позивају, биће од користи цитирати одломак *in extenso*:

„Абу Јусуф [Кадија из Ирака, који је доживео процват после Мухамеда; видети Морилијев *Digest*, Увод, стр. cclxv.] одредио је да када човек направи вакуф по следећим условима – ово, моја земља, је *sadaka tawkoofa* или *tawkoofa* и њени плодови ће бити за мене док сам жив и после мене за моју децу и децу моје деце и њихове потомке у перпетуитету, докле год постоји моје потомство, а по њиховом изумирању за сиромашне – то је законито.”

Заикарт-ул-Фетва, збирка преседана из тринаестог века, недвосмислено подржава горе наведене законе. Казанах-ал-Муфтин, збирка преседана из четрнаестог века (око 1339), установљава исти закон под једнако недвосмисленим условима. Исто важи и за Фат-ул-Кадир, књигу великог ауторитета, чији је аутор, Камаладин Мохамед као Сивас, био најактивнији у Ираку средином петнаестог века.

Исти став подржава и Ал-Исаф, књига коју је написао Бурханудин Ибрахим-ал-Тарабулис (Триполи), који је своје податке црпао из списка Абу Бакра ал Касафа и Хелала Ибн Јехје, прослављених аутора великог ауторитета. Ово дело је завршено око 1488. године (905. по Хиџри).

21 22 И.А. пост.

The Bakrur-Raek, compiled about 1562, lays down the same law. The Fatawa-Alamgiri, compiled in the reign of the great Mogul Emperor Aumng Zehe (1656), declares this to be sound law as practised in India. A book of undoubted authority, the Fatawa Durr-ul-Mukhtar, compiled about the same time; the Fatawa Rad-ul-Mukhtar, whose author is best known as Shami, compiled later on; the Fatawa-ul-Ankiravi of the same seventeenth century (1686); and the Majura-ul-Anwar, compiled in the eighteenth century, support the same view and leave absolutely no doubt as to the validity of wakf as family settlement if there be an ultimate benefaction to the poor.

There is another work which was brought out in 1841. towards the middle of the nineteenth century. That it is a book of great authority there is no doubt. Its author, Ibn Abedin, a lineal descendant of Mohammed, born in Damascus (Syria), has really brought out a revision of the collection of decisions given by Hamid lbne Sulaiman, under whom Abu Hanifa studied law about a hundred odd years Hijra. It is called Al-Okood-al Durria-Fi-Tankih-il-Fatawa-il-Hamidia. This institution of wakf is expressly mentioned to be valid in favour of one's descendants with ultimate benefaction to the poor or any object of a permanent nature. It also leaves little doubt that it formed an integral part of Islamic law as early as A.H. 100 if not earlier.

As shown above, this ultimate dedication may be express or implied, and therefore a settlement without any mention of the poor will be valid. The statement of law above shows that for family settlements by way of wakf from the time of Mohammed down to the present time there is an unbroken chain of evidence to show that this law existed in Arabia, Central Asia, Persia, Afghanistan, and India, at periods when these countries successively came to share in the advantages of Mohammedan laws. The Turkish practice, a century ago, as described by D'Ohsson in his *Tableau General*, was substantially the same. The Sha-feite²² and Shia²³ authorities (Persia chiefly) go to support the view of the jurists of the Hanafi school by being in full accord with them. The Mohammedan law under this head has been sufficiently dealt with in so far as the scope of this paper allows.

I now propose to quote four judgments of the Privy Council, two of which, it is submitted with great respect, are unacceptable because of not being in accord with Mohammedan law, however their soundness might, apart from this, be justified on the ground of public policy and equitable considerations. The first case is *Jewan Das Sahoo v. Shah. Kabiraddin* (2 M.I.A. 391).

22 Minhaj, p. 187.

23 Baillie ii. 226, Sharaya.

Бакрур-Раек, састављен око 1562. године, установљава исти закон. Фетва Аламгири, која је састављена за време владавине великог могулског цара Аурангзеба (1656), оцењује ово као разуман закон, онако како се практикује у Индији. Књига несумњивог ауторитета, Фетва Дур-ул-Муктар, састављена је отприлике у исто време; Фетва Рад-ул-Муктар, чији је аутор најпознатији као Шами, састављена је касније; Фетва-ул-Анкивари је такође из седамнаестог века (1686); и Мајура-ул-Анвар, састављена у осамнаестом веку, подржавају исто гледиште и не остављају апсолутно никакву сумњу у важење вакуфа као породичног завештања уколико постоји коначна добробит за сиромашне.

Постоји још једно дело које је издато 1841. године, средином деветнаестог века. Нема сумње да је ова књига великог ауторитета. Њен аутор, Ибн Абедин, потомак Мухамедове лозе, рођен у Дамаску (Сирија), заиста је изнео ревизију збирке одлука које је издао Хамид Ибне Сулејман, под којим је Абу Ханифа студирао право око стоте године по Хиџри. Зове се Ал-Окуд-ал Дуриа-Фи-Танких-ил-Фетва-ил-Хамидиа. Ова институција вакуфа се изричито помиње као важећа у корист потомака са крајњом добробити за сиромашне или било ког предмета трајне природе. Такође оставља мало сумње да је чинила саставни део исламског права још од 100. године по Хиџри, ако не и раније.

Као што је горе приказано, ово крајње посвећење може бити изричито или подразумевано, и стога је завештање без икаквог помињања сиромашних важеће. Према горенаведеном закону, за породична завештања путем вакуфа од Мухамедовог времена до данас постоји непрекинути ланац доказа који указују на то да је овај закон постојао у Арабији, Централној Азији, Персији, Авганистану и Индији, у периодима када су ове земље сукцесивно почеле да се служе предностима мухамеданских закона. Турска пракса, од пре једног века, како ју је описао Д'Осон у својој „Општој слици Османског царства”, била је суштински иста. Шафијски²² и Шиитски²³ ауторитети (углавном Персија) подржавају став правника ханафијске школе тако што су у потпуности сагласни са њима. У складу са простором који обим овог рада омогућава, мухамедански закон је под овим одељком довољно обрађен.

Сада желим да цитирам четири пресуде Крунског савета, од којих су две, уз дужно поштовање наводим, неприхватљиве због неусаглашености са мухамеданским законом; међутим, њихова исправност би се, и поред тога, могла бранити јавном политиком и правичним накнадама.

22 Минхаџ, стр. 187.

23 Бејли ii. 226, Шараја

It is laid down in that case that according to Mohammedan law it is not necessary in order to constitute a valid wakf or endowment to religious and charitable uses that the term wakf be used in the grant, if from the general nature of the grant such tenure can be inferred.

The second case I beg to draw your attention to is *Ahsanullah Chowdhery v. Amarchand* (L.R. 17 I.A. 28). In that case their lordships of the Judicial Committee of the Privy Council had in view the judicial opinion of Justice Kemp in *Mazlzarul Haq v. Afalzapattar* (13 W.R. 235, 1870), and their decision, although not in conformity with Mohammedan law in one essential, clearly recognises the point under consideration that a wakf by way of family settlement is not invalid. They purposely withhold their opinion on certain points which, if decided at that time, would have saved a great deal of discontent afterwards. It will not be out of place to quote the passage: „Their lordships do not attempt in this case to lay down any precise definition of what will constitute a valid wakf, or determine how far provisions for the grantor’s family may be engrafted on such settlement without destroying its character as a charitable gift. They are not called upon by the facts of this case to decide whether a gift of property to charitable uses which is only to take effect after the failure of all the grantor’s descendants is an illusory gift, a point on which there have been conflicting decisions in India. On the other hand their lordships think there is good ground for holding that provision for the family out of grantor’s property may be consistent with the gift of it as wakf“ (L.R. 17 I.A. 36, 37).

Then their lordships approve of the view taken by Kemp J. on family settlements (13 W.R. 235): „We are of opinion that the mere charge upon the profits of the estate of certain items which must in course of time necessarily cease being confined to one family, and which after they lapse will leave the whole property intact for the original purposes for which the endowment was made, does not render the endowment invalid under the Mohammedan law.“

But they proceed to lay down a proposition which is hardly supported by the Mohammedan law, and perhaps the reason is, as their lordships expressly say, that the case was not properly argued. „On the other hand, they have not referred to nor can they find any authority showing, according to Mohammedan law, that a gift is good as a wakf unless there is a substantial dedication of the property to charitable uses at some period of time or other... But no authority has been adduced for that proposition. The observations of West J. are extra-judicial, as the case in which they were uttered did not raise the question.“

Први случај је *Џеван Дас Саху њроџив Шаха Кабирадина* (2 М.И.А. 391). У том случају је постављено да према мухамеданском закону за стварање важећег вакуфа или задужбина од верске или добротворне користи није неопходно да се израз вакуф користи у гранту, ако се из саме природе гранта може закључити да је посед такав.

Други случај на који желим да вам скренем пажњу је *Ахсанулах Чодхари њроџив Амарчанда* (Л.Р. 17 И.А. 28). У том случају њихова лордства Правног комитета Крунског савета имала су у виду судско мишљење Судије Кемпа у предмету *Мазхарул Хак њроџив Махаџа-џера* (13 W.R. 235, 1870), и њихова одлука, иако у једној кључној ставки није у складу са мухамеданским законом, јасно препознаје ставку која предмет разматрања, да је вакуф у виду породичног завештања важећи. Они намерно не износе своја мишљења о одређеним ствари-ма, која би, да су тада донели одлуку, умањила велико незадовољство које је наступило касније. Неће сметати да цитирам одељак: „Њихова лордства у овом случају не покушавају да дају прецизну дефиницију о томе шта чини правно важећи вакуф, нити да утврде у којој мери се примања за породицу донатора могу уградити у такво завештање без урушавања његове природе као добротворног поклона. Они нису позвани да на основу чињеница у овом случају одлуче да ли је поклон имовине у добротворне сврхе који ће ступити на снагу тек након гашења лозе донатора илузоран поклон, што је спорна чињеница о којој постоје супротстављене одлуке у Индији. Са друге стране, њихова лордства сматрају да постоји добар основ да обезбеђивање породице из имовине донатора може бити у складу са поклањањем исте као вакуфа” (Л.Р. И7 И.А. 36, 37).

Затим њихова лордства одобравају гледиште које поставља Кемп Џ. о породичним задужбинама (13 W.R. 235): „Ми сматрамо да пуко оптерећење добити од поседа одређених предмета који би током времена нужно престали да буду ограничени на једну породицу, и које ће после њиховог изумирања целу имовину оставити нетакнуту за првобитну сврху са којом је задужбина направљена, не чини задужбину неважећом по мухамеданском закону.”

Али они настављају изношењем предлога за који се тешко може сматрати да има упориште у мухамеданском закону, а можда је разлог томе, како њихова лордства изричито кажу, то што случај није правилно аргументован. „Са друге стране, они се не позивају на нити могу пронаћи било какав ауторитет који би показао, према мухамеданском закону, да је поклон важећи као вакуф осим уколико постоји значајна посвета имовине у добротворне сврхе у неком временском периоду... Али ниједан ауторитет није наведен за ту претпоставку... Запажања Веста Џ. су вансудска, пошто случај за који су изречена није покренуто то питање.”

This, it is submitted, is not Mohammedan law. So long as there is an ultimate benefaction to the poor, either express or implied, the wakf is good. It is not necessary that there should be an immediate benefaction to the poor: „at some period of time or other“ might be construed to mean the proposition that if there be an ultimate benefaction to the poor, the wakf is good; but the actual decision in the case does not admit of this construction. It therefore leaves us where we were.

The next case is *Nizamuddanan v. Abdul Gafur* (L.R. 19 I.A. I 70). This case really adopts the correct view of Mohammedan law, and had it not been for an oversight of a principle, it would have put an end to any difficulty cropping up afterwards. Their lordships quote from the preceding case (19 I.A.) that „according to Mohammedan law there can be no valid wakfnama without a substantial dedication of property to religious or charitable uses at some time or other. In this case the so-called wakfnama makes no gift of the lands in question, either immediate or ultimate, for religious or charitable purposes... It was plainly not his intention to create a series of life-rents, a kind of estate which does not appear to be known to Mohammedan law, but to make the fee devolve from one generation of his descendants to another without its being alienable by them or liable to be taken in execution for their debts.“

This is good law *pro tanto* but for an oversight of a principle. It leaves out of account the principle that the ultimate benefaction in a case of wakf is always to the poor, whether it is expressed in the deed or not. This case at the very worst lays down the principle that such ultimate benefaction must be express. If it had been brought to the notice of their lordships that this element need not be express, that it is so by necessary implication, it is quite evident that judgment would have been otherwise.

The fourth and the last case is *Abulfata v. Rasmaya* (L.R. 22 I.A. 87). Their lordships really decided this case contrary to Mohammedan law and disregarded the authorities brought to their notice. Their lordships, it is suggested with great respect, never intended to decide the case according to Mohammedan law. Before I proceed to put my humble opinion in respect of this case I propose to quote the passages from the judgment as it materially affects the Mohammedan law:

The opinion of the learned Mohammedan lawyer is founded, as their lordships understand it, upon texts of an abstract character and precedents very imperfectly stated. For instance he quotes a principle of the Prophet Mohammed himself to the effect that „a pious offering to one's family to provide against their getting into want is more pious than giving alms to beggars. The most excellent of sadakah is that which a man

Ово, сматра се, није мухамедански закон. Дакле, докле год постоји крајња добробит за сиромашне, било изричита или подразумевана, вакуф је добар. Није неопходно да постоји непосредна корист за сиромашне: „у неком временском периоду” може се тумачити као тврдња да уколико постоји коначна добробит за сиромашне, вакуф је добар; али стварна одлука у овом случају не признаје овакво тумачење. Тиме нас оставља тамо где смо били.

Следећи случај је *Низамудан ироџив Абдула Гафура* (Л.Р. 19 И.А. 170). Овај случај стварно примењује исправно тумачење мухамеданског права, и да није било превида једног принципа, ставио би тачку на све потешкоће које су се касније јавиле. Њихова лордства цитирају из претходног случаја (19 И.А.) да „према мухамеданском праву не може да постоји вакуфнама која је важећа, без значајног посвећивања имовине верским или добротворним сврхама у неком периоду. У овом случају такозвана вакуфнама не даје земље у питању као поклон, било непосредно или крајње, у верске или добротворне сврхе... Очигледно није била његова намера да створи низ доживотних ренти, врсте оставине која изгледа није позната у мухамеданском закону, већ да учини да та накнада пређе са једне генерације његових потомака на другу без могућности да буде отуђивана од њих или подложна преузимању за отплату њихових дугова.”

Ово је добро право *pro tanto*, изузимајући један превид принципа. Не узима се у обзир принцип да је крајња добробит у случају вакуфа увек за сиромашне, било да је изражена у тапији или не. У најгорем случају, овај случај поставља принцип да таква коначна корист мора бити изричита. Да је дато до знања њиховим лордствима да овај елемент не мора бити изражен, да се нужно подразумева, сасвим је очигледно да би пресуда била другачија.

Четврти и последњи случај је *Абулфата ироџив Расмаје* (Л.Р. 22 И.А. 87). Њихова лордства су заиста у овом случају донела пресуду супротну мухамеданском закону, занемаривши ауторитете на које су упућени. Њихова лордства, претпоставља се са великим поштовањем, нису ни намеравала да реше случај према мухамеданском закону. Пре него што наставим да излажем своје скромно мишљење о овом случају, желим да цитирам одломке из пресуде јер она материјално утиче на мухамедански закон:

„Мишљење ученог мухамеданског адвоката засновано је, по разумевању њихових лордстава, на текстовима апстрактног карактера и преседанима веома несавршено изнесеним. На пример, он цитира принцип самог Пророка Мухамеда да је ‘побожна понуда својој породици да их обезбеди да не западну у оскудицу побожнија од давања милостиње просјацима. Најбоља садака је она коју човек даје својој по-

bestows upon his family.“ And by way of precedents he refers to the gift of a house in wakf or sadakah of which the revenues went to be received by the descendants of the donor Arkam. His other old authorities are of the same kind. As regards precedents, their lordships ought to know a great deal more in detail about them before judging whether they would be applicable at all. They hear of the bare gift and its maintenance, but nothing about the circumstances of the property – except in the case cited the house seems to have been regarded with special reverence – or the family, or of the donor. As regards precepts, which are held up as the fundamental principles or Mohammedan law, their lordships are not forgetting how far law and religion are mixed up together in the Mohammedan communities, but they asked during the argument how it comes about that by general law of Islam, at least as known in India, simple gifts by a private person to remote unborn generations of descendants successions, that is, of inalienable life interests are forbidden, and whether it is to be taken that the very same dispositions, which are illegal when made by ordinary words of gift, become legal if only the settlor says that they are made as wakf, in the name of God, or for the sake of the poor, To those questions no answer was given or attempted, nor can their lordships see any. It is true that the donor’s absolute interest in the property is curtailed and becomes a life-interest, that is to say, the wakfnama makes him take as motwalli or manager. But he is in that position for ever, he may spend the income at will, and no one is to call him to account. The amount of change in the position of the ownership is exactly in accordance with a design to create a perpetuity in the family, and indeed is necessary for the immediate accomplishment of such a design. It is suggested that the decision in *Ashanullah Chowdery’s Case* (17 I.A.) displaced the Mohammedan law in favour of English law. Clearly Mohammedan law ought to govern a purely Mohammedan disposition of property. Their lordships have endeavored, to the best of their ability, to ascertain and apply the Mohammedan law, as known and administered in India, but they cannot find that it is in accordance with the absolute, and as it seemed to them extravagant, application of certain precepts taken from the mouth of the Prophet. Those precepts might be excellent in their proper application. They might, for all their lordships knew, have had their effect in moulding the law and practice of wakf, as the learned judge said they have. But it would be doing wrong to the great lawgiver to suppose that he was thereby commending gifts for which the donor exercised no self-denial, in which he took back with one hand what he appeared to put away with the other, which were to form the centre of attraction for accumulations of income and further accessions of family property, which carefully protect so-called managers from being called to account, which seek to give to donors and their family the enjoyment of property, free from all liability to creditors, and which do not seek the benefit of others beyond the use of empty words.

родници.’ Као преседан он спомиње поклон куће у вакуфу или садаке, приход од које је требало да одлази потомцима донора Аркама. Његови остали стари ауторитети су исте врсте. Што се тиче преседана, њихова лордства треба много детаљније да буду упозната са њима пре него што пресуде да ли су уопште примењиви. Они су чули нешто о самом поклону и његовом одржавању, али ништа о околностима које окружују имовину – осим у наведеном случају, где се на кућу гледало са посебним поштовањем – или о породици, или о донатору. А што се тиче правила, која се сматрају основним принципима мухамеданског закона, њихова лордства не заборављају колико су закони и вера повезани у мухамеданским заједницама, али су током расправе питали како је могуће то да су по општем закону Ислама, барем онако како је познат у Индији, једноставни поклони приватног лица далеким још нерођеним генерацијама потомака у виду наследства, односно неотуђивих животних интереса – забрањени и да ли исте те диспозиције, које су незаконите када се обичним речима назову поклоном, постају законите само ако завешталац каже да су направљене као вакуф, у име Бога или за добробит сиромашних. На та питања није дат одговор, а није ни покушано, нити га њихова лордства могу увидети. Тачно је да је апсолутно право донора на имовину ограничено и постаје право на доживотно уживање, односно вакуфнама га учини мутевелијом или управником. Али он је у тој позицији заувек, он може да троши приходе по својој вољи, и нико не може да га позива на одговорност. Опсег промена у положају власништва је управо у складу са намером да се створи непрекидност у породици, и заиста је неопходна за непосредно остварење такве замисли. Претпоставка је да је одлука у случају Ахсанулаха Чодхарија (17 I.A.) заменила мухамедански закон са енглеским правом. Јасно је да би мухамедански закон требало да регулише чисто мухамеданско располагање имовином. Њихова лордства су настојала, колико год су могли, да утврде и примене мухамедански закон, какав је познат и који се примењује у Индији, али нису могли да утврде да је у складу са апсолутном, како им се чинило екстравагантном, применом одређених прописа који су преузети из уста Пророка. Ти прописи би могли да буду одлични у својој правилној примени. Они би могли, бар колико су њихова лордства знала, да утичу на обликовање и практиковање закона и праксе вакуфа, као што је учени судија рекао да чине. Али би се огрешили о великог законодавца ако би претпоставили да је тиме похвалио поклоне у којима донатор није применио самоодрицање, у којима једном руком узима назад оно за шта се чинило као да даје другом, који треба да формира центар у којем би се стицали и акумулирали приходи и даље повећавала породична имовина, који пажљиво чувају од позивања на одговорност такозване управнике, који настоје да донаторима и њиховој породици дају имовину на уживање, која је ослобођена сваке одговорности према кредиторима, и који не траже корист за друге мимо употребе празних речи.”

First, their lordships consider the „texts“ brought to their notice as of „an abstract character“ and „precedents very imperfectly stated.“ In Roman law as in Mohammedan law the texts deal with the principles of the law. The repeated writings of jurists of various countries for nearly thirteen centuries leave little doubt that a uniform practice of creating family settlement (wakf) existed in various Moslem countries. Indeed, in India the compilation of the Fatawa Alamgiri, during the reign of Aurung Zehe, the Mogul emperor, is evidence enough that the practice was common there. To expect reports of cases as we have in England is too much. The art of printing was not known to them, nor were they fond of recording cases, which is peculiar to English law. It was enough for their guidance as valid if anything, as in this case of wakf, had received the sanction of the Prophet.

Even in England as late as 1300 the precedents were little used. Glanville cites one single case. Bracton (Henry III.) indeed does cite many cases, nearly 494, but it was peculiar to himself. Subsequent writers until about 1500. rarely quote cases. Lord Coke tells us that it was only about his own time that counsel quoted individual cases. The subsequent change was due probably to printing.²⁴ And after a come of year-books, we come so late as 1756. before we have anything like continuous reports of what took place in the King's Bench Division, and even then many of the reports are very inaccurate. It was only in 1865 that a council of law reporting was organised which has ever since published the authorised reports revised by the judges.

In the light of the preceding, it is really too much to expect authorised reports of cases in Mohammedan law before printing came into vogue, if we are prepared to disregard the writings and practice of jurists of various Moslem countries. The precedents about the time of the Prophet are based upon such irresistible proof that we cannot ignore it, but at the very best it is a matter of historical interest. It is enough to sustain our contention to show that it did exist and does exist even today in various countries.

The second objection their lordships urge appears difficult to answer, that of inconsistency between ordinary gift and wakf if we leave out of account that the transaction is between God and man in one case, and between man and no one in the other. But this objection, apart from the answer given above, really leaves the law unaffected. Perhaps, as gift was peculiarly subject to misconception, it must be immediate and

24 See Pollock and Maitland, History of the English Law.

Прво, њихова лордства сматрају да су „текстови” који су им достављени „апстрактног карактера“ и да су „преседани изнети не-савршено”. У римском праву, као и у мухамеданском праву, текстови се баве принципима права. Понављани списи правника из разних земаља током скоро тринаест векова остављају мало сумње да је у различитим муслиманским земљама постојала уједначена пракса стварања породичног завештања (вакуфа). Заиста, у Индији је компилација Фетва Аламгири, током владавине Аурангзеба, могулског цара, довољан доказ да је та пракса тамо била уобичајена. Очекивати извештаје случајева попут оних који постоје у Енглеској је превише. Вештина штампања им није била позната, нити су били склони бележењу случајева, што је својствено енглеском праву. Довољна смерница, која чини важећим било шта друго, а у овом случају вакуф, је да је добило одобрење Пророка.

Чак су и у Енглеској све до 1300. године преседани били слабо коришћени. Гленвил наводи један једини случај. Брактон (Хенри III) заиста цитира многе случајеве, скоро 494, али то је било својствено њему самом. Наредни писци све до око 1500. ретко наводе случајеве. Лорд Коук нам каже да су адвокати почели да цитирају појединачне случајеве тек у његово време. Накнадна промена је вероватно била последица појаве штампања.²⁴ И после низа годишњака, све до 1756. нисмо имали ништа налик редовним извештајима о томе шта се догађало у Одељењу краљевског стола, и чак и тада су многи извештаји врло непрецизни. Тек је 1865. организован Савет за правно извештавање, који од тада објављује ауторизоване извештаје које су ревидирале судије.

У светлу претходно наведеног, заиста је превише очекивати да постоје ауторизовани извештаји о случајевима у мухамеданском праву пре него што је штампање дошло у моду, ако смо већ спремни да одбацимо списе и праксу правника разних муслиманских земаља. Преседани из времена Пророка су засновани на тако неодољивим доказима да ми никако не можемо да их занемаримо, али у најбољем случају то је питање историјског интереса. Довољна је подршка нашем контра-аргументу да покажемо да је заиста постојала [установа вакуфа] и да постоји и дан-данас у разним земљама.

Друга примедба коју њихова лордства излажу ствара потешкоће са давањем одговора, а то је недоследност између обичног поклона и вакуфа ако изузмемо да се у једном случају ради о трансакцији између Бога и човека, а у другом између човека и никога другог. Али овај приговор, осим горенаведеног, заиста не утиче на сам закон.

24 Видети Полок и Мејтланд, *Историја енглеској права*.

not at a remote period of time. There is another apparent inconsistency in the law of gift itself; still, it was never contended that such was not the law. Hiba is associated with hiba-bil-ewaz and hiba-ba-shartul-ewaz. Hiba means transfer of property for an indefinite return, while the two others mean for a definite return.

A glance at one of the great systems of law, Roman law, will show that such inconsistencies occur and really do not question the existence of such laws as such. Take for example usufruct (by will at least), which was created on condition precedent or to begin at a future time – *ex certo tempore* (D. 7. 1. 4, 34, 54, D. 7. 3. 1). It is said in the Digest that a usufruct may be granted to a man and his heirs (D. 7. 4. 5, etc.) and that his heirs took a distinct usufruct *licet diversi sint fructus* (D. 45. r, 38, 12). John Voet questions this and relies upon a constitution of Justinian (C. 3. 35. 14): „a legacy is burdened with a usufruct in favour of the testator’s heir; this usufruct shall come to an end at the death of the heir and not pass to heir’s heir.“ Windschied considers it to be fair that it should be so in order that the legacy might have some effect, but contends that the constitution cannot be considered as prohibiting the devise of a usufruct to a man and his heirs. Windschied adds that though to allow a usufruct to go to heirs was in contradiction to the conception of a usufruct as a personal right, and to call the heir’s interest a new usufruct was merely a formal reconciliation with the original doctrine, yet this step was a necessary consequence of the other personal servitudes, the emphyteusis and the superficies having become heritable.

Thus certain inconsistencies in law really cannot support a question of the existence of the law in face of overwhelming proof as to its existence.

It will indeed be in an ideal polity to have a system of law every part of which would be logically deducible from a few principles.

The third objection is that by this device the donor exercises no self-denial. It is apparent that he at least exercises a strict prudential control over himself by renouncing his right of alienation of the property subject to a wakf, besides giving it away to a cause of charity, though deferred.

The next point I should like to consider is the rule against perpetuiting, which is responsible for the above decision. In India this rule as applied to wakf has been used in its primary sense²⁵ as meaning „indestructible, inalienable interest.“ This view, it is apparent from the preceding, disregards one element in the institution of wakf, that the property can be alienated

25 Markby J., 12 W.P. 347.

Можда, јер је поклон често био предмет погрешног схватања, то мора бити учињено сместа, а не после неког времена. Постоји још једна очигледна недоследност у закону самог поклона; ипак, никада се није тврдило да није такав закон. Хиба је повезана са *hiba-bil-ewaz* и *hiba-ba-shartul-ewaz*. Хиба означава пренос имовине за неодређен профит, док друга два значе за одређени профит.

Поглед на један од великих правних система, римско право, показује да се такве недоследности дешавају и да заиста не доводе у питање постојање самих закона као таквих. Узмимо као пример плодуживање (барем тестаментом), које је створено на основу претходног услова или почиње у времену које следи – *ex certo tempore* (D. 7. 1. 4, 34, 54, D. 7. 3. 1). У Дигестама је наведено да се плодуживање може доделити човеку и његовим наследницима (D. 7. 4. 5, итд.) и да су његови наследници имали посебно плодуживање *licet diversi sint fructus* (D. 45. 1, 38, 12). Џон Воет доводи ово у питање и ослања се на Јустинијанову конституцију (C. 3. 35. 14): „заоставштина је оптерећена плодуживањем у корист наследника завештаоца; ово плодуживање се завршава смрћу наследника и не прелази на наследниковог наследника”. Виндшајд сматра да је праведно да тако буде како би заоставштина могла имати неког ефекта, али тврди да се устав не може сматрати забраном успостављања плодуживања човеку и његовим наследницима. Виндшид додаје да, иако је дозвола да плодуживање иде наследницима у супротности са концепцијом плодуживања као личног права, а назвати интерес наследника новим плодуживањем било је само формално помирење са првобитном доктрином, ипак је овај корак био нужна последица тога што су лични робови, закупи и ствари са површине земљишта постали наследни.

Дакле, одређене недоследности у праву заиста не могу да подрже питање постојања закона суочене са огромном количином доказа о његовом постојању. Држава у којој би постојао правни систем чији би се сваки део логички могао извести из неколико принципа заиста би била идеална држава.

Трећа замерка је да овим путем донатор не врши одрицање. Јасно је да он у најмању руку спроводи строгу обазриву контролу над собом тако што се одриче свог права отуђења имовине подложној вакуфу, поред тога што је даје у добротворне сврхе, иако то ради одложно.

Следећа ствар коју бих желео да размотрим је правило против перпетуитета које је одговорно за претходну одлуку. У Индији се ово правило примењује на вакуф у свом примарном значењу²⁵ као „неуништиви, неотуђиви интерес”. Ово гледиште, као што је очигледно из претходног, занемарује један елемент у институцији вакуфа, а то је

25 Маркби Џ., 12 В.П. 347.

provided it is sanctioned by the judge and the proceeds re-invested. Thus the ground that the property is taken away from free circulation, the basis of the rule, does not stand. Even if it were so, the economic condition of India, mainly an agricultural country, will require serious consideration before rules beneficial to a commercial country like England can be incorporated without any modification into the Indian law.

But, a step further. The rule itself. The first reasoned discussion of the rule appears in the *Duke of Norfolk's Case*²⁶ in which Lord Chancellor Nottingham laid down that there was nothing unnatural or absurd in a „possibility upon possibility and a contingency upon contingency.“ But this case decides that a future interest might be limited to commence on any contingency which must occur within lives in being. Sixteen years after came the case *Lloyd v. Carew*,²⁷ which laid down the validity of a devise: which was to take effect within a reasonable time after lives in being. But it was left for *Stephens v. Stephens*²⁸ to decide the validity of an executory devise to an unborn child of a living person when he should attain the age of twenty-one, and for *Cadell v. Palmer*²⁹ to finally lay down that the period of twenty-one years was to be in gross.

Thus it was not until 1833 (nineteenth century) that the rule against perpetuities took its present shape. Lord Brougham, who delivered the opinion in *Cadell v. Palmer*, made no secret of his dissatisfaction at the illogical process by which the decisions settling the rule as it exists at the present day was arrived at. Thus in *Phipps v. Akers*³⁰ he said: „The Courts and even this House have sanctioned what even plainly appeared to be erroneous principles, introduced and long assumed as law, rather than occasion the great inconvenience which must arise from correcting the common error, and recurring to— more accurate views. Accordingly, when *Cadell v. Palmer* was argued in this House, I advised that your lordships should abide by the received extension, which has for a great length of time been given to the period within which an executory devise might be held good.“

Again, in *Dungannon v. Smith*³¹ he observed: „The rule of law is the term in gross of twenty-one years after the life or lives in being; that was clearly laid down by your lordships upon my recommendation...I have a

26 3 Ch. Ca. 1 (1681).

27 Shower 137 (1697).

28 De G. & J. 62.

29 Cl. & F. 372 (1833), Tudor's L.C. 424

30 Cl. & F. 533, 598.

31 12 Cl. & F. 546, 629.

да имовина може бити отуђена под условом да то одобри судија и да се приход поново инвестира. Тако да поставка да се имовина изузима из слободног промета, као основа овог правила, не стоји. Чак и да јесте тако, економска ситуација у Индији, већински пољопривредној земљи, захтеваће озбиљно разматрање пре него што правила која би била корисна за трговачку земљу као што је Енглеска, без икаквих модификација могу постати део индијског закона.

Али, корак даље. Само правило. Прва образложена дискусија правила се појављује у случају *Војводе од Норфолка*,²⁶ у коме је Лорд Канцелар Нотингам поставио да не постоји ништа неприродно или апсурдно у „могућности над могућностима и непредвиђене околности над околностима”. Али овај случај одлучује да би неки будући интерес могао бити ограничен почетком неког непредвиђеног случаја каквих нужно има у животу. Шеснаест година касније је уследио случај *Лојд Ђројив Каруа*,²⁷ који је поставио валидност наследства које треба да ступи на снагу у разумном року за живота. Међутим, остало је на случају *Сџивенс Ђројив Сџивенса*²⁸ да одлучи о валидности наследства за нерођено дете живе особе када оно напуни двадесет и једну годину, а за *Кагел Ђројив Палмера*²⁹ да коначно одреди да би период од двадесет и једне године требало да буде свеукупан.

Тако је тек 1833. (у деветнаестом веку) правило против перпетуитета добило облик који сада има. Лорд Бруам, који је своја мишљења изнео у предмету *Кагел Ђројив Палмера*, није крио своје незадовољство нелогичним процесом којим су донете одлуке које су успоставиле правило како данас постоји. Тако је у предмету *Фийс Ђројив Акерса*³⁰ рекао: „Судови, па чак и овај Дом су одобрили оно што се чак и очигледно чинило погрешним принципима, која су уведена и дуго сматрана за закон, пре него да изазову велике непријатности које морају произаћи из исправљања уобичајене грешке и повратка тачнијим тумачењима. Сходно томе, када се о случају *Кагел Ђројив Палмера* расправљало у овом Дому, ја сам саветовао ваша лордства да се држе наведених додатака који су знатно продужили временски период унутар кога се извршни поступак могао сматрати добрим.”

Опет, у предмету *Дунјанон Ђројив Смийа*,³¹ приметио је: „Законско је правило да овај период има укупан рок трајања од двадесет и једне године после живота или животā у питању; то су ваша лорд-

26 3 Ch. Ca. 1 (1681).

27 Шоуер 137 (1697).

28 Де Џ. & Џ. 62.

29 Cl. & F. 372 (1833), Тјудор L.C. 424.

30 9 Cl. & F. 533, 598.

31 12 Cl. & F. 546, 629.

strong opinion, which I believe is joined in by the profession at large, that it arises out of an accidental circumstance, out of a confusion I may say a misapprehension in confounding together the nature of the estate with the remedy at law by fine and recovery, which could not be applied till a certain life came to twenty-one years.“ Similar is his remark in *Colle v. Sewell*³²; he says: „The rule that you can take a gross term most certainly arises from a mistake,“ etc., etc.

Such is the short history of the rule. It does not affect the ultimate reversion of a fee simple to the landlord, nor does it affect easement by custom, nor does it concern itself with contracts: one may validly promise to pay A or his heirs or administrators a sum of money at a future event which may not happen within twenty one years after lives in being.

Again, if the rule is so beneficial as it is thought to be, it is rather inconsistent to allow charitable endowments to go out of its operation. The arguments with equal force apply to the latter. Moreover, *Christ's Hospital v Grainger*³³ and *In re Tyler*³⁴ make it quite possible that by laying down a condition that charity A was to enjoy a certain property so long as it paid a sum to the then living heir of the donor every year, and in case of failure the property to go to charity B, a perpetual provision could be made for one's descendants!

That the rule is by no means very just is shown by the experience of other highly developed systems of law. In Roman law the doctrine of *fidei commissa*³⁵ laughs to scorn the rule. So does the usufruct which passed generation after generation.

The Scotch law, again, had a most strict form of settlement on account of the express enactment of the Scotch Legislature in 1685. The „irritant and resolute clauses satisfied the most exalted views as to the attent of prospective control. The Act of 1848, c. 36, which allows the disentailing of a settlement, seems to have altered the law with respect to realty, while the Act of 1868, c. 84, allows only the creation of a life interest in favour of a party living with respect to movables. The law of France does not recognise the rule in its entirety, and it is possible to make such an interest as would defy the rule in England within certain limits.³⁶

32 2 H. L. C. 186, 233 (1848).

33 16 Simoon 83.

34 3 Ch. C.A. 252 (1891).

35 see Hunter's Roman Law; G, Bowyer's Comment on the Modern Civil Law, pp. 150-2.

36 6 Code Civil, 896, 897, 1048.

ства јасно утврдила на моју препоруку... Имам изражено мишљење, за које верујем да имам подршку широког круга колега, да оно настаје из случајних околности, из забуне – чак могу рећи погрешног схватања и мешања природе оставине са правним леком путем новчане казне и надокнаде, која се не би могла примењивати све док одређени живот не дође до двадесет и једне године.” Сличан је и његов одговор у *Коул њроџив Сјуела*;³² он каже: „Правило да можете узети укупан рок трајања свакако произилази из грешке”, итд, итд.

Таква је кратка историја овог правила. То не утиче на крајњи повраћај апсолутног права власништва на газду, нити утиче на обичај служности, нити се тиче уговора: неко може важећи да се обавезе да плати особи А или његовим наследницима или администраторима одређену количину новца приликом неког будућег догађаја који се можда неће десити током двадесет и једне године за живота.

Опет, ако је правило толико корисно колико се мисли да јесте, прилично је недоследно дозволити да добротворне задужбине изађу из употребе. Аргументи који имају једнаку снагу важе и за ово друго. Штавише, случај *Христјова Болница њроџив Грејнџера*³³ и случај *Џорџа В. Тајлера*³⁴ чине сасвим могућим да се постављањем услова да добротворна организација А ужива одређену имовину све док плаћа суму тадашњем живом наследнику донатора сваке године, а да у случају неиспуњавања имовина треба да оде добротворној организацији Б, могу трајно обезбедити потомци!

Да ово правило ни у ком смислу није праведно показује искуство других високоразвијених правних система. У римском праву доктрина *fidei commissa*³⁵ извргава руглу ово правило. Као и плодуживање које се преносило генерацију за генерацијом.

Шкотски закон је, пак, имао најстрожи облик завештања због експресног доношења шкотског законодавства 1685. године. „Ири-тантне и резолутне клаузуле” задовољавале су најекстремније ставове о обиму могуће контроле. Акт из 1848, ч. 36, који дозвољава поништавање завештања, изгледа да је променио закон у погледу непокретности, док Акт из 1868, ч. 84, дозвољава једино стварање права на доживотно уживање у корист странке која живи у односу на покретну имовину. Француско право не признаје ово правило у целости, и могуће је направити такав интерес који би се косио са правилом у Енглеској у оквиру одређених граница.³⁶

32 2 Н. L. C. 186, 233 (1848).

33 16 Сајмон 83.

34 3 Ch. C.A. 252 (1891).

35 Хантеров Римски Закон; Г. Бојеров Коментар о модерном грађанском праву, стр. 150–2.

36 *Code Civil*, 896, 897, 1048.

Objections to the Rule as applied to India. – The introduction of the rule in India is open to grave objections. First,³⁷ the introduction of the principles of the English law into the Mohammedan law would create the greatest inconvenience. It would be a composite system wholly unknown to the Mohammedan law and would cause such uncertainty that no man would know what his rights are and no lawyer could safely advise him upon the subject. Religion and law are so mixed up among the Mohammedans that any such introduction of new principles would necessarily mean the incorporation of principles at variance with their religion.

Secondly, the rule against perpetuities in its English form owes its origin to pure accident, and a glance at its history will show that its development was neither logical nor harmonious. To adopt a rule so complicated and involving such logical inconsistencies is most undesirable.

Thirdly,³⁸ „the general principle of public law in British India is that of supporting the private customary law of each of the principal classes, except where it has been distinctly superseded by the statutory rule (Charter of Supreme Court of Bombay, s. 29, 41 Moo. I.A. 423). The law and the opinion of the Mohammedans undoubtedly regard a trust (wakf) such as the one in question as a charity, and granting this is a charity the objection to a perpetuity fails according to the principle of the English law.“

The judgments embodied in the preceding pages are not in strict accordance with Mohammedan law, but they may perhaps be supported on the grounds of public policy³⁹ and equity. In the event of legislation the wholesale adoption of all forms of wakf may not suit the present progressive time, and therefore to avoid the Scylla of infraction of the Mohammedan law and the Charybdis of fraud, etc., on the part of settlors, the suggestion of Sir Comer Petheram, K.C., late Chief Justice of Bengal – „to create an office dealing with wakf with ultimate real benefaction to the poor, put under the control of judges“ – might prove very beneficial. The settlors should thereby be placed under the restriction to fully specify their intention to create the wakf to the judge, who after due investigations should formally sanction it. This will do away with any fraudulent intention on the part of settlors as well as express their real intention. As this in a great measure falls in with the view of Abu Hanifa as well as with practice in Egypt and Turkey, there can be no objection on the part of the Mohammedans.

The recognition of a limited kind of family settlement for the Mohammedans might solve the difficulty. They may be allowed to create

37 7 Tagore v. Tagore, per Sir Barnes Peacock, 4 B.L.R. 103.

38 1 Fatima Bibi v. Advocate General, per Sir Raymond West, 6 Bom, 42.

39 2 Blackstone

Приговори на правило које се примењује на Индију. – Увођење овог правила у Индију је отворено за озбиљне приговоре. Прво,³⁷ увођење начела енглеског права у мухамеданско право би створило озбиљну пометњу. То би био композитни систем потпуно непознат мухамеданском закону и проузроковао би такву несигурност тако да ниједан човек не би знао која су његова права и ниједан адвокат не би могао безбедно да га саветује по том питању. Религија и право су толико измешани међу мухамеданцима да би свако такво увођење нових принципа нужно значило сједињавање принципа који су у супротности са њиховом религијом.

Друго, правило против перпетуитета у свом енглеском облику дугује своје порекло чистој случајности, а када се погледа на његову историју видеће се да његов развој није био ни логичан ни хармоничан. Усвојити правило које је толико компликовано и укључује такве логичке недоследности је веома непожељно.

Треће,³⁸ „општи принцип јавног права у британској Индији јесте да се подржава приватно обичајно право сваке од најбитнијих класа, осим тамо где је изричито потиснуто одредбом (Повеља Врховног суда Бомбаја, с. 29, 41 Моо. И.А. 423). Право и мишљење мухамеданаца несумњиво сматра повереништво или траст (вакуф) попут овога о коме је реч као добротворну установу, а сходно томе да је у питању добротворно делање, приговор на перпетуитет је одбијен према принципу енглеског закона.”

Пресуде које се налазе у склопу претходних страница нису у строгом складу са мухамеданским правом, али оне можда могу бити подржане на основу јавне политике³⁹ и правичности.⁴⁰ У случају законодавства, свеукупно усвајање свих форми вакуфа можда неће одговарати садашњем прогресивном времену, и стога да би се избегла Сцила кршења мухамеданских закона и Харибда преваре итд., од стране завешталаца, предлог Сер Комера Петерама, К.Ц., покојног главног судије Бенгала – „да се створи канцеларија која би се бавила вакуфом са крајњом стварном добробити за сиромашне, стављена под контролу судија” – могао би се показати прилично корисним. Завештаоце би тако требало ставити под ограничење да судији у потпуности прецизирају своју намеру да створе вакуф, који би након одговарајуће истраге то требало формално и да одобри. Ово би стало на пут било каквим намерним преварама од стране завешталаца, успут изражавајући њихову стварну намеру. Пошто се ово у великој

37 Тагоре против Тагореа, према Сер Барнсу Пикоку, 4 V.L.R. 103.

38 *Фајџима Биби њројџив Генералној адвоката*, према Сер Рејмонду Весту, 6 Бом. 42.

39 Блекстоун.

40 У оригиналу је овде одштампана празна фуснота (прим. прев.)

family settlements, say, for a period of two or three generations, with power to the then existing motawalli to create another similar wakf if he so chooses, subject to a similar restriction. This in the main coincides with what Sir R. West (I am thankful to him for allowing me to mention his name) had suggested to Lord Northbrook on the subject. This reform will satisfy the Mohammedans as well as not go quite against the rule against perpetuities. We must remember that in the East the family forms the unit, while in the West the individual, and legislation, whether direct or indirect, should aim at the various states of things in different countries which it is meant to affect.

Sir Roland K. Wilson expressed a hope that the paper would be printed, as he had only been able to follow the reading of it very imperfectly, and it was evidently the result of extensive research. Addressing himself to the remarks of Mr. Ameer Ali, he expressed agreement with the criticisms passed by that learned writer in his books on the judgments of the Privy Council invalidating family settlements by way of wakf. He had been convinced by his arguments that such settlements were held valid by all schools at least as far back as the date of the Hedaya, and probably several centuries earlier, which was a sufficient reason for their being held valid by the British Courts administering Mohammedan law, though he did not think it proved, or likely, that Mohammed himself had had his attention directed to the practice and had given it his sanction. Still less could he agree with the lecturer that it was an institution of Pre-Islamic Arabia, seeing that it presupposed social conditions which did not then exist.

Where he differed from Mr. Ameer Ali was on the question of public policy. However erroneous, the rulings of the highest Court of Appeal must stand until reversed by legislation, which was the course advocated by that gentleman. He, on the contrary, considering the rulings in question to be sound from the point of view of public utility though wrong in law, would like to see the irregularity cured by confirmatory legislation provided always that this could be done without seriously offending Mohammedan sentiment. Whether the general opinion of Indian Mohammedans (including the landless as well as the land-owners) was so strongly in favour of subjecting the living to the wishes or caprices of the dead that it could not be safely disregarded, could only be ascertained by a commission of inquiry and some system of vote taking, and this was the course that he himself had advocated, in an article which appeared some time ago in *The Nineteenth Century*.

мери уклапа у став Абу Ханифе, као и са праксом у Египту и Турској, не може бити приговора од стране мухамеданаца.

Признавање ограничене врсте породичног завештања за мухамеданце могло би решити ову потешкоћу. Њима се може дозволити да стварају породична завештања, рецимо, за период од две или три генерације, са овлашћењем постојећег мутевелије да створи још један сличан вакуф ако то одлучи, подложно сличном ограничењу. Ово се углавном поклапа са оним што је Сер Р. Вест (захвалан сам му што ми је дозволио да споменем његово име) предложио лорду Норт-бруку на ту тему. Ова реформа ће задовољити мухамеданце а неће се потпуно супротстављати правилу против перпетуитета. Морамо имати на уму да на Истоку породица формира јединицу, док је на Западу то појединац, и законодавство, било директно или индиректно, треба да се фокусира на разна стања ствари у различитим земљама на која треба да утиче.

Сер Роланд К. Вилсон је изразио наду да ће рад бити одштампан, јер је веома тешко могао да прати његово читање, а очигледно је био резултат опсежног истраживања. Одговарајући на примедбе господина Амира Алија, он је изразио сагласност са критикама које је тај учени писац изнео у својим књигама о пресудама Крунског савета којима се породична завештања путем вакуфа поништавају. Био је убеђен његовим аргументима да су таква завештања све школе сматрале правно важећим бар од времена Хедаје, а вероватно и неколико векова раније, што је био довољан разлог да их британски судови који примењују мухамедански закон сматрају валидним, иако је мислио да није доказано, нити да је вероватно, да је лично Мухамед усмерио пажњу на ту праксу и да ју је одобрио. Још се мање могао сложити са предавачем у томе да је вакуф институција предисламске Арабије, будући да то претпоставља друштвене услове којих тада није било.

Оно у чему се мимоилази са мишљењем господина Амира Алија било је питање јавне политике. Колико год да су биле погрешне, пресуде највишег апелационог суда морају да важе док их законодавство не преокрене, што је и био став који је заступао тај господин. Он је, напротив, сматрајући да су дотичне пресуде оправдане са становишта јавне корисности иако су погрешне по закону, желео да види да се та неправилност излечи потврђујућим законодавством – увек под условом да се то може учинити без озбиљног вређања верских осећања мухамеданског становништва. Да ли је опште мишљење индијских мухамеданаца (укључујући и оне без земљишта као и земљо-

Sir R. WEST, in closing the proceedings, said: Mr. Majid well deserves the thanks of the Society, and all present will, I am sure, concur with me in acknowledging the valuable contribution he has made to our transactions in the paper he has read. The subject is one of some difficulty and one that has given rise to considerable differences of opinion even among Mohammedan jurists. It is hardly to be wondered at, therefore, if our Anglo-Indian Courts and the Supreme Court of the Privy Council, coming to the consideration of Mohammedan settlements in the form of wakf with a set of preconception somewhat incongruous with Mussulman ideas, should have arrived at conclusions not quite acceptable to the general body of the believers in India. The difficulties of the case were not peculiar to our own Courts. There had been an almost equal clashing of principles and decisions under the French rule in Algeria, though the variances there were of a different kind, as they touched on the divergent doctrines of the Hanifite and Malekite schools of Islamic law and the patent inconsistency between the sacred inspired rule of family succession and the recognition or supposed recognition by Mohammed in practice of a system of dedication shading off into a law of entails or substitutions by which property could be tied up in mortmain for a long series of generations. The Arabian prophet found a system prevailing of strict agnatic succession. This he modified considerably and humanely in favour of females and cognates. The rules thus laid down by him had a divine sanction and admitted *prima facie* of no exception on grounds of mere human policy. But according to the traditions he approved in one or two instances a dedication during a founder's life of property such as to defeat the expectations of the heirs. He recognised too the principle of religious merit acquired by *sadakah* or gifts designed for that purpose, a view quite in harmony with that which suggested many Christian dedications in the earlier ages of our Church. Moreover, it was declared that no bounty could be more meritorious than that by which a benefactor's own descendants profited. Hence side by side with a rigid rule of inheritance a system of dedications and substitutions was evolved by the Moslem jurists – not without much controversy – by which, provided there were some clearly indicated ultimate bequest to the poor or the public, a series of successions might be constituted entirely superseding the ordinary descent in virtue of family connection. There is no abhorrence of a perpetuity, nor indeed in ordinary cases of any strict prescription under the Mohammedan law, but the conflict of principles as between wakf and inheritance could not escape attention; and the Mohammedan rulers, even those of the highest integrity, were embarrassed by finding a large proportion of the land placed *extra commercium* and

поседнике) ишло толико у прилог подвргавању живих жељама или хировима мртвих да се то не може без размишљања занемарити, могло би се само утврдити истражном комисијом и некаквим системом гласања, а то је био правац који је он сам заступао у чланку који се појавио пре извесног времена у часопису *The Nineteenth Century*.

Сер Р. Вест је, при затварању скупа, рекао: Господин Маџид потпуно заслужује захвалност Друштва, и сви присутни ће се, сигуран сам, сложити са мном у признавању драгоценог доприноса који је дао нашим расправама радом који је прочитао. Ова је унеколико сложена тема која изазива значајне разлике у мишљењу чак и међу мухамеданским правницима. Није за чуђење, дакле, да наши англо-индијски судови и Врховни суд Крунског савета, који приступају разматрању мухамеданских завештања у виду вакуфа са неколико предубеђења донекле неспојивих са муслиманским идејама, дођу до закључака који нису потпуно прихватљиви за већем делу верника у Индији. Тешкоће случаја нису биле својствене само нашим судовима. Дошло је до готово једнаког сукоба принципа и одлука под француском влашћу у Алжиру, иако су ту биле варијације друге врсте, јер су се тицале различитих доктрина ханифитске и малекитске школе исламског права и очита недоследност између свете надахнуте владавине породичног наслеђа и Мухамедовог признавања или препостављеног признавања у пракси једног система посвећивања који се претвара у закон о примогенитури или супституцији који могу имовину везати у *morita manus* за дуги низ генерација. Арапски Пророк је пронашао систем који превазилази стриктну агнатску сукцесију. Ово је значајно и хумано модификовао у корист жена и сродника. Правила која је он тако поставио имала су божанско одобрење и признавала су се *prima facie* без изузетка на основу пуне људске политике. Али према традицији он је одобрио у једној или две инстанце посвећење имовине током живота оснивача како би се осујетила очекивања наследника. Он је такође признавао принцип религиозне заслуге стечене *sadatom* или даровима који су створени за ту сврху, што је сасвим у складу са оним што је мотивисало многа хришћанска посвећења у ранијем добу наше Цркве. Штавише, проглашено је да ниједна награда не може бити више заслужена од оне од које добробит имају потомци добротинитеља. Стога су, раме уз раме са ригидним правилом наслеђивања, муслимански правници развили систем дедикације и супституције – не без много контроверзи – путем којег, под условом да је неко јасно изразио да жели да остави завештање за

exempted from fiscal contribution by the sacred impress of dedication. The unquestioned rule of inheritance was not opposed by any equally clear and complete pronouncement in favour of testamentary dedications or wakfs, and the conflict of doctrines which divided the schools of jurists made the subject one most appropriate for imperial and thence also for judicial determination. Thus our Privy Council might on purely Mohammedan principles have found their way to conclusions not widely different from those at which they have actually arrived. As matters stand it may, I think, be said that while the doctrine, broadly expressed, as to the unlawfulness of perpetuities is repugnant to Mohammedan ideas and sensibilities, yet a moderate law of entail limiting the right of disposition to two or three generations and not impairing the rights and capacities of the poor would be gladly accepted by our Moslem fellow-subjects as a reasonable compromise between tradition and public policy. A practical enforcement of the law of interdiction and guardianship as against prodigals would be no less acceptable and would be quite conformable to the sacred law. A wakf duly constituted is regarded as a gift to God for the benefit of some class of His creatures. It takes immediate effect through the mutawalli's acceptance, and the beneficiaries may, according to Mohammedan principles, be preferably the descendant of the settler or wakif just as well as in England a first claim on certain endowment may be constituted in favour of a founder's kin.

сиромашне или јавност, могао се конституисати низ наследства који би заменио обично наслеђе на основу породичне везе. Нема аверзије према непрекидности, нити у обичним случајевима било каквог стриктног става по мухамеданском закону, али сукоб принципа између вакуфа и наслеђивања није могао избећи пажњу; а мухамедански владари, чак и они са највише интегритета, осећали су стид пред чињеницом да је велики део земље стављен *extra commercium* и изузет од фискалних доприноса светим печатом посвећености. Неупитном правилу наслеђивања није се супротставила ниједна подједнако јасна и комплетна изјава у корист тестаментарних посвећивања или вакуфа, а конфликт доктрина који је поделио различите школе права учинио је предмет примереним за империјално, а отуда и за судско просуђивање. Дакле, наш Крунски савет би, вођен чисто мухамеданским принципима, могао да дође до закључака који се не разликују много од оних до којих је иначе дошао. Како ствари стоје, сматрам да се може рећи да је доктрина о незаконитости непрекидности, у најширем смислу, одбојна мухамеданским идејама и сензибилитету, ипак би умерени закон примогенитуре који ограничава право располагања на две или три генерације и не оштећује права и овлашћења сиротиње наши муслимански сународници радо прихватили као разуман компромис између традиције и јавне политике. Практична примена закона о забранама и старатељству за расипнике не би била ништа мање прихватљива, и била би сасвим у складу са светим законом. Вакуф прописно конституисан сматра се поклоном за Бога ради добробити неке класе Његових створења. Он ступа на снагу одмах по прихватању мутевелија, а пожељно је да корисници буду, према мухамеданским принципима, потомци завештаоца или вакифа, као што у Енглеској прече право на одређено завештање може бити конституисано у корист родбине оснивача.