

RIMSKOPRAVNI, KANONSKI, KODIFIKATORSKI I ŠERIJATSKI UTJECAJ NA UREĐENJE SKLAPANJA I RAZVODA BRAKA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: *Temeljem analize relevantnih pravno-povijesnih izvora autorice u radu određuju i kompariraju utjecaj normi rimskoga prava, konfesionalnih normi kanonskoga prava, normi europskih kodifikacija građanskoga prava koje će konačno unificirati institut braka (ograničavajući se pri tome na norme Francuskoga građanskog zakonika Code Civile-a i Austrijskoga građanskog zakonika), te normi šerijatskoga prava i kako su sve one oblikovale i utjecale na pozitivnopravno uređenje sklapanja i razvoda braka u Bosni i Hercegovini. Aktualnost obrađene teme posebice se ističe u razumijevanju poimanja braka/ženidbe u konfesionalnim normama i poimanja braka po civilnom pravu, posebice ukoliko se ima u vidu „dualnost forme“ sklapanja i razorgavanja braka u ovisnosti radi li se o civilnom braku ili vjerskom braku.*

Ključne riječi: *brak, rimsko pravo, kanonsko pravo, Code Civile i OGZ, šerijatsko pravo, suvremeno pravo BiH*

* Izv. prof. dr. sc. Ivona Šego – Marić, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, ivona.sego-maric@pf.sum.ba

** Ivana Marušić, mag. iur., asistentica, Pravni fakultet Sveučilišta u Mostaru, student Poslijediplomskog doktorskog studija pravnih znanosti, ivana.marusic@pf.sum.ba

*** Barbara Landeka, univ.bacc.iur., student diplomskog studija Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, barbara.landeka@pf.sum.ba

Uvod

Pojam braka, način sklapanja i razvrgavanja braka mijenjao se kroz povijest, a društveno-pravne promjene i općenito percepcija društva na brak utjecala je izravno i na njegovo uređenje u pravnom smislu, kao odraz čovjekove svijesti na pravo na brak. Gledano unatrag, institut braka prošao je faze od njegova poimanja od ugovornog odnosa do instituta strogo zaštićenoga i reguliranoga od strane države.¹ Danas je pitanje načina pravnog uređenja braka tema mnogih rasprava pravnih praktičara i teoretičara ali i šire javnosti. U zemljama europsko-kontinentalnoga pravnog sustava, kojemu pripada i Bosna i Hercegovina, velik utjecaj na regulaciju braka, njegova sklapanja i razvrgavanja, izvršilo je rimsko pravo čiji instituti će kasnijom recepcijom kroz europske građanske kodifikacije ući i u suvremeni pravni poredak i temeljem kojih će se pravo na sklapanje braka nametnuti kao jedno od osnovnih ljudskih prava. Međutim, osim značajne uloge koju je rimsko pravo ostvarilo na zakonsko normiranje braka i bračnih odnosa, veliku ulogu ostvarit će i konfesionalne pravne norme bez kojih je gotovo nemoguće spoznati pravu važnost braka u nekom društvu i državi.

U pravnom sustavu Bosne i Hercegovine teško je analizirati problematiku braka, a da se pri tome ne promotre shvaćanja braka unutar konfesionalnih normi, odnosno u kanonskom pravu Katoličke i Pravoslavne crkve i u šerijatskom pravu, te posljedice koje izazivaju u suvremenom zakonodavstvu. Stoga se čini veoma važnim analizirati te komparirati osnovne odrednice o sklapanju i razvrgavanju braka koje je postavilo rimsko pravo, kasnije prihvaćenim u europskim građanskim kodifikacijama, s odrednicama koje proizlaze iz kanonskoga i šerijatskoga prava, posebice ukoliko se ima na umu njihova različitost, te „dvojni sustav“ sklapanja braka u Bosni i Hercegovini, odnosno odvojenosti sklapanja građanskoga i vjerskoga braka.

1. *Matrimonium* rimskoga prava kao osnova pravnog uređenja braka europsko-kontinentalnoga pravnog kruga

Europsko-kontinentalni pravni sustav osim kanonskoga i germanskoga prava, prirodno-pravne teorije, temelji se i na recepciji rimskoga prava. Važnost rimskoga prava očituje se u činjenici što ono predstavlja temelj kontinentalnoga pravnog sustava, nije prolazna kategorija, nego duboko ukorijenjeno u suvremeni pravni sustav, a evolutivne oblike vidimo i u pozitivnom pravu Bosne i Hercegovine.² Monogamnost

¹ Više o pravnoj prirodi braka vidi u: BELIĆ, M., Pravna narav braka, Bogoslovska smotra, vol. 23, No. 3, 1935., dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/67429> (31. 3. 2023.).

² Više o recepciji rimskoga prava i utjecaju na razvoj europsko-kontinentalnoga pravnog kruga vidi u: STEIN, P., Rimsko pravo i Europa, Golden marketing - Tehnička knjiga, Zagreb, 2007.

braka, suglasnost volja i slobodan pristanak na brak, imovinsko-pravni odnosi nastali iz braka, različitost spolova, neki su od neophodnih elemenata preuzetih iz braka u rimskom pravu, koji i danas čine srž instituta braka i razlikuju ga od drugih javnih pravnih instituta, iako daljnji kontinuitet pojedinih elemenata postaje upitan.

U rimskoj pravnoj tradiciji brak je pravom uređena trajna zajednica muškarca i žene.³ Materija bračnoga prava u Rimu nije bila strogo zakonski regulirana, kao što je to slučaj sa suvremenim zakonodavstvom, nego su uređenje ovog instituta, njegov razvoj i opstanak bili prepušteni običajnom pravu ili su ovisili o volji bračnih partnera, stoga ne pronalazimo strogu zakonsku određenost braka u rimskom pravu.

Izvori rimskoga prava spominju dvije definicije braka. Modestianova prema kojoj je brak zajednica muškarca i žene ujedinenih za cijeli život, ustanova božanskoga i ljudskoga prava (*nuptiae sunt coniunctio mari set feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*).⁴ Upravo ta dodatna fraza *consortium omnis vitae* otvorila je prostor za različita tumačenja. Središnji pojam rasprave postala je činjenica podrazumijeva li ona neraskidivu vezu za cijeli život, što bi bilo kontradiktorno rimskoj slobodi razvoda braka ili uključuje *societas vitae*, blisku životnu i tjelesnu zajednicu koja „veže partnere na način da sudbina jednog postaje sudbina drugog“.⁵ Druga, kasnija definicija braka jest ona Justinijanova prema kojoj je brak zajednica muža i žene ustanovljena radi trajne životne zajednice (*matrimonium est viri et mulieris coninctio, individuam consuetudinem*).⁶ Analizirajući navedene definicije vidljivo je da se brak u rimskom pravu smatra socijalnom kategorijom s određenim pravnim i moralnim obvezama bračnih partnera, a za pravno valjan brak morala su biti kumulativno ispunjena dva uvjeta, stvarna zajednica života i trajna namjera bračnih supružnika da žive u braku.

Za razliku od izvora klasičnoga rimskog prava koji su polazili od trajnoga i kontinuiranoga konsenzusa bračnih drugova (*consensus continuus*) kao neophodnog elementa za opstojnost braka, pod utjecajem kršćanskoga nauka u postklasičnom pravu uslijedila je promjena u shvaćanju da je za postojanje braka dostatna samo početna volja, odnosno inicijalni konsenzus (*consensus initialis*), čime su postupno stvorene pretpostavke za doktrinu o nerazrješivosti braka.⁷ Upravo ovo načelo inicijalnog konsenzusa postat će temelj uređenja braka u europskim građanskim kodifikacijama i temelj suvremenog uređenja braka.

³ PETRAK, M., *Traditio iuridicia*, vol. II, *Verba iuris*, Novi informator, Zagreb, 2016., str. 230.

⁴ D. 23,2,1, prema: *The Digest of Justinian*, vol. 2, prijevod na engleski: WATSON, A., University of Pennsylvania, Philadelphia, 1985. (dalje u tekstu: D.)

⁵ ŽIHA, N., BERDICA, J., Utjecaj kršćanske tradicije na institut braka u *Corpus iuris civilis*, Zbornik radova 1700 godina Milanskog edikta, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2013., str. 691.

⁶ ROMAC, A., *Rječnik rimskog prava*, Dominović, Zagreb, 2018., str. 215.

⁷ ŽIHA, N., BERDICA, J., *op. cit.*, str. 701.

U Rimu su postojale, vjerojatno od najstarijih vremena, a kako nam svjedoči Zakonik XII ploča, svakako već od vremena prije toga zakonika, dvije vrste braka. Naime, brak, kod kojeg je žena prelazila iz svoje obitelji u muževu obitelj i time pod njegovu vlast, odnosno pod vlast *pater familiasa* suprugove obitelji, i brak, kod kojeg nije dolazilo do takve promjene obiteljske pripadnosti.⁸ Vremenom će brak s *manu som* iščeznuti, te će kao opći oblik braka zavladatai brak *sine manu*.

Pretpostavke za zaključenje zakonitoga rimskog braka (*matrimonium iustum*) bile su *ius connubi*⁹ i pristanak obiju stranaka (*consensus facit nuptias*), a ako su zaručnici bili pod očinskom vlašću, bio je potreban pristanak i *pater familiasa*.¹⁰ Zaključivanje braka trebalo je biti slobodno (*Matrimonia debent esse libera!*),¹¹ a brak nije mogao nastati ako se ne usuglase svi, oni koji ga zaključuju i oni pod čijom su vlašću.¹² Brak je bio zabranjen između krvnih srodnika u ravnoj liniji srodstva, a u pobočnoj liniji u staro doba bio je isključen između srodnika do sedmog stupnja srodstva, a u klasičnom razdoblju do četvrtoga stupnja.¹³ Ovakve formulacije bračnih zapreka preuzet će i europske građanske kodifikacije.

Također, pojedina suvremena prava postavljaju još jedan uvjet za zaključenje braka koji se odnosi na različitost spolova. Rimsko pravo to izričito ne regulira, ali se podrazumijeva.¹⁴ Rimski brak temeljio se na načelu monogamije, a zaključenje drugoga braka prije nego što je raniji prestao, povlačio je za odnosnu osobu infamiju.¹⁵ Načelo monogamnosti braka nastavit će svoj put od rimskoga prava do europskih građanskih kodifikacija i afirmirati se kao jedno od osnovnih načela na kojem se temelji brak u zemljama europsko-kontinentalnoga pravnog kruga, a što će činiti razliku u odnosu na zajamčenu poligamiju u šerijatskom pravu.

Forma sklapanja braka razlikovala se ovisno je li se brakom htjela uspostaviti vlast nad ženom (brak *cum manu*) ili ne (brak *sine manu*). *Cum manu* brak se mogao sklopiti u formi vjerske svečanosti, simboličkom kupovinom buduće supruge

⁸ EISNER, B., HORVAT, M., Rimsko pravo, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948., str. 143.

⁹ *Ius connubi* - pravo na sklapanje braka priznato zakonom. Izvorno je bio ograničen na patricije, sve do donošenja *Lex Canuleia* kojim su dopušteni brakovi između patricija i plebejaca. *Ius connubi* stranaka bio je nužan uvjet valjanosti braka. BERGER, A., Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, Reprinted, 1991., str. 527.

¹⁰ ROMAC, A., Rječnik rimskog prava, cit. u bilj. 6, str. 216.

¹¹ Codex Justinijanusa, 8,38,2 (Zaključivanje braka treba biti slobodno).

¹² D. 23,2,2, *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.*, prema: ROMAC, A., Izvori rimskog prava, Informator, Zagreb, 1973., str. 166.

¹³ ŠARAC, M., LUČIĆ, Z., Rimsko privatno pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2006., str. 75.

¹⁴ STANOJEVIĆ, O., Rimsko pravo, bosanskohercegovačko izdanje, Magistrat, Sarajevo, 2000., str. 162.

¹⁵ PETRAK, M., op. cit., str. 230. Također vidi: CJ. 9,9,18, *Eum qui duas simul habuit uxores sine dubitatione comitatur infami*, prema: ROMAC, A., Izvori rimskog prava, cit. u bilj. 12, str. 166. Infamija (lat. sramota, loš glas), stanje smanjene građanske časti, koje je imalo za posljedicu umanjivanje kako pravne tako i djelatne sposobnosti pojedinca. ROMAC, A., Rječnik rimskog prava, cit. u bilj. 6, str. 149.

i zajedničkim brakom u trajanju od najmanje godinu dana od zaključenja braka.¹⁶ Za sklapanje braka *sine manu* nije se zahtijevala određena forma, bilo je dovoljno da su ispunjena dva osnovna kumulativna uvjeta, *affectio maritalis* i stvarna zajednica života supružnika.

Kada govorimo o prestanku braka, brak u Rimu mogao je prestati razvodom, smrću, zarobljavanjem ili gubitkom slobode nekog od bračnih partnera, D. 24,2,1. *Dimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute eorum.*¹⁷

Načelno je rimsko pravo stajalo na načelu slobodnoga razvoda braka o čemu najbolje svjedoči činjenica da za razvod braka nije potreban neki točno određeni razlog. Postupno će se, zbog izraženog utjecaja kršćanskog učenja, za razvod braka zahtijevati opravdani razlozi. A ugovor kojim bi stranke eventualno isključile razvod braka smatrao se ništavim.¹⁸

U postklasičnom periodu, pod utjecajem teološkoga promišljanja o nerazrješivosti braka, dolazi do bitnih promjena u poimanju razvoda u rimskom pravu. Ograničenje razvoda prvi je uveo car Konstantin Konstitucijom iz 331. godine (Cod. Theod. 3,16,1) kojom je predviđao razloge zbog kojih je dopušteno razvesti brak, kao i kaznene sankcije za slučajeve razvoda protivno zakonu, zatim je godine 449. Konstitucijom Valentijana III. i Teodozija II. (C. 5,17,8) propisano da je za razvod braka neophodno bračnom drugu dostaviti izričito pismeno očitovanje, a Justinijan je Novelom 22 klasificirao vrste razvoda braka u četiri kategorije.¹⁹ Justinijan smanjuje broj opravdanih razloga za rastavu, pooštrava kazne za bezrazložne rastave i čak 556. godine utvrđuje ništavost bezrazložnih rastava (*Nov. 134,11, pr. Zapovijedamo da se ne smiju vršiti jednostrani razvodi, osim iz onih razloga...*), a godine 542. gotovo potpuno zabranjuje sporazumnu rastavu (*Nov. 117,10: Do danas su neki i sporazumno razorgavali svoje brakove, ali ubuduće to nikako ne dopuštamo*).²⁰

¹⁶ Gai. Instit., 1, 110-113 Nekada su bila tri osnovna načina za dolazak pod *manus*: to su *usus, farreus i coemptio*. Na osnovi *ususa* dolazila je pod *manus* žena koja je bila u braku neprekidno godinu dana, jer je jednogodišnjim posjedovanjem u neku ruku stjecana dosjelošću, pa je ulazila u porodicu muža i dobivala pravni položaj kćeri. Stoga je u Zakoniku XII ploča bilo propisano da žena, koja ne želi da na ovaj način dođe pod *manus* muža, treba svake godine uzastopno tri noći izostatiti (iz kuće), pa je na taj način svake godine *usus* bio prekidan. Vidi u: STANOJEVIĆ, O., Gaj - Institucije, Gai Institutionum comentarii, Nolit, Beograd, 1982., str. 61.

¹⁷ D. 24,2,1, Brak prestaje razvodom, smrću, zarobljavanjem ili gubitkom slobode na drugi način, jednoga od bračnih drugova; prema: ROMAC, A., Izvori rimskog prava, *cit. u bilj.* 12, str. 177.

¹⁸ CJ. 8,38,2 (*Imp. Alexander*). Od starine se htjelo da brak bude slobodan. Zbog toga sporazumi, prema kojima ne bi bilo dopušteno razvesti brak, ne vrijede, a nesporno je da ni ugovori, kojima se nameću kazne onome tko razvede brak, nisu pravovaljani, prema: ROMAC, A., Izvori rimskog prava, *cit. u bilj.* 12, str. 177.

¹⁹ ŽIHA, N., BERDICA, J., *op. cit.*, str. 696-697.

²⁰ BORAS, M., MARGETIĆ, L., Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci, Rijeka, 1998., str. 244.

2. Utjecaj kanonskoga prava na oblikovanje normi o sklapanju i razvodu braka

Dvije velike svjetske religije koje su imale dominantan utjecaj na pravna rješenja o sklapanju i razrješenju braka u srednjem vijeku bile su kršćanstvo i islam. Filozofska uvjerenja, utjecaj kršćanstva na rimsko obiteljsko i bračno pravo nesumnjivo je bilo veoma izraženo, što nimalo ne iznenađuje jer u osnovi kršćanske religije nalaze se brak i obitelj.²¹ Pod utjecajem kršćanskih doktrina uvelike su novelirani mnogi instituti rimskoga prava. Ipak, još i za vrijeme Justinijana, kršćanskoga cara, u bračnoj je sferi zadržano načelo razrješivosti braka, iako su *de facto* uvedene kazne za gotovo sve slučajeve razvođenja, osim za one koji su se smatrali božanskom intervencijom (*divortium bona gratia*).²² Važno je naznačiti razlikovanje pojma braka kao novije svjetovne/civilne kategorije i pojma ženidbe kojeg doktrina Katoličke crkve koristi za sakrament, stoga će se u ovom radu ti termini tako i koristiti.

Kanonsko ženidbeno i obiteljsko pravo izgradilo se s jedne strane na temeljima kršćanske vjere i učenja različitih crkvenih otaca koji su oblikovali shvaćanja univerzalne crkve glede toga pitanja, ali i pod djelomičnim utjecajem rimsko-germanske tradicije.²³ Premda je rimsko pravo utjecalo na oblikovanje pojedinačnih pitanja i rješenja koja su svoj izričaj dobila kao pravna pravila, poput konsenzualne pravne naravi ženidbe (*affectio maritalis*), u svojoj se biti kanonsko ženidbeno i obiteljsko pravo bitno razlikovalo od pravila rimskoga prava o neformalnom načinu sklapanja braka, načelu dopuštenosti i velike slobode razvoda, snošljivosti prema konkubinatu, pozakonjenje izvanbračne djece i dr.²⁴

Zbog spomenutoga razloga, da Katolička crkva zastupa načelo nerazrješivosti braka (kan. 1056: „Bitna su svojstva ženidbe jednost i nerazrješivost koja u kršćanskoj ženidbi zbog sakramenta zadobivaju posebnu čvrstoću“),²⁵ mogućnost razrješivanja ženidbe iznimno je i strogo propisana. Prema kan. 1141: „Tvrda i izvršena ne može se razriješiti nijednom ljudskom vlašću, a ni zbog ikakva razloga, osim smrću.“²⁶ Načelo apsolutne nerazrješivosti ženidbe utemeljeno je u ispunjenju triju nužnih pretpostavki: krštenje obaju ženidbenih drugova, valjano slavljenje ženidbe

²¹ ILIĆ, V., Utjecaj hrišćanstva na rimsko porodično pravo, Zbornik radova 1700 godina Milanskog edikta, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, str. 763.

²² BRATKOVIĆ, M., Razvrnuće braka u rimskom, kanonskom i suvremenom hrvatskom obiteljskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 61, No. 1, 2011., str. 124.

²³ OBADIĆ, I., ERENT-SUNKO, Z., Harmonizacija i unifikacija obiteljskog prava u Europi pravopovijesne pretpostavke i (ne)mogućnosti, Grčko-rimsko i kanonsko pravo temelji pravne kulture zapada (ur. MILOTIĆ, I.), Pazin, 2020., str. 184.

²⁴ *Ibid.*, str. 184-185.

²⁵ Kan. 1056., Codex iuris canonici Fontium annotatione auctus - Zakonik kanonskog prava s izvorima, Glas koncila, Zagreb, 1996.; dalje u tekstu: Codex iuris canonici.

²⁶ Kan. 1141. Codex iuris canonici.

i konzumacija braka.²⁷ *Vinculum matrimonii rati et consumati* je nerazriješiv.²⁸ Ne postoji nikakva dispencija koja može dovesti do razvrgavanja braka. Nemoguće je da Crkva bilo kakvim aktom to dopusti, niti postoje pretpostavke u kanonskom pravu čije bi ispunjenje predvidjelo razvrgnuće braka. Također, kanonsko pravo grijeh supružnika (bilo muškarca ili žene) u braku ne vidi kao razlog za njegovo razvrgnuće.

Primjerice, preljub se u Katekizmu Katoličke Crkve²⁹ spominje kao povreda dostojanstva ženidbe kao sakramenta, ali ne postoji mehanizam u kanonskom pravu kojim bi preljub bio osnova za raskid braka kao ugovora. Ipak, u institutu „odvajanja“ supružnika u kanonskom pravu preljub je jedan od temelja za taj čin.

Ako promatramo kanonski brak strogo kao ugovor, a ne sakrament i viši duhovni čin, može se reći da supružnici ne odgovaraju za brak u vidu pravnih posljedica nego isključivo onih moralnih u okviru kršćanske etike.

Katolička crkva, ipak, razlikuje pojam „rastave“ i „odvajanja supružnika sa zadržavanjem bračne veze“. Rastava predstavlja teški grijeh, dok je odvajanje dopušteno u slučajevima koje propisuje Zakonik kanonskoga prava.³⁰ U propisane razloge ubrajaju se: preljub i ugrožavanje supružnika i(li) djece, bilo tjelesno ili duševno, od strane drugoga supružnika. Zakonik omogućuje ponovno združivanje supružnika u vidu zajedničkoga života.³¹

Podjelom kršćanske crkve na istočnu (pravoslavnu) i zapadnu (katoličku) prihvaćena su različita shvaćanja i po ovom pitanju. Dok Katolička crkva prihvaća učenje apostola o neraskidivosti braka, iz čega proizlazi da razvod nije dopušten, uz iznimno davanje mogućnosti poništenja braka i rastave od stola i postelje (*à mensa et toro*), Pravoslavna crkva tumači brak kao božansku i neraskidivu zajednicu, ali u pogledu ovoga stajališta nije apsolutna, pa dopušta da brak, iako neraskidiv, kao ljudska ustanova može prestati.³² U kanonskom pravu Pravoslavne crkve definicija braka nosi snažno obilježje iz Justinijanova zbornika *Digeste*, a kao takva našla se i u *Nomokanonu* te iz toga zbornika definicija braka ušla je u Svetosavsku krčmiju, i u druge zbornike.³³ Pravoslavna crkva čuvala je učenje o neraskidivosti bračne veze, ali kada je u IV. stoljeću stupila u vezu s državom, učinjen je kompromis: naime

²⁷ BRATKOVIĆ, M., *op.cit.*, str. 127.

²⁸ The Roman Catholic Marriage Laws: from a Roman Catholic Point of View, *The Contemporary Review*, 1875., vol. 26, str. 412, Periodicals Archive Online Collection; dostupno na: <https://www.proquest.com/docview/1294618771?pq-origsite=primo> (20. 5. 2023.).

²⁹ Katekizam Katoličke Crkve, Hrvatska biskupska konferencija, Glas Koncila, 2016., str. 2380, dalje u tekstu: KKC.

³⁰ KKC, str. 2383-2384.

³¹ Kan. 1151 - 1155, *Codex iuris canonici*.

³² HUSEINSPAHIĆ, A., Uporednopravni pregled divortiuma u antičkom Rimu, razvod braka u kanonskom pravu i et-talaq u šerijatskom pravu u odnosu na pozitivno bračno pravo u Bosni i Hercegovini, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, br. 9/2012, Zenica, str. 158-159.

³³ NIKOLIĆ, J., Razvod braka u pravoslavnoj Crkvi, *Bogoslovska smotra*, vol. 49, No. 1-2, 1979., str. 181.

promjene njezina statusa i nove društvene i političke prilike učinile su da se odstupilo od strogih propisa o razvodu braka. Zauzvrat država je onda izdala stroge zakonske odredbe protiv samovoljnoga i dogovornoga razvoda.³⁴

3. Pravo na sklapanje i razvod braka prema Francuskom građanskom zakoniku i Austrijskom općem građanskom zakoniku

Prije Francuske revolucije u Francuskoj se na odnose u obitelji, kao i na druge društvene odnose, primjenjivalo običajno pravo na sjeveru, rimsko na jugu, crkveno pravo i pravo koje se temeljilo na kraljevim odlukama. Razvod nije bio dopušten, ali su civilno i crkveno pravo dopuštali rastavu (*séparation de corps et d'habitation*).³⁵ Zakonom o braku i obitelji iz 1792. godine i od toga je zakona civilni brak obavezan, ukida se institut rastave od stola i postelje, te institut razvoda braka postaje moguć.³⁶ U odnosu na činjenicu uvođenja civilnoga braka kao obaveznoga, važno je spomenuti da je ostavljena i mogućnost sklapanja ženidbe u crkvi, koja je imala sakramentalno značenje, ali tek nakon što je sklopljen civilni brak, što je trebalo biti dokazano potvrdom službenika pred kojim se sklapao taj brak.³⁷

Proučavajući povijest pravnog uređenja obiteljskih odnosa i bračnoga prava, *Code civil* donio je važne promjene. *Code civile* kodificira obavezu sklapanja civilnoga braka, odnosno braka kao zakonske obaveze, a ne vjerskog obreda ili sakramenta i na taj način se ponovno vraća onoj početnoj, ugovornoj, koncepciji braka u rimskom pravu.

Brak se mogao slobodno sklopiti ali je bio uvjetovan slobodnim pristankom bračnih supružnika propisujući u odredbi čl. 146. *Code civile* da „nema braka bez pristanka“.³⁸ *Code civile* izričito stoji na načelu monogamnosti braka jer postojanje

³⁴ Razvod braka može tražiti samo nevina strana, a krivac samo ukoliko su oba bračna druga kriva. Tu je došla do izražaja i ravnopravnost žene koja više ne mora trpjeti muževljevu vlast ili njegovo nevjerstvo. *Ibid.*, str. 182.

³⁵ ERENT - SUNKO, Z., Obiteljskopравни položaj žena u Francuskoj od 1789. do 1816. s analizom *Code civile* iz 1804. godine, Pitanje temelja izgradnje suvremene obiteljskopravne regulative, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 61, (2), 2011., str. 579.

³⁶ *Ibid.*, str. 580.

³⁷ MILOTIĆ, I., Zaruke u civilnoj i kanonskoj pravnoj tradiciji Zapada, Grčko-rimsko i kanonsko pravo temelj pravne kulture Zapada (ur. MILOTIĆ, I.), Pazin, 2020., str. 166.

³⁸ *The French Civil Code* (dostupno na: https://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf 20. 1. 2023., dalje u tekstu: CC). CC propisao je dob u kojoj je za muškarca, odnosno ženu, moguće sklopiti brak, za mušku osobu to je bilo 18, a za žensku 15 godina. Također, muškarac do svoje 25., a žena do 21. nisu mogli samostalno sklopiti brak, odnosno bez pristanka roditelja/skrbnika. Zakon je u određenim slučajevima dopuštao odstupanje od propisane dobi za brak (CC, čl. 144.: „A male and a female may not contract marriage before they have completed their eighteenth year“; CC, čl. 145.: „Nevertheless, the Government procurator of the place where a marriage is to be celebrated may grant dispensations as to age for serious reasons.“

ranijeg braka jedna je od zakonskih zapreka, pa nije bilo moguće sklopiti drugi brak dok se prvi ne razvrgne.³⁹ Što se tiče bračnih prepreka, krvno srodstvo u pravoj liniji predstavljalo je nepremostivu prepreku, kao i brak između ujaka/strica i nećakinje ili tetke i nećaka.

S obzirom na važnost pristanka na brak od strane mladenaca, ukoliko se dokaže da pristanka nije bilo ili nije bio valjan, to će biti razlog za poništenje braka.⁴⁰ U takvom slučaju poništenje mogu tražiti samo supružnici. Bitna stavka za valjanost braka jest i njegovo sklapanje u formalnom smislu,⁴¹ pred službenom osobom, jer u suprotnom poništenje takva braka mogu tražiti i supružnici, obitelj supružnika kao i javne vlasti.⁴²

Code civile odmiče se od pravila vjerskih učenja o nerazrješivosti braka i garantira pravo na razvod civilnoga braka. Načini prestanka braka bili su: smrt supružnika, razvod i gubitak civilnih prava jedne od bračnih strana kao rezultat presude.

Razlog za razvod braka može biti bračna nevjera, i muž i žena imaju pravo na temelju tog razloga zahtijevati razvod s time da žena razvod može tražiti kada muž ljubavnicu dovede u njihov zajednički dom.⁴³ Razlozi za razvod braka mogli su biti i nečuveno postupanje, loše ophođenje, nanošenje teških ozljeda jedno drugome kao i izricanje kazne jednoj bračnoj strani od strane vlasti.⁴⁴ *Code civile* predviđao je i sporazumni razvod braka. Ovakav razvod bio je moguć ako su supružnici proveli najmanje dvije godine u braku, a nije ga bilo moguće zahtijevati nakon 20 godina braka ili kad žena napuni 45 godina. Supružnici su bili dužni urediti imovinska pitanja, tko će se skrbiti o djeci, gdje će živjeti supruga i koliku će alimentaciju primati od muža. O ovakvu razvodu sastavlja se notarska isprava.⁴⁵

³⁹ CC, čl. 147.: „No one may contract a second marriage before the dissolution of the first.“

⁴⁰ CC, čl. 148.: „There can be no marriage when consent is wanting.“

⁴¹ Formalnosti u vezi sklapanja braka, bile su javno sklapanje braka uz prisustvo službene osobe i isto je trebalo biti ranije objavljeno u prebivalištu mladenaca. Vidi: CC, čl. 165.

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ CC, čl. 230. „The wife may demand divorce on the ground of adultery in her husband, when he shall have brought his concubine into their common residence.“

⁴⁴ CC, čl. 229., „The husband may demand a divorce on the ground of his wife’s adultery.“; CC, čl. 231.: „The married parties may reciprocally demand divorce for outrageous conduct, ill-usage, or grievous injuries, exercised by one of them towards the other.“; CC, čl. 289.: „If the commissioner of government finds in the documents proof that the married parties were of the age the husband of 25 years, the wife of 21 years, when they made their first declaration; that at this period they had been married during two years, and that their marriage had not subsisted more than 20 years, that the wife was under the age of 45 years, that the mutual consent had been expressed four times in the course of the year, after the preliminaries hereinbefore prescribed, and with all the formalities required in the present chapter, more especially with the authority of the fathers and mothers of the married persons, or with that of their other living ancestors in case of the previous decease of their fathers and mothers: - „he shall give his conclusions in these terms“, the law permits in a contrary case, his conclusion shall be in these terms, „the law forbids“.

⁴⁵ CC, čl. 289 „If the commissioner of government finds in the documents proof that the married parties were of the age the husband of 25 years, the wife of 21 years, when they made their first declaration;

Supružnici koji se razvedu, prema zakonu, nemaju pravo ponovno sklopiti brak. Nakon razvoda braka žena nema pravo sklopiti novi brak sljedećih deset mjeseci, što možemo pravno-povijesnom analizom komparirati s rimsko-pravnom normom prema kojoj je udovica prije ponovne udaje morala održati „vrijeme žalosti“ isprva deset mjeseci, a kasnije godinu dana.⁴⁶ U slučajevima sporazumnoga razvoda bivši supružnici nemaju pravo sklopiti novi brak iduće tri godine od razvrgnuća braka. Kada je uzrok razvoda preljub, ona strana koja je kriva za preljub ne će nikada moći sklopiti brak s osobom s kojom je izvršila prevaru. Strana koja je kriva za razvod gubi sva dobra koja je stekla brakom, a druga strana će ta dobra zadržati, osim ako se ne uredi drugačije.

Najvažnije vrijednosti Francuskoga građanskog zakonika jesu obveza sklapanja civilnoga ili građanskoga braka, zagarantirano pravo na razvod i za muškarca i za ženu, važnost pristanka obje strane na sklapanje zajednice. Ipak, uz Revoluciju iz koje je proistekao i pravnu revoluciju koju je donio, Zakonik je zadržao neke elemente prošloga doba. Žena je i dalje bila u podređenom položaju u odnosu na muškarca, što vidimo po razlici u pravima i obvezama supružnika propisanim zakonom, zatim specifičnosti kod muškoga preljuba kao razloga razvoda i nesamostalnosti žene u sklapanju pravnih poslova. Još uvijek je bio u praksi pristanak obitelji i skrbnika na brak i uključenost zajednice u sklapanje braka. U svakom slučaju *Code civile* osigurao je put razvoja ljudskim slobodama i pravima, tako i u području bračnoga prava gdje su žene konačno imale slobodu na razvod od muževa koji su ih mahom zlostavljali ili ponižavali, te financijsku sigurnost u slučaju razvoda koju im je zakon omogućavao.

Objavljen 1811. carskim patentom, Austrijski građanski zakonik, skraćeno OGZ, jedna je od značajnijih građanskih kodifikacija novoga vijeka. Za Bosnu i Hercegovinu osobito značajan jer je bio supsidijaran izvor prava u vrijeme austrougarske uprave, a njegova važnost ogledala se u činjenici što je ostao temeljna podloga pozitivnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine u oblasti građanskoga prava. OGZ će u odnosu na *Code civile* donijeti značajne razlike pri regulaciji prava na sklapanje braka i stat će u zaštitu crkvenoga braka, dok će građanski brak, koji čini osnovu

that at this period they had been married during two years, and that their marriage had not subsisted more than 20 years, that the wife was under the age of 45 years, that the mutual consent had been expressed four times in the course of the year, after the preliminaries hereinbefore prescribed, and with all the formalities required in the present chapter, more especially with the authority of the fathers and mothers of the married persons, or with that of their other living ancestors in case of the previous decease of their fathers and mothers: - 'he shall give his conclusions in these terms', the law permits in a contrary case, his conclusion shall be in these terms, 'the law forbids'."

⁴⁶ Više o tome: HORVAT, M., Rimsko pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2020., str. 134.

braka *Code civila*, biti dopušten samo između pripadnika nepriznatih religija.⁴⁷ Razlog tomu možemo pronaći u činjenici da je u Habsburškoj Monarhiji katoličanstvo bila državna religija, a Katolička crkva bila je državna crkva.⁴⁸ Utjecaj i važnost Katoličke crkve u svim područjima svakodnevnoga života bio je neizmjeran, otpadništvo od vjere smatralo se zločinom prema kaznenom zakonu, a OGZ navodio ga je kao jedan od razloga za razbaštinjenje.⁴⁹

OGZ definira brak propisujući da se „Obiteljski odnosi zasnivaju ugovorom o stupanju u brak. U ovome ugovoru izjavljuju sukladno zakonu dva lica različitog spola svoju volju: da će živjeti u nerazdvojnoj zajednici, djecu rađati, odgajati i uzajamno potpomagati.“⁵⁰ Iz ove zakonske definicije mogu se iščitati najbitniji elementi braka, a to je da ga čine muškarac i žena, koji izražavaju svoju volju za sklapanje braka, da moraju živjeti zajedno, odgajati djecu i uzajamno pomagati jedno drugo. Prema OGZ-u brak je raznospolan, zajedničko življenje je neophodno, a podrazumijeva rađanje i odgoj djece.

Zakon taksativno navodi koje su prepreke za sklapanje valjanoga braka, a to su kao i u spomenutom francuskom zakonodavstvu, krvno srodstvo, a i tazbinsko. Nije moguće zaključiti drugi brak dok prvi još postoji. Između ostaloga prepreka su nemogućnost vršenja bračne dužnosti ili trajna nemoć, moralnost vladanja, razlika u religijskoj pripadnosti te zavjet ili služba u nekoj od vjerskih institucija u vidu svećenstva ili redovništva. Također, pristanak je nužan element, i ukoliko osoba nije umno sposobna dati pristanak, maloljetna je ili punoljetna bez poslovne sposobnosti ne će moći sklopiti valjan brak. Bitne formalnosti koje je tadašnji OGZ tražio jesu oglas i svečana izjava pristanka.⁵¹

Kako je već navedeno, OGZ je u svom tekstu zadržao naglasak na vjerskom braku i nije u potpunosti odvojio vjerski brak od civilnoga. Može se reći da je vjerska struktura stanovništva, koja je u tadašnjoj Monarhiji svakako bila izrazito raznolika,

⁴⁷ MAHMUTAGIĆ, A., ŠEGO - MARIĆ, I., MARUŠIĆ, I., Pravo na sklapanje braka - proces unifikacije kroz europske građanske kodifikacije, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta Džemal Bijedić, god. VI., br. 6, Mostar, 2022., str. 102.

⁴⁸ Postojale su i druge vjerske zajednice koje su bile tzv. *religiones receptae* (protestanti i pravoslavni), Židovi su bili tolerirani, a postojale su i zabranjene vjerske zajednice poput Husita. PETRAK, M., STANIČIĆ, F., Katolička crkva, vjerske zajednice i hrvatski pravni sustav, Novi informator, Zagreb, 2020., str. 23.

⁴⁹ *Ibid.*, str. 23.

⁵⁰ ARANĐELOVIĆ, D., Austrijski građanski zakonik, Nova štamparija - Davidovići, Beograd, 1906. (dalje u tekstu: OGZ).

⁵¹ OGZ, čl. 70.: „Oglas se sastojao od objavljivanja imena budućih supružnika u njihovim prebivalištima i traženje da ukoliko netko zna kakvu bračnu prepreku, dužan je o tome obavijestiti svećenika. Objavljivanje se vršilo u župama budućih supružnika. Glede pristanka, izjava se davala pred dva svjedoka i predstavnikom vjerske zajednice pred kojom supružnici kane sklopiti brak.“ Prema svemu navedenom OGZ brak promatra kroz onaj sakramentalni i glede forme zaključivanja oslanja se na crkvenu tradiciju.

utjecala i na sam zakon. Primjerice, u ugarskom dijelu monarhije razvod je bio omogućen svima, bez obzira na vjersku pripadnost, čak pedeset godina prije nego što će se to dogoditi na teritoriju Austrije.⁵² U hrvatskim zemljama koje su pripadale ugarskom dijelu monarhije kao iznimku, bračni zakon iz 1895. u Mađarskoj će dopustiti razvod za sve, neovisno o vjerskoj pripadnosti.⁵³ Glavni uzrok leži u prisutnosti više konfesija na teritoriju Ugarske nego Austrije, a sve one, izuzev katoličanstva, u svom vjerskom pravu poznaju razvod braka. Unatoč tome, ne smije se zaboraviti da je kanonsko pravo i dalje ostalo najdominantnije u uređenju bračnih odnosa, zbog statusa *avita religio* i posebnog odnosa s Habsburgovcima, te da su, sve do reformi Josipa II., crkveni sudovi, načelno, imali jurisdikciju čak i za brakove među nekatolicima.⁵⁴

OGZ je predviđao rastavu između supružnika u dvije varijante, sa sporazumom i bez sporazuma. U slučaju sporazumne rastave sud bi je dopuštao kada bi se supružnici složili o uvjetima i prije toga o tome obavijestili svećenika o razlozima za rastavu. Svećenik je dužan upozoriti ih na održavanje i važnost bračne veze u tri navrata, a ako to ne bi uspjelo, svećenik bi izdao pisano uvjerenje o rastavi. Na temelju tog uvjerenja i iskaza supružnika sud je dopuštao rastavu.⁵⁵ Bez sporazumna rastava bila je moguća u slučajevima kada je tužena strana kriva zbog nevjere, zanemaruje obiteljski život, dovodi u opasnost imovinu obitelji, čini postupke opasne po život druge bračne strane ili je zlostavlja. Sud po molbi tužitelja odlučuje je li rastava opravdana. Rastavljeni supružnici imali su pravo, prema zakonu, ponovno se sjediniti s time da su o istom morali obavijestiti nadležni sud.⁵⁶

Za razliku od francuskoga zakonika, austrijski je dopuštao ponovni brak između razvedenih supružnika, s time da su morali ponoviti sve one formalnosti kao i kod prvog braka, s obzirom da se brak smatrao novim, bez obzira što je zaključen među istim osobama. Vezano za zaključivanje braka između supružnika kojem je dokazano nevjerstvo u postupku razvoda i osoba s kojom je počinio preljub, vrijedilo je isto što u Francuskoj, takav brak nije bio moguć.

Uspoređujući francuski *Code civile* i austrijski OGZ, može se reći da je temeljna razlika u tome što OGZ nije razdvojio vjerski brak od civilnoga, dok *Code civile* uvodi civilni brak kao obvezni. Sami tekst OGZ-a poziva se na praksu vjerskih zajednica i njima prepušta uređenje braka, osobito razvoda i rastave, a na državi je da odluke vjerskih starješina potvrdi. Pripadnost određenoj religiji zapravo je uvjetovala oblik,

⁵² NAGY, S., One Empire, Two States, Many Laws: Matrimonial Law and Divorce in Austro-Hungarian Monarchy, *The Hungarian Historical Review*, 2014., vol 3, No. 1, The History of Family, Marriage and Divorce in Eastern Europe, str. 190-221, dostupno na: <https://www.jstor.org/stable/43265195> (13. 5. 2023.).

⁵³ *Ibid.*, str. 195.

⁵⁴ *Ibid.*, str. 197.

⁵⁵ OGZ, čl. 109.

⁵⁶ OGZ, čl. 110.

način sklapanja i razvrgnuća braka, dok je u Francuskoj naglasak upravo na strogoj odvojenosti vjerskoga i civilnoga braka.

4. Utjecaji šerijatskoga prava na sklapanje i razvod braka u Bosni i Hercegovini

Važnost izučavanja normi šerijatskoga bračnog uređenja, osim iz razloga njegove primjene među pripadnicima islamske vjeroispovijesti u Bosni i Hercegovini, između ostaloga, leži u činjenici da je šerijatsko pravo bilo pozitivno pravo ovoga podneblja u vrijeme Osmanlijskoga Carstva, a i u doba Austro-Ugarske Monarhije, te na taj način ostavilo neizbrisiv trag u pravnom razvoju instituta braka na području Bosne i Hercegovine.

Tijekom desetljeća austrougarske vladavine, šerijatsko pravo, pa tako i dio koji se odnosi na brak i obiteljsko pravo, bio je dijelom inkorporiran u postojeći pravni sustav Monarhije. Habsburgovci su zadržali tzv. milletski sustav prema kojem je obiteljsko i bračno pravo regulirala religijska institucija.⁵⁷ Tijekom 1900. godine muslimansko stanovništvo u BiH peticijom je tražilo širenje jurisdikcije već postojećih šerijatskih sudova koji bi prihvaćenjem ovoga zahtjeva muslimanske zajednice dobili ovlast krivičnoga gonjenja.⁵⁸ Uzrok ovakvu zahtjevu bila je sve češća pojava žena koje su napuštale svoje muževe i povećanja broja rastava. Smatrajući takve pojave u društvu nemoralnim i štetnim, *hadis* je držao da bi sankcioniranje nemoralna (u smislu islama) poboljšalo sliku. Monarhija, iako inkluzivna po pitanju islamske zajednice i država koja je 1848. priznala jednakost svih konfesija, nije realizirala ovaj zahtjev uz argument da ne postoje ni specijalizirani kršćanski odnosno pravoslavni sudovi koji imaju toliko široku jurisdikciju.⁵⁹

Ono što je zanimljivo, za temu ovoga članka, jest koliku je važnost brak i pitanje bračnoga prava imalo u jednoj vjerskoj zajednici i koliko je država u kojoj ta vjerska zajednica nije čak činila ni većinu stanovništva, imala razumijevanja i dopustila mali prodor vjerskoga prava u civilno. Primjerice, iako je Austro-Ugarska Monarhija u Bosni i Hercegovini dopuštala primjenu vjerskoga prava u bračnom pravu, u slučajevima kaznenoga prava, isključivu primjenu imao je austrijski kazneni zakon. Međutim, i tu su postojale iznimke. Kazneni zakon za Bosnu i Hercegovinu u to vrijeme dopuštao je određene iznimke za pripadnike islama, primjerice legalizaciju bigamije, s obzirom da je islamski brak poligaman, te su muškarci, u skladu s Osmanskim kaznenim zakonom dobivali blaže kazne za ubojstvo supruge uhvaćene u preljubu

⁵⁷ BUMANN, N., Contesting Juridical Authority: Sharia, Marriage, and Morality in Habsburg Bosnia and Herzegovina. *Austrian History Yearbook* 53, 2022., str. 150-168, dostupno na: <https://doi.org/10.1017/S0067237822000054> (1. 5. 2023.).

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

in flagranti.⁶⁰ Ipak, treba imati u vidu, da ovakav „povlašteni“ položaj muškarca u pravu nije nešto svojstveno samo islamskoj kulturi i ukazati na to da je ovakva sankcija iz Osmanskoga kaznenog zakona rađena po uzoru na francuski *Code penal* iz 1810. koji je muža oslobađao optužbe u istom slučaju.⁶¹

Zaključno, kada analiziramo odnos prema braku u kontekstu šerijatskoga prava (ili bilo kojeg vjerskog prava) i njegove primjene u sekularnim zajednicama ili onima koje to nominalno jesu, postavlja se pitanje može li se i u kojoj mjeri ono primjenjivati? Je li brak privatna ili javna stvar? Je li primjena vjerskoga prava na bračne odnose pravo ili privilegij i koliko je to u skladu s idealima sekularne države? U svakom slučaju, povijesno gledano, uz teškoće u mirenju civilnoga i vjerskoga, ono što se ističe promatrajući brak očima ondašnjih zakona, je i dalje neravnopravan položaj žene i u vjerskom i u civilnom pravu. Iako je francuski *Civile code* bio revolucionaran u pogledu braka i maksime „nema braka bez pristanka“, istovremeno primjer *Code penala* iz 1810. pokazuje da svijest društva još nije dosegla stadij u kojem će, makar zakonski, postojati ravnopravnost između muškarca i žene.

Nesumnjivo je koliku vrijednost brak i obitelj imaju u vjerskim doktrinama, a s obzirom na izraženu religioznost članova društva tijekom prošlih stoljeća, razumljivo je zašto je toliko pozornosti posvećeno stvaranju bračnoga kodeksa koji će izmiriti vjerska stajališta i vrijednosti ravnopravnosti koja prodire u instituciju civilnoga braka, a nije nešto što karakterizira ijednu od velikih religija čije smo pravo obradili.

Također, aktualnost proučavanja šerijatskoga prava jača na području zapada, posebno u kontekstu aktualnih geopolitičkih događaja.⁶²

Ono što se smatra glavnim karakteristikama šerijata jesu sakralnost, savršenost i univerzalnost. Sakralnost šerijata očrtava se u njegovim izvorima i sankciji. Izvori prava prije svega su vjerske naravi, a sankcija postoji i na ovom i na „onom“ svijetu. Između vjere i prava ne pravi se razlika i pravo proizlazi iz vjerskih učenja. Savršenost šerijatskoga prava produkt je detaljističkoga pristupa uređenju društvenih odnosa. Malo je onoga što *Kur'an* ne uređuje, on prožima i pokriva svaku poru društvenoga života i života pojedinca. I posljednja odlika jest univerzalnost, šerijat se primjenjuje i na muslimane i nemuslimane, i vrijedi uvijek i svugdje.⁶³

⁶⁰ BEČIĆ, M., Recepcija krivičnog prava u Bosni i Hercegovini u drugoj polovini XIX. stoljeća, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Sarajevu, 2016., str. 231-232, dostupno na: https://www.academia.edu/38509546/Recepcija_krivi%C4%8Dnog_prava_u_Bosni_i_Hercegovini_u_drugoj_polovini_XIX_stolje%C4%87a (19. 5. 2023.).

⁶¹ Penal Code of 1810., čl. 324, dostupno na: https://www.napoleonseries.org/research/government/france/penalcode/c_penalcode3b.html (15. 5. 2023.).

⁶² JAVORIĆ BARIĆ, D., O kaznenim djelima i kaznama u šerijatskom pravu, Grčko-rimsko i kanonsko pravo u promicanju ljudskog dostojanstva (ur. JARAMAZ RESKUŠIĆ, I.), Pazin - Motovun, 2021., str. 65.

⁶³ ANDRIĆ, M., Osnovi šerijatskog prava (S posebnim osvrtom na odnose između polova prema bračnim pravilima šerijatskog prava), Religija i tolerancija, 2006., str. 110.

Iako zasnovano na vjerskim izvorima, šerijatsko bračno pravo tijekom vremena je evoluiralo,⁶⁴ a ta evolucija nije bila jednaka u svim zemljama gdje žive muslimani, nego je bila različita u zavisnosti od životnih prilika, običaja i okolnosti, sveukupnoga društveno-povijesnog ambijenta ali i same potrebe usklađivanja sa zahtjevima vremena.⁶⁵ Čak i kada šerijatsko pravo čini važeći pravni sustav neke države, njegova je teritorijalna primjena rezultat odluke neke države, što znači da ne proizlazi iz njegove religijske komponente.⁶⁶ Danas ne postoji mnogo država koje šerijatsko izjednačavaju s nacionalnim pravom, primjerice Saudijska Arabija je država koja može uvoditi i mijenjati zakone u određenim pravnim domenama, ali presudnu ulogu u tumačenju prava ima *ulema*. Ostatak zemalja s većinskim islamskim stanovništvom, makar načelno, sekularne su države.⁶⁷

Uzimajući u obzir detaljistički pristup islama i *Kur'ana* kao primarnog izvora prava koji čak trećinu teksta posvećuje obitelji, može se zaključiti koliko važnost ima obitelj u islamskom pogledu na svijet, a prema riječima Aziza ef. Hasanovića: „Obitelj predstavlja temelj na kome se gradi zajednica i društvo. (...) Narušena ili izgubljena obiteljska vrijednost znači propalo i neučinkovito društvo.“⁶⁸

Islamski brak definira se kao ugovor o zajednici života između dva lica suprotnog spola, zaključen u odgovarajućoj formi,⁶⁹ s ciljem moralnog upotpunjavanja i usavršavanja bračnih drugova i rađanja potomstva.⁷⁰ *Kur'an* brak načelno smatra monogamnim, a dopušta i poligamiju uvjetovanu jednakim ophođenjem muž prema svim ženama.⁷¹ Dakle, brak prema šerijatskom pravu mora imati određenu formu, cilj mu je zajednica života dvaju osoba različitoga spola i stvaranje potomstva. Izuzev elementa rađanja djece, ovakve karakteristike ima i civilni brak u Bosni i

⁶⁴ Prvu kodifikaciju šerijatskoga prava provela je Turska, poznatu „Medžella“, koja je primjenjivana i u Bosni i Hercegovini. Šerijat se tvori od četiri dijela: prvi uređuje vezu između Boga i čovjeka, drugi imovinsko pravo, treći bračno i posljednji kazneno pravo, prema: ČOVIĆ, A., Porodičnopravni aspekti verskih brakova, Institut za uporedno pravo, Službeni glasnik, Beograd, 2020., str. 45.

⁶⁵ MAHMUTAGIĆ, A., Vjerska komparativna privatna prava u Bosni i Hercegovini između dva svjetska rata, Fram Ziral, Mostar, 2017., str. 205.

⁶⁶ JAVORIĆ BARIĆ, D., *op. cit.*, str. 65.

⁶⁷ ČOVIĆ, A., *op. cit.*, str. 45.

⁶⁸ Islamsko poimanje bračne zajednice, intervju s dr. sc. Azizom ef. Hasanovićem, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/401965> (17. 5. 2023.).

⁶⁹ Što se tiče forme šerijatskoga braka, potrebno je ispuniti pet pretpostavki: dozvola mladnog skrbnika, oca, djeda ili kadije u slučaju da nitko iz njezine obitelji nije musliman; prisustvo dva svjedoka koji moraju biti bračno punoljetni muslimani ili jedan musliman i dvije muslimanke, duševno zdravi, sposobni da čuju i razumiju izjave budućih bračnih drugova; forma ugovora koja podrazumijeva ponudu (*idžab*) i prihvaćanje (*kabul*); *mehr* ili vjenčani dar kao uvjet punovažnosti braka i preduvjet za stupanje u intimne odnose - pravo supruge ustanovljeno *Kur'anom* i sunetom u vezi koga postoji suglasnost ili *idžma*; oglašavanje sklapanja braka, budući da islam ne poznaje tajni brak. ČOVIĆ, A., *op. cit.*, str. 81.

⁷⁰ ANDRIĆ, A., *op. cit.*, str. 102.

⁷¹ ČOVIĆ, A., *op. cit.*, str. 46.

Hercegovini.⁷² Važno je naglasiti da civilni brak u Bosni i Hercegovini ne dopušta poligamiju.⁷³

Iako je mnogoženstvo u islamu dopušteno, *Kur'an* broj žena ograničava na četiri uz određen uvjet: „Kur'an ograničava broj žena na četiri, ali istovremeno zabranjuje i mnogoženstvo onima koji nisu u stanju da jednako postupaju sa svojim ženama (...)“⁷⁴ Dakle, bitan element za sklapanje drugoga (trećega, četvrtoga) braka jest da je muškarac financijski u stanju jednako izdržavati novu ženu. Socio-ekonomski razlog za nesklapanje braka jest i siromaštvo, dakle netko tko nema dovoljno sredstva da izdržava potencijalnu ženu, brak ne može ni sklopiti.

Da bi brak bio valjano sklopljen, tražio se pristanak roditelja ili zakonskih skrbnika za ženu koja stupa u brak. Šerijatski brak traži i pristanak bračnih drugova na sklapanje braka, što je i nužna pretpostavka civilnih brakova, slično kao i u europskim građanskim kodifikacijama.

Sklapanjem braka, kao i svakog ugovora, proizvode se određeni učinci. U slučaju šerijatskoga braka to su: „vršenje spolnih odnosa, vjernost i uzajamni lijep postupak“.⁷⁵

U usporedbi s druge dvije dominantne religije u Bosni i Hercegovini, zanimljivo je i pitanje mješovite ženidbe. U načelni sustav zabrane svaka od religija pod određenim uvjetima dopušta i mješoviti brak.⁷⁶ Pravoslavlje predviđa i jedan slučaj apsolutne zabrane mješovitoga braka, kad je jedna strana pravoslavna, a druga uopće nije krštena. Islam pak predviđa dva slučaja apsolutne zabrane: muslimanki je zabranjeno sklopiti brak s inovjercem, a muslimani ne smiju sklopiti brak s pripadnicom religije koja nije islam, katoličanstvo ili pravoslavlje. Iako dakle, postoji mogućnost sklapanja braka između muslimana i kršćanke ili židovke, islamski pravnici ne tumače to naročito blagonaklono.⁷⁷ Također, postoji blaže tumačenje te pojave u svjetlu islama: „da, iako je to u potrebi dozvoljeno, ipak nije lijepa i poželjna stvar“.⁷⁸

U Bosni i Hercegovini situacija je specifična, a i posebno uređena od Islamske zajednice u državi koja ne dopušta, po šerijatu, sklapanje braka između muslimana i nemuslimanki. S tim u svezi, tridesetih godina prošloga stoljeća, donesena je fetva

⁷² „Brak je zakonom uređena zajednica života žene i muškarca.“, čl. 6, Obiteljski zakon FBiH, „Službene novine Federacije BiH“, broj 35/05.

⁷³ OBFBIH: Čl. 10.: Brak ne može sklopiti osoba koja je već u braku; PZRS Čl. 31: Brak se ne može zaključiti dok drugi brak ne prestane; OBZBD: Čl. 21: Brak se ne može sklopiti dok raniji brak ne prestane.

⁷⁴ ANDRIĆ, M., *op. cit.*, str. 102.

⁷⁵ *Loc. cit.*

⁷⁶ VUKŠIĆ, T., Mješovite ženidbe u katoličanstvu, pravoslavlju i islamu (II.) Pravno i pastoralno pitanje u međuvjerskim odnosima, 2006., str. 241, dostupno na: <https://hrcak.srce.hr/file/35539> (20. 5. 2023.).

⁷⁷ *Loc. cit.*

⁷⁸ *Ibid.*, str. 233.

Šireg savjeta reis-l-uleme, kojom se mješoviti brak zabranjuje zbog pojave poteškoća u odgoju djece iz mješovitih brakova, naročito poslije razvoda.⁷⁹ Također, cilj ove odluke jest i sprječavanje da muslimanke ostanu neudane zbog povećanja ženidbe muslimana nemuslimankama, jer je njima brak s inovjercima zabranjen.

Također, još jedna od prepreka jest *iddet* ili tzv. poslijerazvodni priček, odnosno period od tri mjeseca, tj. tri mjesečna ciklusa žene, poslije razvoda supružnika koji je supruga dužna i ima pravo provesti u domu u kojem je dotad živjela, i ima pravo na uzdržavanje te ne može sklopiti novi brak dok taj period ne istekne.⁸⁰ Svi navedeni razlozi mogu biti uzrok poništenja braka koji je jedan od načina prestanka braka u šerijatskom pravu.⁸¹

U šerijatskom pravu brak može prestati: 1. prirodnim putem zbog stvarne ili pretpostavljene smrti jednoga od supružnika; 2. pravnim putem otkazom braka, uzajamnim sporazumom, sudskom presudom i poništenjem.⁸²

Za razliku od kršćanskih religija, osobito katoličanstva, islam uči da je brak moguće razriješiti. Ipak, u *hadisu* se navodi: „Nijedno dopušteno djelo nije tako mrsko Bogu kao razvod braka.“⁸³ U pitanjima prava na razvod braka ogleda se nejednakost spolova. Naime, muškarac ima neograničeno pravo razvrgnuća braka, dok je ženino ograničeno.

Po šerijatu, prekidanje bračne veze inicirano od muža ograničeno je na tri puta i tada nastupa konačni razvod braka. Puštanje žene od strane muža nije sudski postupak, ali razvrgnuće braka koji nije „puštanje žene“, nego zavisi od točno određenih uzroka, utvrđuje se u sudskom postupku. Ti uzroci razvrgnuća i procesno uređenje određeni su kroz višestoljetnu praksu šerijatskih sudova.⁸⁴ Obično razvrgnuće islamskoga braka biva samo u slučajevima kada se pri sklapanju braka ne ispuni neki od propisanih uvjeta (*šurata*) i elemenata (*erkana*) pravno valjanog braka. Ova vrsta razvrgnuća braka u praksi je veoma rijetka, jer se tome kod šerijatskih sudova odnosno kod ovlaštenih imama, pri sklapanju brakova posvećuje velika pažnja da brak bude sklopljen pravno valjano.⁸⁵

Šerijatsko pravo poznaje više razloga za razvod braka kojem su, između ostalog, pripadali svi slučajevi impotencije, evidentnog ludila, socijalne i političke

⁷⁹ Dostupno na: <https://www.islamskazajednica.ba/bracno-pravo/17607-serijatsko-vjenacnje-i-zenidba-nemuslimankom> (31. 1. 2023.).

⁸⁰ *Loc. cit.*

⁸¹ ANDRIĆ, M., *op. cit.*, str. 97.

⁸² ČOVIĆ, A., *op. cit.*, str. 119.

⁸³ Kako je navedeno u: HUSEINSPAHIĆ, A., *op. cit.*, str. 166.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ KARČIĆ, F., *Historija šerijatskog prava*, Fakultet islamskih nauka u Sarajevu, Sarajevo, 2005., str. 226-230.

nejednakosti i razlike u vidu rase, porijekla i državne pripadnosti, zatim preljub, ropstvo, odbijanje i otpadništvo od islama te drugi.⁸⁶

Što se tiče braka, ono što je najvažnije istaknuti: islamski brak je svet, heteroseksualan, iznimno poligaman, s posebno propisanim dužnostima za muža i ženu, za razliku od civilnoga braka u Bosni i Hercegovini koji ne poznaje posebne dužnosti za muža i ženu u braku. Moguće ga je razvrgnuti, a muškarac i žena uživaju različita prava u svezi razvoda.

5. Osvrt na pozitivno-pravno zakonodavstvo u svezi sa sklapanjem i razvodom braka u Bosni i Hercegovini

Brak, njegovo sklapanje, prava i dužnosti, razvod i drugi pravni odnosi vezani za institut braka predmet su detaljnije normativne regulacije suvremenoga bračnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini. Prije svega pravo na brak i obitelj predstavlja ustavnu kategoriju te je čl. 2 st. 3 toč. (j) zajamčeno svim osobama na teritoriju Bosne i Hercegovine pravo na brak i zasnivanje obitelji.⁸⁷ Obiteljsko pravo, a time i norme bračnoga prava sukladno Ustavu, pripadaju nadležnosti entiteta i uređeno je entitetskim propisima Obiteljskim zakonom Federacije Bosne i Hercegovine (dalje u tekstu: ObZ FBiH), Porodičnim zakonom Republike Srpske (dalje u tekstu: PZ RS) i Obiteljskim zakonom Brčko Distrikta BiH (dalje u tekstu: ObZ BDBiH).⁸⁸ Također, sloboda vjere u Bosni i Hercegovini osigurana je kako Ustavom Bosne i Hercegovine (čl. 2, st. 3 toč. g), tako i entitetskim ustavima ali i Zakonom o slobodi vjere i pravnom položaju crkava i vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini.⁸⁹

Zakonske odredbe o pretpostavkama i postupku za zasnivanje odnosno raskid braka sadrže zahtjeve koji ne dopuštaju odstupanje od propisanih pravila ponašanja.⁹⁰ Ovakve norme nalaze se i unutar odredbi svakog od pozitivno-pravnih zakona u Bosni i Hercegovini kojima je osigurano i normirano pravo na sklapanje braka, njegovi učinci, prava i dužnosti ali i pretpostavke za razvod braka.

Osim toga, temeljna osobna prava i dužnosti u braku (učinke braka) također normiraju stroga pravna pravila, jer se uređenje osobnih odnosa mora zasnivati na

⁸⁶ MAHMUTAGIĆ, A., *op. cit.*, str. 237.

⁸⁷ Ustav Bosne i Hercegovine (Opći okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini- aneks IV) i Amandman I na Ustav Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik BiH, br. 25/09.)

⁸⁸ *Obiteljski zakon Federacije Bosne i Hercegovine*, Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine, broj: 35/05, 41/05, 31/14, (dalje u tekstu ObZFBiH); *Porodični zakon Republike Srpske*, Službeni glasnik RS, broj: 54/02, 41/08, 63/14, (dalje u tekstu PZRS); *Obiteljski zakon Brčko Distrikta BiH*, Službeni glasnik Brčko Distrikta, broj: 23/07, (dalje u tekstu ObZBD).

⁸⁹ *Zakon o slobodi vjere i pravnome položaju crkava i vjerskih zajednica u Bosni i Hercegovini*, Službeni glasnik BiH, broj 5/04.

⁹⁰ ALINČIĆ, M., HRABAR, D., JAKOVAC - LOZIĆ, D., KORAĆ, A., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 19.

načelima i sustavu vrijednosti koje sadrže ustavne norme i međunarodni instrumenti o ljudskim pravima.⁹¹

U svezi sa sklapanjem braka bitno je istaknuti da je unutar odredbe čl. 29 ObZ FBiH dozvoljeno zaključenje vjerskoga braka, ali pod uvjetom da je prethodno zaključen građanski brak.⁹² Za razliku od ObZ FBiH, u PZRS i ObZBD ne postoji norma kojom se ograničava pravo na sklapanje vjerskoga braka. Drugim riječima, na području Republike Srpske i Brčko Distrikta zaključenje vjerskoga braka nije uvjetovano prethodnim zaključenjem građanskoga braka.⁹³

Na primjeru određenja braka unutar OBZFBiH najbolje možemo vidjeti odvojenost instituta građanskoga braka i braka/ženidbe unutar normi vjerskoga prava. U Republici Hrvatskoj za brak sklopljen u vjerskom obliku, u skladu s Ugovorom Hrvatske sa Svetom Stolicom (za katolike) i odredbama obiteljskoga zakonodavstva i za pripadnike drugih vjeroispovijesti, u čl 8. ObZRH-a iz 2003. navodi se: „Brak se u vjerskom obliku s učincima građanskog braka sklapa pred službenikom vjerske zajednice koja s Republikom Hrvatskom o tome ima uređene pravne odnose.“⁹⁴ Prema tome, za vjerski brak, a koji proizvodi sve učinke koje proizvodi i građanski brak, nije potrebno da bude sklopljen u obje forme nego samo u jednoj od izabраниh, a opet pri tome proizvodit će pune učinke. I na taj način riješena je i pravna sigurnost ali i olakšana forma sklapanja braka.

Unatoč stajalištu pozitivno-pravnoga zakonodavstava u Bosni i Hercegovini o dopustivosti razvoda civilnoga braka, potrebno je istaknuti kako prestanak braka sklopljenog u vjerskom obliku nije vezan načelnom slobodom razvoda braka u civilnom obliku. Prestanak civilnoga braka razvodom, ne utječe na obveze bračnih drugova koji proizlaze iz propisa vjerske zajednice unutar koje je brak/ženidba sklopljena.

Primjerice, kanonsko pravo Katoličke crkve i dalje se zasniva na načelu nerazrješivosti braka, iako predviđa rastavu zbog razloga po kojima daljnji zajednički život ženidbenih drugova čini nemogućim, ona ne podrazumijeva prestanak bračnog odnosa te bračni drugovi ne mogu sklopiti novi brak u crkvenom obliku.⁹⁵

Nadležnost u pitanju razvoda civilnoga braka imaju isključivo sudovi kao ovlašteni državni organi. Razvod braka može se zahtijevati ili tužbom ili zahtjevom za sporazumi razvod braka, a pri tome je dovoljan razlog da su bračni odnosi teško i

⁹¹ *Loc. cit.*

⁹² ObZFBiH, Čl. 29. „Bračni partneri koji žele nakon sklopljenog braka pred matičarom sklopiti brak i pred vjerskim službenikom, dužni su mu predati izvod iz matične knjige vjenčanih.“

⁹³ OMERDIĆ, DŽ., KREŠIĆ, B., Pravo na sklapanje vjerskog braka u Bosni i Hercegovini, Zbornik radova Pravo tradicije i promjene, Istočno Sarajevo, 2020., str. 241.

⁹⁴ *Obiteljski zakon Republike Hrvatske*, Narodne Novine 116/2003. (dalje u tekstu ObZRH).

⁹⁵ BRATKOVIĆ, M., *op. cit.*, str. 132.

trajno poremećeni.⁹⁶ Za razliku od pojedinih odredbi rimskoga prava, kanonskoga ili šerijatskoga prava ali i pojedinih odredbi unutar europskih građanskih kodifikacija u suvremenom pravu se ne traži niti u pravima ograničava bračni partner koji je kriv za razvod braka.

Upravo ovaj princip, inicijalnoga konsenzusa, postat će temelj uređenja braka u europskim građanskim kodifikacijama i temelj suvremenog uređenja braka, pozitivno-pravna rješenja obiteljskoga zakonodavstva u Bosni i Hercegovini ne zahtijevaju trajnost volje supružnika da žive kao muž i žena, nego je danas dovoljan slobodan samo pristanak na sklapanje braka nakon čega se brak sam po sebi smatra trajnim odnosom.⁹⁷

Zaključak

Pravni institut braka prošao je različite stadije svojega razvoja. Norme rimskoga prava imale su indikativnu ulogu na suvremeno uređenje instituta braka. Današnji kontekst instituta braka oblikovale su norme europskih kodifikacija građanskoga prava, ali i konfesionalne norme vjerskih zajednica. U Bosni i Hercegovini kroz pravnu povijest sukobljavaju se konfesionalne norme i poimanje braka po civilnom pravu jer sklapanje i razvrgavanje braka i dualnost same forme ovisi o činjenici radi li se o civilnom braku ili o vjerskom braku. Norme rimskoga prava kao pretpostavka europskih građanskih kodifikacija, posebno francuskoga *Code civile* i OGZ-a, postavljaju temelje europsko-kontinentalne pravne misli. Bosna i Hercegovina kao svojevrsni pravni specifikum koji postoji, od svoga srednjovjekovlja do danas, kao konglomerat različitih pravnih kultura i tradicija, institutu braka pristupa njegujući tradiciju konfesionalnih, odnosno vjerskih zajednica i normi koje su uređene prema njima. Analizirajući odnos prema braku u kontekstu vjerskih prava i njegove primjene u sekularnim zajednicama, institutu braka različito se pristupa. Brak u sferi privatnosti ili brak u sferi javnog interesa odražava teškoće u mirenju pojmova civilnoga i vjerskoga. U Bosni i Hercegovini pravo na brak je ustavna kategorija, temeljno ljudsko pravo ali i vrijednost za koju će vrijeme pokazati u kojem smjeru će se nastaviti dalje razvijati.

⁹⁶ ObZFBiH Čl. 41.: „Bračni partner može tražiti razvod braka ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni.“ Čl. 42.: „Razvod braka može se zahtijevati tužbom ili zahtjevom za sporazumni razvod braka.“

⁹⁷ ObZFBiH čl. 6.: „Brak je zakonom uređena zajednica života žene i muškarca“; Član 8: „a) da su budući bračni partneri različitog spola, b) da su budući bračni partneri izjavili pristanak za sklapanje braka, c) da je pristanak izjavljen pred matičarom“; PZRS čl. 14.: „Brak zaključuju dva lica različitog pola suglasnošću slobodno izjavljenih volja pred nadležnim općinskim organom uprave.“; ObZBD čl. 6, st. 1: „(1) Brak zaključuju dvije osobe različitog spola, slobodnim pristankom, pred nadležnim matičarom Brčko distrikta BiH.“

THE INFLUENCE OF ROMAN, CANONICAL, CODIFICATION AND SHARIA LAW ON MARRIAGE AND DIVORCE REGULATIONS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary: *Based on the analysis of relevant legal historical sources, authors determine and compares the influence of the norms of Roman law, the confessional norms of canon law, the norms of the European codifications of civil law that will finally unify the institution of marriage (while limiting themselves to the norms of the French Civil Code and the Austrian Civil Code), and the norms of Sharia law and how they all shaped and influenced the positive legal regulation of marriage and divorce in Bosnia and Herzegovina. The topicality of the discussed topic is particularly highlighted in the understanding of the concept of marriage in confessional norms and the concept of marriage under civil law, especially if one takes into account the „duality of the form“ of entering into and dissolving a marriage, depending on whether it is a civil marriage or a religious marriage.*

Keywords: *marriage, Roman law, canon law, Code civile and OGZ, Sharia law, contemporary law of BiH*