



Pravna narav braka.

Dr. Matija Belić

Brak je

naravna institucija, čija se bitna sadržina sastoji iz dozvoljene spolne veze, rađanja djece, osnivanja porodice i zajedništva života;¹

religiozna institucija² kao misterij posvećen vjerskim obredima, propisima i naukom;

¹ Knecht, Handbuch des kath. Eherechts, 1928: Die Ehe als Natureinrichtung, str. 33. — Gasparri, Tractatus canonicus de matr., 1932. Notio matrimonii iuxta naturae legem, I str. 11. — Kušej, Cerkveno pravo 1932. Zakon v prirodno pravnom smislu, str. 381. — Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem retinens. l. 1, Inst. 1, 9.

² Leitner, Lehrbuch des kath. Eherechts, 1920, Heiligkeit der Ehe, str. 21, citira riječi Savigny-eve »Ich habe dort als Prinzip aufgestellt, dass die Ehe einen Charakter hat, der aus verschiedenen Elementen zusammengesetzt ist, deren erstes und massgebendes das moralische und religiöse Element ist.

l. 1, Dig XXXII, 2: Nuptiae sunt... divini iuris communicatio.

Montesquieu, Esprit des lois: »Il est arrivé dans tous les pays et dans tous les temps que la religion s'est mêlée des mariages.

Enciklika Leona XIII od 10. II. 1880. »Arcanum«.

Prema Islamu je brak takoder i religiozna institucija.

Za židovski brak veli Dr. Marcus Cohn u Jüdisches Lexikon pod »Eherecht«, str. 249: Das jüdische Eherecht zeigt die deutliche Tendenz, die Ehe aus dem Gebiete des privaten Vertragsrechts in die Sphäre der Sittlichkeit hinauszuhoben.

Kod katolika, pravoslavni i starokatolika brak je sakrament a kod protestanata je vjerska ustanova bez sakramentalnoga karaktera.

Marković Laza, Porodično pravo, Beograd 1920, str. 34: »Brak se u srpskom pravu smatra kao religiozna ustanova«.

pravna institucija³ kojoj je pravni poredak dao pravne propise, i to institucija potpunoma svoje vrste (sui generis), različita od svake druge tipične prave činjenice, u svemu opredijeljena samo svojim i naročitim prinudnim (ius cogens) propisima o svojstvima subjekata i o sadržini objekta, a privola⁴ je slobodna samo u odnosu na izbor osobe, dočim je u svemu drugomu, što je bitno, ograničena da ili u cijelosti prihvatiti ili u cijelosti otkloniti.

Za pravnu je konstrukciju braka poteškoća u tome, što za nju nema tipa niti u rimskom pravu a nema ga još niti u modernim pravima. Brak je odnošaj opredijeljen po samoj prirodi. O sadržini, kako ju je priroda odredila, ne može da bude slobode ugovaranja. Ili se sklapa brak, kako je u skladu sa prirodom, — ili uopće nema braka, čim se nešto drugo ugovara. Sadržina braka unaprijed je izuzeta ispod vlasti stranaka i mogućnosti pogađanja.

Neki momenti kod sklapanja braka imaju analognosti sa ostalim pravnim poslovima a naročito sa ugovorima. Postoje subjekti pravnoga posla, objekt i izjava volje. Radi te analogije najvećim se dijelom podvrštava brak pod pravni pojam »ugovora«.

Time se je dobilo pomagalo u obliku pravnog tipa, ali su nastale a i danas postoje razne poteškoće, jer je nezgodno i nemoguće da se dosljedno primijeni na brak sve propise rimskoga prava ili kojeg drugog građanskog prava, što se odnose na ugovore.

Što imade brak od ugovora? Samo pristanak muškarca i ženske da se uzmu za muža i ženu, onako kako je opredijeljeno prirodom i propisano zakonom.

Ta je privola jedino, što preostaje zajedničko sa građanskim poslovima, koji se nazivaju ugovori,⁵ a pravno povjesno se može dokazati da je radi nje tek u 12. stoljeću počelo transformiranje braka kao institucije u brak kao ugovor.⁶

³ Gross-Novak, Udžbenik crkvenog prava kat. crkve, 1930., str. 269: »Ustanova politička i pravna«.

⁴ Privolja, pristanak, consensus, Ehewille, consentement.

⁵ Vering, Lehrbuch des kath., orientalischen u. protest. Kirchenrechts, 1893, str. 847: »den Consensaustausch nennt das kanonische Recht contractus matrimonialis...«

⁶ Kanonisti od 12. do 15. stoljeća promatraju brak kao ugovor i oni su ga konstruirali kao ugovor po tipu konsensualnih ugovora rimskoga prava. Génestal u drugom izdanju Esmein-ovog Le mariage, 1929, str. 84 tvrdi, da su to učinili prvi glosatori. — Les canonistes... du XII au XV siècle, ... sans doute, très souvent, considèrent le mariage comme un contrat; ils ont même construit sur le type des contrats consensuels du droit romain. — Génestal dodaje »La notion du mariage contrat avait été par les premiers glossateurs dégagée des textes romains qui ne l'expriment pas formellement.

Međutim se niti sa privolom ne postupa niti se može postupati potpunoma jednako kao kod drugih ugovora. Gotovo sve, što upli-više na privolu, imade svoje izuzetke i drugačije je uređeno nego kod ostalih ugovora.

Mučno je natezanje konzekvencija za brak temeljem analogije sa propisima za druge pravne poslove. Pravna je nauka, a još više sudbena praksa, pokazala praznine u zakonima i teškoće analogije i tumačenja pojmova iz drugih propisa. To su takove poteškoće da rađaju nepreciznošću i protuslovnošću u sudbenim rješidbama.

Brak, bilo da ga se promatra u svome nastanku prigodom sklapanja, bilo da ga se promatra kao stanje nakon što je već sklopljen, osim nekih općenitih sličnosti sa ugovorima, imade mnogo razlikosti od ugovora i poteškoća radi vezanosti na pojam tipičnoga ugovora bilo iz kojegagod pravnog sistema.

Izuzeci su od općeg pojma ugovora toliki da i oni autori, koji ga teoretski najodlučnije uvrštavaju u ugovore, moraju odmah da dodadu, da je brak po njihovom mišljenju doduše ugovor »ali« ugovor posebne vrste.

Kadgod »ugovor o braku« dolazi u vezu sa ostalim momentima ugovora uopće, mora se kod svakog tog pojedinog momenta opetovati onaj »ali«. Kada se govori o sili ili strahu (*vis vel metus*), odmah se dodaje: »ali« ovdje je drugačije nego kod ugovora uopće, — ako se imadu primijeniti propisi o uvjetu (*uslov, condicio*), odmah se dodaje: »ali« ovdje je drugačije nego kod ugovora uopće, — tako je i glede zablude (*error*), neznanja (*ignorantia*) i simuliranja.

Dok se drugi ugovori mogu suglasnom voljom stranaka razriješiti, brak se ne može razriješiti samo sporazumom stranaka, a to vrijedi i onda, kada brak još niti nije izvršen, nego je samo sklopljen izjavama o pristanku.

Dakako, da kod braka niti ne može biti ugovora o prenosu prava, niti može više nego jedan ugovorač biti na svakoj strani i to jedan muškarac s jedne strane a jedna ženska s druge strane.

Kod braka je isključeno svako supliranje privole za lica maloljetna ili koja su s kojeg drugog razloga pod skrbsvom.⁷

⁷ Can. 1081: *Consensus... qui nulla humana potestate suppleri valet.* — Kod drugih crkvenih i građanskih pravnih poslova to je moguće. Tako n. pr. nadopunjuje papa privolu interesenata kod promjene biskupija (AAS. 13, 467). — Kod građanskih ugovora privola oca, tutora i zakonitih zastupnika uz odobrenje nadtutorstvene odnosno nadštitničke vlasti nadomještava privolu maloljetnika ili osobe pod skrbsvom, makar se ona protivila tom ugovoru.

Kod drugih ugovora nisu pravni poslovi nevaljani nego su samo p o b o j n i⁸ radi greške u privoli, očitovanju volje, primjerice radi zablude, sile ili straha, neznanja, uvjeta. — Ovdje pak, kod braka, radi posebne njegove naravi i posebnih njegovih bitnih svojstava, pravni posao nije pobitan nego je n i š t a v. Ova se razlika nužno morala postaviti kod katoličkog vjerskog braka. Kod poslova pobitnih pretpostavlja se i mora da postoji već valjani pravni posao, koji se pobija, i prepušta se stranki da pobija samo pravni učinak tog pravnog posla prema sebi dočim pravni posao i nadalje kao valjan postoji. Kod katoličke ženidbe ne može biti »pobojnosti« u pravom smislu. Ta je ženidba doživotna i nerazrješiva, ili je valjana ili je nevaljana. Šta je nerazrješivo ne može se staviti izvan snage pobojnošću, nego se radi dosljednosti mora izjaviti da pravni posao već od svoga početka nije postojao. Moralo se dakle pribjeći i opet novoj razlici spram ostalih ugovora.⁹ Zato nije ispravno, kada se govori ili piše o r a z v o d u katoličkoga braka, kao što se to može ispravno činiti kod pravoslavnoga,^{9a} protestantskoga¹⁰ i građanskoga braka.¹¹ Isto tako nije ispravno ako se upotrebljava

⁸ Dr. R a s t o v č a n Pavle, Temeljna načela privatnog prava na osnovu rimskog prava, Zagreb 1930, str. 141 ss.

⁹ I tu je kanonsko pravo proizvelo transformaciju rimskoga prava. Po rimskom pravu bili su valjani pravni poslovi, koji su silom iznuđeni. I ako je volja bila uplvisana strahom, ipak je postojala. Si metu coactus ... tamen volui (l. 21, § 5, Dig. IV, —). Da se otklone štetne pravne posljedice takvoga posla, postojalo je sretstvo pobijanja de doli mali et metus exceptione, Dig. XLIV, 4, — quod metus causa gestum erit, Dig. IV, — 2. — Art. 1117 Code civil: La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité au en rescision.

^{9a} Bračni pravilnik od 27 V (9 VI) 1933. — Prestanak braka po presudi (razvodu). — Brakorazvodni uzroci jesu: 1. preljuba, 2. rađenje o glavi bračnom drugu, 3. hotimični pobačaj, 4. zlobno napuštanje bračnog druga, 5. nestanak bračnog druga, 6. tjelesna i duševna bolest, 7. moralna pokvarenost, 8. otpadništvo od pravoslavne vjere (§§ 88—107).

¹⁰ Statut o materijalnom bračnom pravu Njemačke evangeličko-kršćanske crkve augsburgškog vjeroispovijedanja od 18 II 1931. — Scheidung der Ehe, — Scheidungsgründe: 1. Ehebruch oder Unzucht wider die Natur, 2. Böswilliges Verlassen, 3. Nach dem Leben Stellen, Schwere Miss-handlung, 4. Gerichtliche Bestrafung, 5. Sonstige Gründe (§§ 44—48).

¹¹ Razvod braka može tražiti ona bračna strana čiji bračni drug 1. počini brakolomstvo, 2. zlobnu ostavu, 3. radi o glavi bračnoga druga, 4. bude osuđen na robiju ili tamnicu od 5 godina na više ili na smrt, 5. vreda supružanske dužnosti, provodi nemoralan život, bude osuđen na

riječ »pobijanje«, kada je u pitanju katolički brak, kao što je to dozvoljeno na primjer, ako je u pitanju protestantski brak¹² ili građanski brak, koji razlikuju nevaljanost i poboynost braka. Kod katoličkoga braka, jer je nerazrješiv, može biti govora samo o proglašenju braka da je već od početka bio nevaljan, ništav. Kada se u običnom govoru upotrebljava riječ »razriješenje braka« i »pobijanje braka« n. pr. tužba na razriješenje bračnoga veza, onda se ta riječ upotrebljava u nepravom smislu, a misli se na razriješenje odnosno pobijanje prividnog bračnog odnosa.

Kod drugih ugovora može da postoji *negotium claudicans*¹³ tako da za jednu stranu postoji vezanost za pogodbu a za drugu je stranu pravni posao u neizvjesnosti. Kod ženidbe ne može da bude *negotium claudicans*, nego je ona ili samo perfektan pravni posao ili nije nikakav pravni posao, — ili postoji valjani brak za obadvije stranke ili ni za jednu.

Jer se ugovori mogu sklapati pod uvjetom, *sub conditione*, koliki li je problem nastao u tome, pogledom na sklapanje braka! Da li se može i u braku stupiti uvjetno? Naročito u doživotni i nerazrješivi brak? Te su poteškoće uočene dapače prigodom same redakcije novoga Kodeksa i postojao je prijedlog koji je komisija prihvatila, da se *condicio* ne može nikako primijeniti pri

robiju ili tamnicu ispod 5 godina ili na zatvor zbog prestupa izvršenog iz koristoljublja (§§ 76—80 zakona o bračnom pravu za Vojvodinu, zak. čl. XXXI: 1894).

¹² Fälle der Anfechtbarkeit: 1. Adoption, 2. Mangel der vorgeschriebenen Erfordernisse, 3. Gerichtliches Verbot, 4. Drohung, Entführung, 5. Irrtum, 6. Betrug, 7. Zugehörigkeit zu einer nicht anerkannten Religion (§§ 29—35).

¹³ 865 o. g. z.; § 852. Predosnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, g. 1934; art. 1125 Code civil: Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté.

¹⁴ Can. 1092. — Trebalo je mnogo stoljeća dok se je pojavila uvjetna ženidba. Prvi put u izvorima dolazi u dvjema paleama Gracianovog dekreta (c. 7, 8, C. 27, q 2). — Rimsko pravo nije poznavalo uvjetnog braka. Čim je na brak kasnije primjenjen pojam ugovora, dosljedno se je nastojalo da se također primjene, kolikogod je moguće, propisi civilnog (rimskog) prava o ugovorima. Tako se je došlo i do uvjetnog braka. (Vidi o tome Esmein, Le mariage en droit canonique, II izd., 1929., str. 191 ss; Freisen, Geschichte des kanon. Eherechts, 1893, str. 232—257; Scherer, Handbuch des kath. Kirchenrechts, 1898, str. 186; Knecht o. c. str. 585 s.

Gasparri, o. c., n. 878 n. 2 veli, da se iz pripravnih spisa za sastav Kodeksa vidi, da su konzultori bili jednoglasnoga mnijenja da se ne

bračnom ugovoru. Međutim je konačna redakcija drugačije ispala.¹⁴ Pravoslavna crkva ne dozvoljava uvjetnog sklapanja braka.¹⁵ makar da i ona imade svoje pravo izgrađeno na rimskom pravu. Građansko zakonodavstvo, gotovo nijedno, ne primjenjuje i ne preuzima iz rimskog prava »uvjet« kod sklapanja braka.¹⁶ Niti protestantsko bračno pravo ne dozvoljava sklapanje braka pod uvjetom.¹⁷

I kod *zastare* je drugačije nego pri drugim ugovorima. Kod braka nema zastare (can 1093). Za razliku od drugih ugovora ne može se brak sklopiti *ad tempus* nego samo doživotno.¹⁸

Tumačeći pravnu konstrukciju braka kao ugovora dodaje se odmah, da taj ugovor ipak nije kao drugi ugovori. »Pravi dvostrani ugovor ali *višega stepena*« *verus contractus bilateralis, licet ordinis superioris praesertim inter baptizatos*, veli Gasparri.¹⁹ I on

dozvoljava uvjetni brak u skladu sa načelom prihvaćenim u novijim zakonodavstvima: *actui legitimo conditio apponi non debet*. P. Wernz stavio je tome odgovarajući kanon i sa njim su bili suglasni svi konsultori i predsjednik, ali je poslije nestao taj redigirani kanon i mjesto njega je postavljen sadanji kanon 1092, a da se u spisima o tome više ništa ne spominje.

¹⁴ Zsischman o. c. str. 612 veli, da se uvjetni brak protivi shvaćanju istočne crkve. — U pravoslavnoj crkvi nije bilo nikada ni danas nema uvjetnog braka.

¹⁵ § 59 o. g. z.: Sve ostale bludnje muža i žene, kao i prevarena njihova očekivanja o uvjetima pretpostavljenim ili i ugovorenima ne smetaju valjanosti pogodbe ženidbene.

§ 117 Predosnove: Sve druge zablude supruga kao i njihova neispunjena očekivanja pretpostavljenih ili prije sklapanja braka uglavljenih uvjeta ne smetaju valjanosti braka.

§ 1317 njemačkog građanskog zakonika: Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden. Ženidbe uvjetne i sklopljene na rok jesu ništetne (§ 1324).

§ 39 vojvodanskog zakona o bračnom pravu: Brak se sklapa na taj način, da zajedno prisutne obje stranke, koje žele stupiti u brak, pred građanskim činovnikom, koji u svom zvanju postupa, lično izjave u prisustvu dva svjedoka, da jedno s drugim stupaju u brak. Ova izjava ne može se vezati ni za uslov ni za vrijeme.

¹⁷ § 19. stav. 3 cit. statuta: Ausweichende, unverständliche, bedingte oder betagte Erklärungen dürfen nicht entgegengenommen werden.

¹⁸ Can. 1081, § 2: Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem.

¹⁹ O. c. n. 3.

kao odlučni pristaša teorije braka kao ugovora odmah upozorava na razliku od onoga pravnoga pojma, koji se u pravnoj nauci redovito naziva ugovorom.

»Ugovor svoje vrste i potpunoma drugačiji nego drugi ugovori« — *contractus plane singularis sui que generis*, veli Wernz.²⁰ Isti veli na drugom mjestu, da brak nije samo jedanostavni ugovor — *quae institutio positiva Dei maxime illud effecit, ut matrimonium inde ab exordio mundi non tantum simplex esset contractus*. Na daljnjem jednom mjestu veli: brak nije ugovor, koji bi bio jednak bilo kojemu drugom ugovoru nego je to ugovor svoje vrste i potpunoma zaseban, — *at matrimonium non est contractus qualiscumque reliquis aequiparatus, sed sui generis plane singularis*.

Cappello²¹ tumači: Brak je doduše ugovor ali potpunoma osobit i potpunoma različit od bilo kakvog drugog ugovora — *coniugium est quidem contractus, at singularis omnino, ab aliis quibuscumque contractibus plane distinctus*.

Die Ehe ist kein rein privatrechtliches Uebereinkommen — brak nije čista privatno-pravna pogodba, — insbesondere fehlt ihr ein für den Vertragsbegriff wesentliches Moment (nämlich ein dem freien Verfügen der Parteien unterworfenen Objekt.) — braku fali jedan bitni momenat za pojam ugovora, veli Knecht.²²

Enciklika Pia XI Casti connubii od 31. XII. 1930. protivi se shvaćanju braka kao čistog privatno-pravnog ugovora (*matrimonium utpote contractus mere privatus*) i naglašuje da se sa institucijom braka ne može postupati onako, kao što to biva u ostalim privatnim ugovorima (*ut fit in caeteris privatis contractibus*).²³

Kako vidimo, i gdje se brak naziva ugovorom, načelno se odmah ograđuje, da taj »ugovor« nije kao drugi ugovor privatnoga prava već da je on »svoje vrste«, »višega stepena«, »potpunoma osebujan«, »potpunoma različit od svakog drugog ugovora«, »da mu fali jedan bitni momenat za pojam ugovora«.

²⁰ *Ius matrimoniale* (Wernz-Vidal: *Ius canonicum*, V svezak, god. 1928), n. 3.

²¹ De matrimonio (kao 3. svezak De Sacramentis), g. 1923, n. 24.

²² O. c. str. 61.

²³ Alii ulterius mira procacitate progressi, *matrimonium utpote contractum mere privatum, consensui item arbitrioque privato utriusque contrahentis, ut fit in ceteris privatis contractibus, prorsus esse relinquendum opinantur, quavis propterea de causa dissolvendum*.

Ovo pitanje o pravnoj konstrukciji braka nije prijeporno samo među civilistima nego ima i priličan broj kanonista i teologa, koji se nisu slagali sa podvrštavanjem braka pod ugovor. Od kanonista navadam Veringa, koji veli: »Die Ehe wird wie ein Vertrag durch eine Willeneinigung begründet, und diesen Consensaus-tausch nennt das kanonische Recht Contractus matrimonialis, Ehevertrag, und setzt darin Sacrament. Das Sacrament der Ehe ist aber kein Vertrag im Sinne des bürgerlichen Obligationsrechts. Prema ovom glasovitom kanonisti nije ugovorom cijeli brak i bračni odnošaj, nego samo izmjena bračnoga pristanka potsjeća na ugovor i zato, prema njemu, kanonsko pravo nazivlje bračnu instituciju ugovorom.²⁴ — Scherer²⁵ jasno i odlučno poriče, da se smije pravna narav braka nazivati ugovorom: Insbesondere ist es falsch die Ehe als einen Vertrag anzusehen; vielmehr hat schon das römische Recht die Ehe ganz richtig als ein Verhältnis aufgefasst... Die Ehe ist vielmehr ein Lebensverhältnis, welches nicht nur privatrechtlich, sondern vorwiegend vom Standpunkte des öffentlichen Rechtes von Bedeutung und so zu normieren ist. Takovo je stajalište i nekih drugih kanonista od velikog imena kao što su Laemmer, Schulte, Breda i drugih.²⁶

Neki²⁷ drže, da je ta debata zaključena i to u prilog teorije da je brak ugovor, jer Kodeks upotrebljava riječ contractus, kako izgleda, sa osobitim naglaskom.

To je pitanje pravne teorije i podvrgnuto je razvitku pravne nauke i kritici. Sam Kodeks pored priznate izvrsnosti kodifikacije neprijeporno imade praznina i takovih mjesta, koje pravna nauka i sudbena praksa mora popunjavati i faktično besprekidno popunjavati. Gasparri navodi da se Kodeks tom riječju samo »mjestimice služi«,^{27a} iako je on lično teoretski odlučni pristaša da je brak doista pravi ugovor (verus contractus) i odlučno se obara na

²⁴ Držim, da se pravi razlog nalazi u naglasku na sinalagmatičnu vezanost jedne i druge strane i nemogućnost da jedna strana samovoljno postupi, kao što je to primjerice moguće u sovjetskom braku.

²⁵ O. c., 2. knjiga, str. 92.

²⁶ Dr. Lovrić E.: »Ženidbeni ugovor... osim općenitoga znaka ugovora nema na sebi gotovo ništa, što bi ga izjednačilo s građansko-pravnim obligatornim ugovorom...« (Spomenica kongresa pravnika u Ljubljani, g. 1926, str. 68).

²⁷ Knecht o. c., str. 26, op. 2.

^{27a} O. c., n. 3: ipse Codex hoc vocabulo passim utitur, e. g. in can. 1012.

mišljenje onih pisaca, koji to poriču.²⁸ Postoje dakle velike poteškoće da se brak adekvatno podvrsta bilo pod koji do sada postojeći tip ugovora.

Previše je raznih izuzetaka u smjeru bilo stvarnom bilo pravno-tehničkom. Stvarne izuzetke smo do sada dobrim dijelom vidjeli a u pravno-tenhičkomu smjeru nastaje pitanje, da li da se podvrsti taj ugovor pod tip rimskoga prava ili kojeg modernog prava. Potpuno je nemoguće da se podvrsta adekvatno pod rimsko pravo a moderna pravna nauka u tom pitanju sasvim je još u razvitku i nema još općenito prihvaćene teorije kako da se shvati pravna narav braka. Codex iuris canonici u ovom je predmetu temeljita i osebujna transformacija rimskog prava, tako da je Kodeks stvorio svoj potpunoma samostalni tip i pravnu konstrukciju. Međutim i ta konstrukcija Kodeksova nije definitivna već se nalazi u daljnjem razvitku usljed odlučnog upliva nauke i sudske prakse.

Codex iuris canonici naziva brak u g o v o r o m — *contractus matrimonialis*. Tako je to u can 1012 § 1 i 2, can 1083 § 2, can 1084. Nadalje upotrebljava se na više mjesta Kodeksa termin »ugovoriti brak« — *contrahere matrimonium* i »ugovorači«, »ugovorne stranke« — *contrahentes* (can 1012 § 1, 1019, 1035, 1083 § 2, 1084, 1123, 1126).

Takoder izvori kanonskog prava prije Kodeksa na više mjesta nazivaju brak ugovorom. Tako c. 2, X 4, 3; c. 7, X 4, 5; c. 1, 2, 3, X 4, 16; Trid. sess. 24 de ref. matr. c. 1. Isto tako naziva Pio VI brak ugovorom u poslanici ad *Episcopum Agriensem* od 11. VI. 1789.²⁹ Leo XIII. u poslanici *De matrimonio Christiano* također upotrebljava taj naziv.³⁰ Doduše Leo XIII. ne donša pozitivnu tvrdnju, da je brak »ugovor«, nego osuđuje one, koji prave razliku između braka kao ugovora i braka kao sakramenta i na osnovu te razlike dijele kompetenciju državne i crkvene vlasti, po kojoj bi država imala da donosi propise o ugovoru a crkva samo o sakramentu kao o nekom obredu. Posljedice ove nauke nalaze traga u tzv. Jozefinizmu i u građanskom zakonodavstvu austrijskom za vrijeme Josipa II. pod svršetkom 18. vijeka, zatim u Općem austrijskom građanskom zakoniku od god. 1811. i u zakonicima, kojima je taj građanski zakonik služio kao uzorak, pa tako i u Predosnovi jugoslavenskog budućeg građanskog zakonika.³¹ To je razlikovanje po-

²⁸ O. c., n. 3.

²⁹ *Hic contractus (matrimonialis)...*

³⁰ *In matrimonio christino contractum a sacramento non esse dissociabilem; — Matrimonium autem est ipse contractus, si modo est factus iure.*

³¹ § 103: Porodični odnosi zasnivaju se ugovorom o braku. U ovome ugovoru dva lica raznoga spola izjavljuju na zakonom propisani

služilo kao temelj prvim propisima o građanskom braku u francuskom revolucionarnom zakonodavstvu i našlo odjeka u francuskom Ustavu god. 1789.³²

Kodeks navodi samo riječi »contractus« a da ne daje niti njegove definicije niti označuje bitnih elemenata ugovora. Nastaje dakle važno pitanje interpretacije te riječi, dapače i pitanje da li se riječ contractus u vezi sa brakom imade razumijevati u strogom jurističkom tehničkom smislu.

Pravna je nauka i danas veoma raznolika u shvaćanju pojma ugovora. Razdijeljena je na više škola a pogotovo je tečajem povijesti prava postojalo raznih poimanja, tumačenja i smjerova, tako da jedna pravna teorija uopće niti ne vidi ugovora tamo, gdje ga druga škola najodlučnije nalazi, a osim toga postoji veliko protuslovlje o samim bitnim elementima pojma ugovora.

Otvoreno je pitanje — jer Kodeks sam to ne rješava — po kojem pravu ili po kojoj pravnoj školi ima da se razumijeva po njemu upotrijebljena riječ contractus, dapače nastaje pitanje, nije li Kodeks tu riječ contrahere, contrahentes, contractus upotrijebio u običnom načinu govora a ne strogo u smislu pravne tehnike.

Propise za interpretaciju nalazimo u can. 17—24.

Crkveni zakonik treba razumijevati pod vlastitom njegovom značenju riječi razmatranom u tekstu i kontekstu zakona; ako značenje ostaje dvojbeno i nejasno, treba se obratiti na paralelna mjesta Kodeksa, ako takvih paralelnih mjesta ima; nadalje na svrhu zakona; na okolnosti, pod kojima je zakon nastao, i na volju zakonodavčevu (can. 18).

Primijenivši ova pravila tumačenja, slijedi neminovni zaključak, da je Kodeks htio podvrstati brak obzirom na način kako nastaje, pod norme obligacionog prava, i to kao pravnu činjenicu koja nastaje iz dozvoljene ljudske radnje, dakle kao pravni posao, u kojem sudjeluju na svakoj strani po jedna osoba sa međusobnim pravima i dužnostima. Prema tom shvaćanju brak je dvostrani sinalagmatički pravni posao, što se redovito naziva ugovorom.

To slijedi iz okolnosti, pod kojima je zakon nastao, i iz volje zakonodavčeve. Kodeks u glavnom čuva kontinuitet sa prijašnjim pravom. Kako sam već prije citirao, brak prigodice nazivaju ugovorom i dekretalsko pravo i tridentinski sabor i pape u svojim enciklikama a dobrim dijelom i prijašnja nauka. Naročito je važna

način svoju volju, da će cijeli život provesti u nerazdvojnoj zajednici, djecu radati i vaspitavati i uzajamno se potpomagati.

³² Historički razvitak u Francuskoj i njegov nastavak u Austriji vidi kod Esmein-a, o. c., str. 87 ss.

okolnost, da je u novijoj kanonskoj pravnoj nauci jedan od najvećih auktoriteta bio kardinal Petro Gasparri. Isti je u svojim djelima prije Kodeksa³³ odlučno zastupao tezu da je brak pravi dvostrani ugovor i sa svom snagom pobijao drugačije mišljenje. Za izradbu Kodeksa bila je imenovana posebna komisija, u kojoj je središtem njegovih znanstvenih radova u zakonski tekst. Riječ, da je brak *contractus*, on je tako naglasio, da je preuzimajući tekst nekih izvora u tekst Kodeksa hotice i namjerice dodao riječ »*contractus*«, makar ga u originalnom poređaju riječi nije bilo.³⁵ Novija kanoniistička pravna književnost preuzima da je brak ugovor, a samo katkada se pojavljuju takovo tumačenje iz kojeg se vidi nesigurnost.³⁶

Tu su dakle jasne okolnosti, a jasna je i volja, da se nazivu »Bračni ugovor« — *contractus matrimonialis* dade strogo pravno značenje pojma »ugovor«.

Osim tih razloga može to da slijedi također iz paralelnih mjesta Kodeksa. Gdjegod Kodeks upotrebljava riječ »*contractus*«, razumijeva ga u pravno-tehničkom smislu.^{36a}

Tom konstatacijom nije pitanje sasvim riješeno. Pravni pojam ugovora i njegovi bitni elementi nisu jednaki u svim sistemima

³³ *Tractatus canonicus de matrimonio*, 2 sveska, Paris, prvo izdanje 1892, drugo izdanje 1904. — Novo djelo prema kodeksu izdao je pod istim naslovom godine 1932. u Vatikanu.

³⁴ Apostolska konstitucija Benedikta XV od 27 V 1917 *Providentissima Mater Ecclesia*, kojom je Kodeks promulgiran: *Postea, compluribus viris disciplinae canonum peritissimis sive ex Urbe Roma sive variis e nationibus in consortium laborum accitis, mandatum dedit filio Nostro Petro S. R. E. Cardinali Gasparri ut Consultorum operam dirigeret, perficeret, ac, si opus esset, suppleret.* — Vidi Dr. Lovrić E.: *Codex iuris canonici*, Mjesečnik pravn. društva, god. 1919 str. 35 ss.

³⁵ Usporedi u Enciklici Leona XIII. od 10. II. 1880 *De matrimonio christiano* mjesto »*Christus Dominus dignitate sacramenti auxit matrimonium*« sa tekstom can. 1012 § 1: »*Christus Dominus ad sacramenti dignitatem evexit ipsum contractum matrimonialem*«.

³⁶ Knecht, o. c., str. 61.

^{36a} Kao dvostrani pravni posao can. 1529, 1203 § 2, 1679; *contractus synallagmaticus: do ut facias* can. 1544 § 2; *contr. simoniacus* can. 729; *contr. nominati et innominati* can. 1529; *contr. locationis* can. 1541 § 1; *contr. rescissio* can. 1684 § 1; *ex contractu ugovorno, po ugovoru* can. 1551 § 2; *contractum inire, adimplere* can. 1565 § 1; *ordinare contractum* can. 1015 § 1; *dare causam contractui* can. 1084; *contractus vi caret* can. 534 § 1; kod dokaza ispravama »ugovor« je isprava can. 1813. § 3; usporedi i can. 1533, 1527, 536, *obligationes contrahere*; can. 33 § 2 *contractuum obligationes*.

prava, niti u današnjima niti u nekadanjima. Zato još treba odgovoriti, kojemu pravu, sistemu prava ili pravnoj školi treba da se podvrsti pojam ugovora iz Codex-a iuris canonici.

Drugim riječima, koji je supletorni ili možda eksemplarni izvor za tumačenje pojma »ugovora« gdje Kodeks spominje »ugovor«?

Prema can. 18 treba potražiti paralelna mjesta u Kodeksu i prema can 20 općenite principe prava. Na paralelnim mjestima Kodeks se kod pojma kontrakta poziva na civilno pravo — *ius civile*. Koje je to civilno pravo, daljnje je pitanje.

Kodeks na više mjesta označuje slučajeve, u kojima se ima primijeniti moderno građansko pravo odnosno građansko pravo dotičnoga teritorija.³⁷ U takvim slučajevima, jasno je, ima se primijeniti dotično građansko pravo.

Gdje se radi o općim načelima prava i gdje se Kodeks ne poziva na teritorijalno pravo ili na građansko pravo uopće, treba se usljed propisa can. 6 n. 2 obratiti na prijašnje pravo pred Kodeksom i na prijašnju nauku i tumačenje kanonskoga prava.

Pojam braka kao ugovora »*contractus matrimonialis*« jest često, i ako ne općenito, kanonsko-pravo shvaćanje iz vremena prije Kodeksa, a za takovo je onda bilo rimsko pravo supletornim pravom,³⁸ pa je zato i danas rimsko pravo u razloženom smislu izvor za tumačenje i razumjevanje nekih izraza i nekih pojmova današnjeg kanonskog prava a tako i pojma ugovora kod braka.

Gasparri-jevo tumačenje je mjerodavno, jer je on bio predsjednikom komisije konsultora za izradbu zakonika, a po can. 18 ima da se interpretira *ad mentem Codicis*.

Gasparri i drugi novi kanonisti u potvrdu donošaju definiciju rimskog prava: *contractus est duorum pluriumve in idem placitum consensus*. Ima se dakle interpretirati pomoću rimskog prava.

Prema sistemu rimskoga prava obveze nastaju 1) *ex contractu*, 2) *ex delicto*, 3) *quasi ex contractu*, 4) *quasi ex delicto* i 5) *ex variis causarum figuris*.³⁹

³⁷ Can. 1529: *Quae ius civile in territorio statuit de contractibus tam in genere, quam in specie, sive nominatis sive innominatis, et de solutionibus, eadem iure canonico in materia ecclesiastica iisdem cum effectibus servantur, nisi iuri divino contraria sint aut aliud iure canonico caveatur.*

Can. 33 § 2... *servantur... praescriptum iuris civilis in teretorio.*

³⁸ Michiels: *Normae generales iuris canonici*, Lublin 1929, sv. I, str. 477 ss; Cicognani: *Ius canonicum* I str. 139; Maroto: *Institutiones iuris canonici: De iure civili tamquam fonte iuris canonici* I str. 438—449.

³⁹ Gaius, l. pr. D. XLIV, 7; *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis cau-*

Pozivajući se na l. 1, § 2, Din. II, 14 kanonisti definiraju ugovor: *contractus est duorum vel plurium in idem placitum legitimus consensus*⁴⁰ i navode da također brak imade sve ono što je bitno za ugovor uopće⁴¹ i da iz jednostavne analize pojma braka i pojma ugovora očevidno slijedi zaključak da je brak ugovor.⁴²

Kako u rimskom pravu ima više vrsta ugovora, trebalo je brak podvrstati pod jednu od tih vrsta. Ugovori po rimskom pravu jesu 1) formalni (usmeni — verbalni, pismeni — literalni), 2) realni, 3) konsenzualni, — prema tome da li za nastanak pravnog posla treba ili održavanje neke forme ili predaja stvari ili je dostatna jedino suglasna izjava privole.⁴³

Brak je analogijom podvršten pod konsenzualni ugovor, pozivajući se na Ulpiana: *nuptias non concubitus sed consensus facit* (l. 30, Dig. 50, 17 i l. 15, Dig. 35, 1).⁴⁴

Ovo je doista samo nepotpuna analogija. Ponajprije je strogih konsenzualnih ugovora u rimskome pravu bilo samo pet,⁴⁵ ostali

sarum figuris. — Inst. III, 13 *quatuor species*: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Ovdje samo pregleda radi navodim primjere obveza iz ostalih izvora osim ugovora. Delikt je nedopušteno djelo, iz kojega nastaje obveza, kao što su furtum, damnum iniuria datum, iniuria, rapina, metus, dolus, alienatio in fraudem creditorum. — Quasi-kontrakti: obveza negotiorum gestoris, obveza tutorova, bezpogodbenih udrugara, nasljednika prema primaocu zapisa, obveza onoga koji je obogaćen primitkom nečega što se nije dugovalo. — Quasi-delikti: obveza iudicis qui litem suam facit, obveza onoga koji jamči actione de effusis et eiectis, — obveza gostioničara koji jamče za krađe i štete, ako ih počine njegovi ljudi, — *Variae causarum figurae*: ostale mnogobrojne obveze, koje se ne mogu podvrstati pod nijednu od spomenute četiri vrste izvora obveze.

⁴⁰ Cappello n. 23; Wernz-Vidal n. 34; Gasparri n. 4.

⁴¹ Gasparri n. 3 *ea quae contractui in genere essentialia sunt, etiam matrimonio convenient necesse est*.

⁴² Wernz-Vidal n. 34: *ergo ex simplici analysi notionis matrimonii et contractus evidenter deducitur matrimonium esse contractum*.

⁴³ Verbalni contracti bili su: dotis dictio, operarum iurata promissio i stipulatio. Literalni: nomen transcripticum. Realnih ima dvije podvrste, i to imenovani — nominatni: zajam — mutuum, polog — depositum, posudba — commodatum, zalog — pignus, zatim neimenovani — inominatni: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Konsezualni: kupnja — emptio venditio, najam — locatio conductio, punomoćje — mandat i društvena pogodba — societas te kasnije, po caru Zenonu, i pogodba o emfiteuzi — contractus emphyteuticarius.

⁴⁴ Can. 1081 § 1: *matrimonium facit partium consensus...*

⁴⁵ Vidi opasku pod br. 43.

pravni poslovi, za koje se nije drugo tražilo nego samo consensus, bili su pacta, pactiones, conventiones a ne contractus.⁴⁶ Nisu svi dvostrani pravni poslovi po rimskom pravu bili zato odmah i ugovori, jer su dvostrani.

Conventio i pactio je širi pojam nego contractus. Pod conventio i pactio se razumijevala svaka saglasnost dviju osoba glede nekoga objekta. Conventio i pactio je generalni pojam, a contractus je podvrsta za posebne određene pravne poslove, ali među te se nije ubrajavao brak.

Definicija duorum pluriumve in idem placitum consensus na svom izvornom mjestu, l. 1, § 2, Dig. 2, 14, — odnosi se na pactio a ne na contractus, i to mjesto glasi: § 2 pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus; § 3 Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt...

I kod pactum nudum (neutuživih pogodaba) i kod pactio i kod conventio postoje i subjekt i objekt i consensus, pa ipak nije contractus. Slijedi iz toga, da radi ova tri bitna momenta, koja se također nalaze kod ugovora, nije bezuvjetno nužno da se brak podvrsta pod pojam ugovora, a ne slijedi ni to, da se brak ne može nikako drugačije pravno konstruirati nego jedino kao ugovor.

Dvostrane obveze ne nastaju jedino iz ugovora, nego i na temelju drugih izvora obveza.

Francuski Code civil je u tome bliži rimskom pravu. Po art. 1108 quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation, — a po art. 1101 ugovor je podvrsta konvencije: le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

Dalje, rimsko pravo nigdje i nikada nije nazivalo brak ugovorom, tako da u nijednom izvoru ne dolazi izraz contractus matrimonialis ili contractus matrimonii. Sam Gasparri konstatira:⁴⁷ in iure romano legitur contrahere matrimonium, sed nunquam legitur, ni fallimur, contractus matrimonii, contractus matrimonialis.

U koliko se je kod braka u rimskom pravu ipak govorilo o ugovoru, radilo se je o imovinskim pogodabama⁴⁸ prigodom zaruka,

⁴⁶ Ovo je razlikovanje važno i za najmodernije pravne konstrukcije o braku. Vidi rasprave dr. Dragutina Jankovića: Pokušaj jedne teorije ugovornih statusa i Sociološka škola i njena objektivna teorija o izvorima obligacija u knjizi Problemi građanskog prava, Beograd 1926, zatim dr. Borislav Blagojević: Ugovori po pristanku, Beograd 1934.

⁴⁷ O. c., n. 3.

⁴⁸ Girard F.: Droit romain, III izdanje, Paris 1901, str. 147, op. 4.

kao što su dos, parapherna, miraz, uzmirazje, uprava imovinom itd., — a sam brak se nigdje nije uvrštavao pod propise obligacionoga prava, već je to bila samostalna pravna institucija iz područja porodičnog prava.

Nadalje, u rimskom pravu sama izjava konsensa niti nije imala efekt da je time brak već nastao. Bila je još potrebna deductio mulieris in domum viri. Ulpianus: si... nupsisset, videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor, quamvis non in cubiculum mariti venerit (l. 15, Dig. 35, 1.). Isto tako i Pomponius razlaže, da se brak može sklopiti u odsutnosti muškarca, pismeno ili po glasniku, ali da taj brak nastaje tek onda, kada žena bude dovedena u kuću svog bračnog druga. Dakle nije dostatna sama izjava bračne privole.⁴⁹ Iz toga slijedi da u rimskom braku treba razlikovati tri momenta: a) consensus, b) deductio i c) coitus, — a ne samo dva, i to samo consensus i coitus. Za nastanak braka obava copulae nije bitna, ali sam consensus nije dostatan.⁵⁰ Obzirom već na ove razlike vidi se, da je brak po pravu Codexa bitno transformirano rimsko pravo.

Danas, brak kako ga reguliše Codex, niti nije više konsenzualni ugovor, nego formalni obzirom na propis can 1094 ss.⁵¹

⁴⁹ l. 5, Dig. XXIII, 2: Mulierem absentem per literas eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur; eam vero, quae abesset, ex literis vel nuntio suo duci a marito non posse, deductione enim opus esse in mariti non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii.

⁵⁰ Girard, o. c. str. 150 Mais il ne se forme pas, à notre sens, par le simple échange de volontés. Il exige de plus la mise de la femme à la disposition du mari, plus largement l'établissement de la vie commune, et par conséquent le moment précis où il commence, important à fixer à plusieurs points de vue, se placera seulement alors. Le mariage est une façon de vivre, sa formation est un changement d'existence. Or, un genre de vie, un changement ne peuvent résulter d'une pure intention, ... ils exigent des actes. A la vérité, ces actes pourront être très variés, surtout quand les époux se trouveront dans le même lieu. Mais la preuve que le consentement ne suffit pas est que le mariage, qui peut avoir lieu malgré l'absence du mari, chez qui on conduira alors la femme, ne peut avoir lieu en l'absence de la femme, qu'on ne pourrait alors mettre à sa disposition.

Gasparri, n. 775, op. I: Quaestio est utrum iure romano matrimonium solo consensu consisteret legitime expresso, an requireretur insuper deductio mulieris in domum viri. Haec quaestio antiqua est: communior sententia erat solum consensum sufficere. Altera sententia nostris diebus validiores nacta est defensores: nam Facultas Parisiensis, duce Ortolan, eam sustinet. Nos primam veriorem putamus.

⁵¹ Nekoji pisci najnovijih djela još uvijek navode da je ženidba kon-

Konsenz treba kod svakog ugovora, dakle i kod formalnog i realnog i konsenzualnog, ali razlika je u tome, da kod prve dvije vrste osim privole treba za valjanost pravnog posla još i održavanje nekog propisanog oblika⁵² ili još i predaja objekta, dočim konsenzualni pravni posao postaje perfektan već samim tim što nastane suglasna izjava privole kontrahenata bez obvezatne formalnosti i bez predaje. Za valjanost braka po Codexu nije dostatan obostrani konsenz nego osim njega treba još održavanje propisanoga oblika, i to prema can. 1094: samo su oni brakovi valjani koji se sklapaju pred župnikom, ili pred ordinarijem mjesta, ili pred delegiranim svećenikom i barem pred dvojicom svjedoka. Dapače niti izuzeci od redovitog oblika sklapanja braka navedeni u can. 1098 nisu konsenzualni kontrakti, nego također formalni, jer se za valjanost pravnog posla traži osim konsenza još i prisutnost barem dvojice svjedoka.⁵³

Tvrđnja, da je brak konsenzualni ugovor može se ispravno odnositi jedino na predtridentinske brakove⁵⁴ i poslije na brakove

senzualni kontakt. Tako Triebas, o. c. str. 28: *Die Ehe ist ein reiner Konsensualvertrag.* — Gasparri, n. 775: *Unde contractus matrimonialis ab AA. communiter recenseri solet inter contractus consensuales, non reales, quia sufficit ea traditio quae habetur in expressione consensus et non requiritur realis.* — Nekoji pisci nazivaju brak konsenzualnim ugovorom, htijući time da naglase da brak nije realni ugovor t. j. da copula za nastanak braka nije potrebna. Iz toga što neki ugovor nije realan, ne slijedi jedino to da je konsenzualan. Pristanak (consensus) treba kod svakog ugovora, ali kod braka treba još forma za nastanak pravnog posla. Zato je to formalni ugovor. Brak nije realni ugovor, — pa je bolje ako se to na taj negativni način izrazi, a ne ako se za ovu negativnu oznaku upotrebi afirmativni izraz t. j. da je konsenzualni ugovor, što nije sasvim točno.

⁵² Primjera imamo u našem Zakonu o javnim bilježnicima (§ 52). Darovna pogodba, kod koje se stvar odmah predaje, jest valjan pravni posao. — Za valjanost darovne pogodbe, ako se stvar odmah ne predaje, nije dostatna izjava obostranog pristanka, nego valjanost posla nastaje samo ako se obavi u obliku javnobilježničkog akta.

⁵³ Sklapanje braka u slučaju smrtnog pogibelji i u slučaju izvan smrtnog pogibelji, ako se ne može doći do svećenika.

Brak, barem u duhu rimskoga prava, nije više konsenzualni kontrakt nego formalni. Moderna civilistička nauka napustila je svaku razliku između realnog i konsenzualnog ugovora. Po njoj realnih ugovora više niti nema. Hasenöhrl, *Das öster. Obligationenrecht*, I 361: *Für das moderne Recht müssen demnach alle Verträge für Consensualverträge erklärt werden, so das wir heut zu Tage nicht mehr von Realcontracten im römischen Sinne sprechen können.*

⁵⁴ Sess. XXIV (21 XI 1563.), cap. I, Dekret »Tametsi«: 1) za valjanost dotadašnjih brakova bio je dostatan consensus: *Tametsi dubitandum*

t. zv. netridentinskom području. Isto tako na nekadanji *matrimonium praesumptum*.⁵⁵

Međutim postojao je i prepor nesamo za rimsko pravo nego i za kanonsko, da li je brak realni ugovor, naime ne nastaje li brak tek bračnim prilegom. Ovaj je prepor de lege lata konačno riješen negativno (can. 1081). Tu je teoriju realnoga ugovora zastupao glasoviti kanonista Freisen, a poznata je pod imenom *kopula-teorija*.⁵⁶ Za Freisenom su se povelili nekoji pisci, ali je u drugom izdanju sam Freisen napustio to mišljenje.⁵⁷

Ovaj se je prepor vukao kroz više stoljeća. I sam Gracijan, C XXVII q 2, očito je bio pristaša ove teorije, tako da su si nasuprot stajale dvije škole, bolonjska sa Gracijanom i pariška sa Petrom Lombardom. Danas je sa pitanjem u vezi razrješenje sklopljenoga ali još neizvršenoga braka — *matrimonium ratum non consummatum*.

Prema razvitku kanonskoga prava do konca 12. vijeka bilo je nepreporno, da je za nastanak valjanog braka bilo dostatno, da se riječima ili na ekvivalentan način izjavi bračna privola. To su bila t. zv. *sponsalia per verba de praesenti*. Crkva je na-

non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia (quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit).

2) Za valjanost koncil sada određuje novo: Konsens ne čini još braka nego se za nastanak pravog posla traži i forma: *Qui aliter, quam praesente parcho, ... et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit; et huiusmodi contractus irritos, et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat.*

Hodie non est satis nudus consensus... veli Sanchez, De sacr. matr. I II, disp. XI. n. 19.

§ II Naputka 1856: Ženidba se sklapa međusobnim privoljenjem, ako ga sposobne osobe... izjave na propisani način!

Esmein, o. c. II 154: »La modification la plus profonde qu'introduisit le concil de Trente dans le droit matrimonial consista à transformer en contrat solennel le mariage, qui, jusque-là, avoit été traité comme un contrat consensuel.

⁵⁵ Do tridentinskoga koncila su zaručke, *sponsalia per verba de futuro*, ipso facto prelazile u pravi brak, ako su zaručnici obavili *copulam carnalem*. To je bila pravna pretpostavka. Zašto? Jer je brak do tog koncila bio samo konsenzualni kontrakt. Poslije koncila nestala su *matrimonia praesumpta*. Zašto? Jer je brak postao formalni pravni posao a prestao je biti samo konsenzualni.

⁵⁶ *Geschichte des Canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glos-senlitteratur 1888.*

⁵⁷ Nije točan navod Génestalo v u drugom izdanju *Esmein-ovog Le mariage 1929*, da je *Freisenovo* drugo izdanje bez promjene, nego se naprotiv nalazi bitna izmjena radi napuštanja *kopulateorije*.

ređivala, da to treba da bude javno, in facie Ecclesiae, i da treba da svećenik blagoslovi brak, — ali propust toga nije povlačio za sobom ništavost braka. Čim su bila izmijenjena verba de praesenti, nastao je u principu nerazriješivi brak i samo se je u nekim izvanrednim slučajevima mogao razriješiti. *Sponsalia per verba de futuro* bile su zaruke, dakle preparatorni čin za ženidbu; ali ako je uslijedio seksualni odnos, promjenile su se zaruke neposredno u brak, tako da je to bila praesuptio iuris, da je spolni odnos uslijedio affectu maritali; nikakova verbalna očitovanja volje niti vanjske ceremonije nisu bile potrebne.⁵⁸

Također je i u građanskim pravima i u ostalim crkvenim zakonodavstvima preporna pravna konstrukcija braka. Svakako se različita teoretska stajališta odrazuju u zakonodavstvu, pa neki zakoni izričito nazivaju brak ugovorom a drugi izbjegavaju taj naziv.

Opći austrijski građanski zakonik od god. 1811. izričito naziva brak ugovorom. § 44: Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. Naš službeni prevod od god. 1853. ne prevada »Vertrag« sa »ugovor« nego sa »pogodba« i to hotimice za razliku od imovinskih »ženidbenih ugovora« (§§ 1217—1266). Naša Predosnova građ. zakonika je to također preuzela. § 103: »Pородični odnosi zasnivaju se ugovorom o braku«. Ovdje pako povijest ovoga pojma »ugovora« nije ista kao pojma »ugovora« u kantskom pravu. Ovdje se namjerice sa tom riječju htjelo nešto drugo označiti. Godine 1783. patent Josipa II.⁵⁹ načinio je bitnu promjenu od dotadanjeg zakonodavstva. Država je dotle uređivala samo građanske posljedice braka. Josip II primjenio je glasovitu distinkciju, koja je već više puta u Francuskoj bila upotrebljena, i odijelio je građanski ugovor o braku od sakramenta. Po ovom njegovom propisu, brak sam po sebi, promatran kao građanski ugovor, nadalje prava i dužnosti, koja nastaju iz ovoga ugovora, dobivaju svoju sadržinu, svoju vrijednost na osnovu odredbe državnoga zakona. Iako je on zadržao oglašavanje braka u crkvi i sklapanje braka u crkvi, u bitnosti svojoj time je brak takovom zakonskom odredbom postao objektom državnoga zakonodavstva. Tu se već nalazi jezgra građanskog braka i falio je samo još jedan korak da se izvede konačna konsekvencija.⁶⁰

Bračne imovinske ugovore, dakle ugovore u potpunom pravno-

⁵⁸ Esmein I str. 101: si des rapports sexuels s'établissaient entre de simples fiancés, immédiatement et fatalement elles se changeaient en mariage.

⁵⁹ Ehepatent, 16 I 1783 Nr. 117. J. G. Slg.

⁶⁰ Esmein, o. c. str. 50: C'était éliminer du droit séculier la législation et la juridiction de l'Église sur le mariage; et, quant au fond, le droit matrimonial qu'établît Joseph II différait profondément, sur certains points, du droit canonique.

tehničkom smislu, ne naziva »Vertrag« nego »Ehepakten« (§§ 1217—1266).

Po srpskom građanskom zakoniku stranke brak »zaključuju« a ne »ugovaraju«. (§ 60—62). Ukoliko ima »razgovora i dogovora između mladoženje i djevojke, i njegova i njezina rođa sa ugovaranjem poradi braka«, to se odnosi na imovinska pitanja (§ 61).

Code civil ne upotrebljava *contrat de mariage* za ugovor o samom braku, nego za bračni imovinski ugovor (art. 1387—1581), premda dolazi u širokom značenju također riječ »contracter« le mariage (art. 148, 158), les mariages »contractés« (art. 156).

Isto tako u njemačkom građanskom zakoniku (§ 1432) »Ehevertrag« ne znači sklapanje braka nego ugovor o uređenju imovinskih odnosa između bračnih drugova.

Protestantsko bračno zakonodavstvo u našoj državi nigdje ne upotrebljava riječ »ugovor« za brak. »U brak se stupa« — *Eingehung einer Ehe* (§ 2 i 4); — »brak se sklapa« — *Eheschliessung* (§ 6).

Niti pravoslavni Bračni pravilnik od 27 V (9 VI) 1933. ne naziva brak ugovorom, niti se brak »ugovora«, nego se brak »sklapanje« (§§ 9, 11). Naziv »ugovoriti« dolazi samo onda, kada se hoće u užem smislu »ugovoriti« nešto što bi se protivilo biću i obliku braka (§ 7).

Rusko sovjetsko zakonodavstvo ne označuje brak kao ugovor. Prema Solovejčiku je sovjetski brak u pravnom pogledu *privatni* ugovor sui generis između dvije stranke međusobno jednake; ovaj je ugovor potpunoma sličan kakvom društvenom ugovoru, kod kojega svaki član zadržava svoju potpunu individualnu slobodu. Taj se ugovor može razriješiti u svako doba po volji samo jedne stranke a privola druge strane nije potrebna. Prema drugim piscima sovjetski brak nije uopće nikakav ugovor.⁶¹

Novija zakonodavstva izbjegavaju da prejudiciraju razvitku teorije.

Vering: Lehrbuch des Kath., orientalischen und protestantischen Kirchenrechts, 1893, str. 847: Jedoch haben die Naturrechtsphilosophen des vorigen Jahrhunderts sowie auch die damaligen französischen Parlamente (bürgerlichen Gerichtshöfe) die Ehe als einen gewöhnlichen bürgerlichen Vertrag behandelt, und diese Auffassung ist in das preussische Landrecht, den Code civil, die badische Eheordnung von 1803 und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811 übergegangen.

⁶¹ Dr. Grigorij Soloweitschik: Das Eherecht Sowjetrusslands und seine Stellung im internationalen Privatrecht, Leipzig 1931. — Knecht, o. c., str. 99. — Dalpiaz: De matrimoniis civilibus contractis in Russia Sovietica, u Apollinaris br. 2 1933. — Oesterle G.: De iure matrimoniali reipublicae sovjeticae, u Ius Pontificium 1933 str. 254 ss. i 1934. str. 67 ss.

pa se radi toga može brak pravno nazvati »ugovorni status«. ⁶³

I za sam Kodeks, usprkos njegovog izričitog navadanja »Contractus matrimonii« (can. 1012), ne uzimaju svi priznati današnji kanonisti tu riječ u najužem smislu. Tako Knecht u svom osobito priznatom djelu »Handbuch des katholischen Kirchenrechts« (str. 61) da je riječi contractus u Kodeksu značenje »pactio« conjugalis, Uebereinkunft, sporazum, pristanak. ⁶²

Gradansko pravo kao i kanonsko pravo imaju svoj izvor u rimskom pravu. Pojam braka kao ugovora nije se nalazio u rimskom pravu. Pojavljuju se tek u 12. stoljeću, i to u kanonskom pravu, primjenjujući propise o konsenzualnom kontraktu. U građanska prava ulazi tek u 16. stoljeću, i to povodom razgraničenja državnog i crkvenog zakonodavstva u području porodičnog prava. Iz crkvene nauke, da je brak i ugovor i ujedno nerazdijeljeno sakrament, preuzima se ta ustanova razdijeljeno, razlikujući ugovor od sakramenta; područje ugovora ima da uređuje država a područje sakramenta crkva. Dolazi se do pojma braka kao privatnoga ugovora. Ova teorija i ovakvo zakonodavstvo postojalo je gotovo bez prigovora u civilističkoj nauci do pred nekoliko decenija. U vezi sa nekim drugim pravnim pojavama dobilo se povoda za analizu i kritiku dotadanje civilističke pravne konstrukcije braka, kao privatnoga ugovora i šta više kao ugovora uopće. Opazilo se naime, da brak, izlazi iz kruga privatnih sfera i da on predstavlja javni interes, — da nije dakle čisti privatni ugovor. Isto ovo pitanje bilo se pojavilo u administrativnom pravu: da li se sticanje javne službe ima promatrati kao »javna funkcija« ili kao »ugovor«, »Lohnvertrag«, »Arbeitsvertrag«. — Osim toga iza sklapanja braka — ženidbe — nastaje trajna pravna situacija. Slična pojava kao kod osnutka privatnih društava (Société privée). Pojavila se teorija o braku kao statusu. Uslijed karaktera dugog trajanja ovih stanja pretvorila su se u pitanje javnog poretka. »Autonomija volje« i »sloboda ugovaranja« ograničene su do najveće mjere tako da je preporan karakter ugovora uopće. Po teoriji ugovora privatnog prava, »obveza« treba da se odnosi, — i ako ne na novčanu — a ono barem na neposrednu imovinsku posljedicu. Niti toga nema kod braka. Također jedan od razloga, da se odrekne karakter ugovora. Pojavila su se i kombinovana ili kompromisna rješenja: sam pravni akt sklapanja ženidbe pokazuje elemente ugovora, naročito međusobnu izjavu volje, po kojoj subjekti pravnoga posla preuzimaju recipročno prava i dužnosti, ali nakon toga nastaje jedan status,

⁶² Isto tako i Gracian: pactio coniugalis matrimonium facit, c. 1—6, 45 C. XXVII q 2.

⁶³ Ovo je teorija Dr. Dragutina Jankovića, advokata i univerz. profesora u Beogradu u studiji »Pokušaj jedne teorije ugovornih statusa«, odštampanoj u knjizi »Problemi gradanskog prava«, Beograd 1926.

Držim da se ne može smatrati brak — niti samo ugovorom niti samo statusom, niti ugovornim statusom, niti predmetom isključivo privatnoga prava niti isključivo javnoga prava, nego pravnom institucijom potpunoma zasebnom, samostalnom i svoje vrsti, različitom od svake druge pravne činjenice, u svemu opredijeljenom samo svojim i naročitim prinudnim propisima o svojstvima subjekata i o sadržini objekta, i sa pristankom slobodnim samo u odnosu na izbor osobe a ograničenim u svemu ostalom što je bitno, da ili u cijelosti prihvati ili u cijelosti odbije.

Moderna kolektivistička škola za razliku od individualističke napušta sve teorije o više izvora obveza i postavlja samo jedan izvor, a to je opća volja izražena u zakonu, ili drugim riječima, zakon je jedini izvor obveza. Pojedinci imaju »slobodu ugovaranja« a ne »autonomiju volje«. Dosljedno tome po toj teoriji nalaze se »pravi ugovori« i tamo gdje ih druge pravne škole ne nalaze.⁶⁴ Po kolektivističkoj školi jest »ugovor« svagdje tamo, gdje zakon normira pravni odnos a stranke se izjave da jedna prema drugoj stupaju u taj odnos.⁶⁵ Po tome je brak ugovor. Pristaše ove teorije previše generališu;⁶⁶ iz potrebe jednoga tipa za kolektivne ugovore, tarifne poslove, za pojednostavnjenje u prometu i industriji, prešli su i na takve pravne poslove, čija je pravna narav i sadržina sa svim druge vrste.

Ima pisaca koji tvrde, da je potpunoma suvišna svaka debata o tome, da li je brak ugovor ili nije, a jedino je pitanje kakva je sadržina tog pravnog posla.⁶⁷ Ovo je samo djelomice ispravno. Ako se pita za sadržinu braka, ona ostaje ista da li ju se nazove ugovorom ili ne, ali pravno-tehnički, i isto tako za pravo koje razvija sudska praksa, nije svejedno, da li se neka pravna institucija podvrgne pod neki analogni pravni pojam, a onda čini bezbroj izuzetaka i otstupanja, i to ne kakvih god beznačajnih nego bitnih i temeljnih, — umjesto da ga se tretira potpunoma samostalno

⁶⁴ Vidi dr. Borislav Blagojević, Ugovori po pristanku, Beograd 1934.

⁶⁵ Contrat d'adhésion.

⁶⁶ Putnik uđe u tramvaj, plati kondukeru voznu kartu, on mu izda kartu. Time su putnik i tramvajsko poduzeće, navodno, sklopili ugovor.

⁶⁷ Paulus, 202: omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut nos subverti possit. — Die immer wiederkehrende Kontroverse die Ehe sei ein Vertrag oder sei kein Vertrag, hat eigentlich gar keinen Sinn. Rüttner, Eherecht str. 161, op. 1. — Vidi Krainz System des öster. allg. Privatrechts, II str. 401, op. 1.

i u teoriji i u zakonodavstvu sa naročitim svojim vlastitim propisima, koji se tiču samo ovoga posla sui generis.⁶⁸

Kanonsko pravo ima da izdrži teoretsku borbu na dva fronta: ima da obrazloži svoje stajalište, da brak jest pravi ugovor po sistemu privatnog obligacionog prava, proti onima koji braku poriču narav ugovora, — zatim da pobije stajalište onih, koji tvrde da brak jest ugovor ali potpunoma samo »privatni« ugovor.

Kanonsko je pravo uzelo samo okosnicu rimskoga prava o ugovoru, a sve drugo, naročito lične kvalitete subjekata, bitna svojstva objekta i apsolutnu slobodu privole, izradilo je samostalno onako, kako se u nijednom pravu ne nalazi.

Rimsko pravo nije bilo dostatno za sve pojave kasnijeg pravnog života. Naročito je kršćanstvo baš za brak donijelo sasvim nove religiozne, filozofske i socijalne ideje, kakvih Rimljani i njihovo pravo nisu poznavali. Okvir rimskoga prava već je samim početkom kršćanstva time bio prekoračen. Ali i kanonsko pravo, — ne dirajući jedino u vjersku i naravnu bitnost braka — evolviralo se tečajem vjekova. Justinijanova kodifikacija u 5. stoljeću, dekretalsko pravo u 12. stoljeću i novi Kodeks u 20. stoljeću, — markantne su etape u tom razvitku i promjenama.

Današnje pravo Kodeksa o braku transformiralo je rimsko pravo u tolikom stepenu, da se radi o gotovo samostalnoj pravnoj konstrukciji.⁶⁹

⁶⁸ Iz ovoga razloga bi poželjno bilo da Predosnova građanskog zakonika potpunoma ispusti partiju o braku i da se bračno pravo u cijelom svom kompleksu uredi posebnim zakonom. Ima i drugih razloga, radi kojih bi to valjalo učiniti. Prof. dr. Bertold Eisner piše u Arhivu za pravne i društvene nauke, str. 431—1924, u članku »Pitanje izjednačenja ženidbenog i nasljednog prava«: Da se projekat novog građanskog zakonika ne izloži takvoj opasnosti (naime, da se ne bi otegnoo prihvrat cijelog građanskog zakonika radi nesuglasica u ženidbenom pravu), bilo bi po mome mišljenju dobro, da se ženidbeno pravo, koliko nije u pitanju ženidbeno imovinsko pravo, uredi posebnim zakonom.

Dr. Čedomilj Mitrović, Crkveno pravo, Beograd 1921, str. 128: Ukupno uzeti svi propisi i crkvenog i državnog zakonodavstva o braku i bračnim odnosima predstavljaju jedan zaseban dio porodičnog prava, koji se zove bračno pravo.

⁶⁹ Međunarodni pravni kongres u Rimu god. 1934. velikim dijelom je imao za predmet rasprave o transformaciji rimskog i kanonskog prava. Od važnijih referata navodim: Roberti, Christianismus et Ius Romanum, — Medina, Vis doctrinae christianae in Iure Romano evolviendo, Iuris romani transformatio, — Bortolucci je iznio historiju sinalagmatskih ugovora i consensus-a kod ugovora. Vidi »Apolinaris«, svezak br. 3 1934.