

ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ О БРАКУ

— Приказ и критика —

Питање природе брака је једно од најсложенијих и најтежих питања у материји породичног права. Тешкоће долазе у првом реду због врло сложене садржине самога брака. Сем тога, природа и садржина брака условљени су историски, социјално, економски и политички. Брак се не може посматрати искључиво као правна категорија; његова правна природа зависи од свих напред изнетих фактора. Многи писци су управо због једностраног и статичког начина проучавања ове установе давали често једностране одговоре на питање о природи брака, а посебно о његовој правној природи. Тако су створене врло различите и често потпуно опречне теорије: од теорије о браку као уговору приватног права да теорија о браку-институцији, о браку као акту-услову и браку-социјалној установи.

Покушаћемо да у овој расправи одговоримо на питање које смо поставили: какав је став доктрине о правној природи брака. Други аспекти овог питања: социолошки, политички, морални, економски и др. неће бити исправљени на овом месту.

I. *Историјат доктрина о правној природи брака.* — У најстаријем периоду цивилизације верски брак је био распрострањен готово у свим античким народима. У Риму, Индији и Грчкој сам поступак закључења брака састојао се из три етапе: *traditio, deductio in domum maritii* и *confarreatio* (верски обред). Међутим, врло дуго се одржао обичај и схватање да се брак заснива отмицом и куповином жене, а да се перфектура тек самим саживљавањем мужа и жене (консомација брака). Ови обичаји потичу из варварског периода, и нарочито су се дуго одржали међу старим Германима и Словенима.

Прве дефиниције о браку дали су римски правници: а) *Nuptiae, aut matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens* (I. 9, 1); б) *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (D. 23, 2, 1) (1). Друга дефиниција се приписује римском правнику Модестину из IV века. Њу је преузела и хришћанска правна доктрина, јер садржи и религијске елементе. Иначе, брак је, кроз најдужи период римске историје, био лаичка уставова. У најстаријем периоду, изузетно, брак са *manus*-ом заснивао се уз поштовање и извршење верског ритуала. Овај ритуал је био обавезан само у верском браку патриција *confarreatio*, али је дуго био у употреби и у браку *coemptio* и *usus*. Касније је верски обред отпао у последња два облика брака, а и сам верски брак *confarreatio* је ишчезао пред крај Републике. Брак *bez manus-a*, који се врло рано јавио, није познавао никакве верске обреде, био је лишен сваког формализма и заснивао се *solo consensu*. Такав брак преовлађивао је у највећем делу римске исто-

(1) У преводу би ове дефиниције гласиле: а) „Брак је веза између мужа и жене, која садржи неразводну животну заједницу“ и б) „Брак је веза између мужа и жене, сједињене за цео живот, према божанском и људском праву“.

рије. Он је био акт самих брачних другова, без учешћа верских или државних представника при његовом закључењу. Већина односа, који су настали у браку, није била регулисана когентним нормама. Тек касније, под утицајем хришћанства наилазимо поново на уношење „божанских” елемената у брак, што се види из дефиниције Модестина у Дигестама.

Хришћанство је створило доктрину према којој је брак истовремено уговор и света тајна. Брак је био уговор природног права од постанка човечанства. Христос је уздигао брак изнад првобитних услова; он је од њега направио свету тајну не мењајући, међутим, природу уговора. Треба истаћи да је хришћанска правна доктрина дуго лутала у одређивању свог става према браку. При њеном формулисању били су врло различити утицаји: на Западу римско право и римска култура, с једне и варварско обичајно право, с друге стране; на Истоку византиско право и грчка култура, као и обичајно право разних народа. Тако је на Западу учење о браку-светој тајни формулисано тек на саборима у Лиону 1267 и Фиренци 1439, а учење о браку-уговору природног права на 24 заседању Тридентског сабора 1563. Иако је православна црква на Истоку задржала исте основне идеје као и католичка на Западу, имала је свој самостални развојни пут. Отуда и значајне разлике у схватању брака између њих.

Према католичкој доктрини, сами брачни другови су службена лица при закључењу брака. Присуство свештеника нема конститутивни карактер: свештеник је само сведок, брак је пуноважан ако је закључен и без присуства свештеника, ако су околности искључивале његово присуство венчању. Према православној доктрини, присуство свештеника има конститутивни карактер: он склапа брак, а не сами брачни другови. Сем тога, католичка црква сматра брак неразрешивим, док православна црква дозвољава развод брака. Обема црквама заједничко је да у основи имају негативан став према браку: целибат је узвишеније стање, брак је блато, нечистоћа; само кроз телесну чистоћу постиже се приближавање човека Богу.

Галикански покрет у Француској и Протестантско учење напустили су учење првобитног хришћанства односно католичке цркве о правној природи брака. Галиканци су прокламовали право државе да регулише уговор о браку док су цркви признали право да регулише свету тајну. Еволуција овог схватања довела је коначно до тога да је држави признато *искључиво* право да регулише уговор о браку, док питање свете тајне представља приватну ствар самих брачних другова. Реформација је на другом плану признала и довршила ову еволуцију. Сам Лутер је говорио да сва питања брака спадају у надлежност правника а не цркве. Ово учење имало је велики утицај на законодавства протестантских држава, али се у јединственом облику није одржало у свим протестантским земљама.

II. Доктрина о браку — уговору грађанског права. — Ова теорија вуче делимично корене од галиканског покрета, али њену стварну основу представља, ипак, учење школе природног права која прокламује велика буржоаска индивидуалистичка начела, међу којима су најзначајнија:

учење о слободи уговарања и о аутономији воље. Иста схватања заступана су и од великих филозофа и припадника покрета просвећености из XVIII века; Дидроа (Diderot) Монтескијеа, (Montesquieu), Волтера (Voltaire) и др. Тако је Дидро писао да се у браку мора признати иста слобода као и у свим удруживањима и уговорима (2). Према Волтеру „брак је уговор световног права од кога су припадници римске католичке цркве направили свету тајну” (3). Пуфендорф (Pufendorf), један од оснивача школе природног права сматрао је брак као и сваки други уговор. Сагласно томе, оштећена страна може да раскине уговор када је друга извршила повреду основних одредаба уговора (4). Полазећи од уговорног карактера брака неки мислиоци су предлагали увођење брака на пробу, слично другим уговорима грађанског права, па је чак предлагано да се уведе развод као награда за јавне заслуге (5).

Доктрине о браку као уговору грађанског права и данас нису тако усамљене. Може се рећи да је више од једног века то питање било неспорно међу писцима, јер је брак од свих њих сматран као грађански уговор. Међутим, писци данас прихватају ово учење често са доста ограда и резерви. Тако Планиол дефинише брак као „уговор на основу кога човек и жена стварају међу собом заједницу коју закон одобрава и коју они не могу раскинути по својој вољи” (6). Колен (Colin) и Капитан (Capitant) такође бране уговорну теорију, али у своју дефиницију брака уносе извесну резерву: „Брак није као остали уговори, аутономна воља странака не може слободно да одреди последице, да одлучи раскид, да унесе измене као што то она може у уговорима који се односе на имовину”. Али и поред свега тога они закључују: „Нема ту ничега што би потпуно искључивало идеју уговора. У свакој правној операцији улога људске воље одређена је општим интересом и јавним поретком” (7). Жосран (Josserand) дефинише брак на следећи начин: „Заједница човека и жене, свечано уговорена и у складу са грађанским законом”. На истом месту он прецизира своју идеју и даје следеће елементе предње дефиниције: 1) да је брак уговор, 2) да је овај уговор свечан, 3) да се он извршава у заједници лица, 4) да он спада у област грађанског закона (8).

Ово схватање у нашој послератној теорији нико не заступа. Проф. Беговић разликује начин закључења брака од појма самог брака као животне заједнице. „По свом начину закључења брак се [...] може означити као уговор нарочите врсте, као формални свечани уговор”. Међутим, „наш законодавац одбија оно схватање да је брак обичан уговор, приватна ствар мужа и жене, које наилазимо у извесним страним правима. Међутим, из тога се не сме извести закључак да наш законодавац одбија сваку везу брака са уговором. Извођење таквог закључка било би

(2) Diderot: Grande encyclopédie, V^o, Divorce.

(3) Voltaire: Dictionnaire philosophique, V^o, Mariage.

(4) Pufendorf: Le droit de la nature et des gens. livre VI. chapitre I, „Du mariage”.

(5) Ово су идеје Хелведиуса. Видети о томе Gérard Thibaut—Laurent: La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire (1792—1816), thèse, Clermont-Ferrand, 1938, p. 36.

(6) Planiol—Ripert: Traité élémentaire du droit civil, Paris, 12 éd., 1932, t. I, p. 262.

(7) Colin—Capitant: Traité de droit civil, Paris, 1957, t. I, p. 527, 528.

(8) Josserand: Cours de droit civil positif français, t. I, p. 361.

(9) Др. М. Беговић: Породично право, Београд, четврто издање, 1959, с. 30—31.

у противности са текстом закона о браку, где се на неколико места изрично напомиње да је изјава сагласности вереника, њихов пристанак, дакле њихов уговор један од услова за закључење брака" (9). Проф. Ајзнер сматра да сам спор о томе да ли је брак уговор или правна установа (институција) нема великог правног значаја. Он сматра да се уговорна правила која су прописана за уговоре грађанског права уопште не могу овде применити. Једино у уређењу имовинскоправних односа брачних другова закон даје брачни друговима у извесним границама слободу уговарања (10). Проф. А. Прокоп разликује, слично проф. Беговићу, брак као однос (заједницу) и уговор о браку којим се брак заснива. По њој, чл. 1 Основног закона о браку даје појам брака као односа, а чл. 15 даје дефиницију уговора. Међутим, „уговор о браку је уговор породичног права с конститутивним јавноправним елементом и солемнитетном формом. Он се у нашем правном систему не може сврстати међу „правне послове" који чине категорију грађанског права и имају прометно-имовински садржај" (11). Слично мишљење заступа и проф. В. Бакић који исто тако разликује брак као трајно стање, као друштвену установу, од начина склапања брака, свечаног уговора којим се уз друге услове заснива брак као друштвена установа. „Зато се брак не може никако сматрати обичним уговором, ма да је за његов настанак потребна сагласна изјава воља оба брачна друга" (12).

Ми такође одбацујемо идеју да је брак обичан грађански уговор. Потпунији осврт о томе даћемо у закључку овог рада. Треба, ипак, истаћи да идеја о браку-уговору приватног права није сасвим нереална конструкција теоретичара. Нека законодавства у прошлости, а нека све до недавна, почивала су у основи на овој идеји. Као пример могу послужити француско револуционарно право из 1792 (13) и совјетско право до доношења указа Президијума Врховног совјета СССР из 1944. Можемо поставити као правило да учење о браку-уговору приватног права одговара индивидуалистичким и анархистичким теоријама о друштву, као и одговарајућим друштвеним системима.

III. Доктрина о браку-уговору јавног права. — Индивидуалистичка уговорна теорија о браку давала је исувише простора и значаја неприкосновеној вољи супруга не само када је реч о закључењу брака већ и у погледу уређења међусобних односа брачних другова и престанка брака. Стога су неки писци покушали да ублаже њен апсолутни карактер, не дирајући, међутим, у основну мисао да је брак уговор. Тиме се желела оправдати и објаснити интервенција државе и њених органа у односе који се рађају у браку, а које присталице чисте уговорне теорије нису могли да објасне. Према овом схватању, брак, иако је уговор, није што и сви други уговори грађанског права. Разлика постоји како у погледу његове

(10) Dr. V. Eisner: *Porodično pravo*, Zagreb, 1950, s. 42.

(11) Dr. A. Prokop: *Komentar osnovnom zakonu o braku*, II izdanje, I deo, Zagreb, 1959, s. 77.

(12) Dr. V. Bačić: *Porodica i породичноправни односи у Југославији*, Београд, 1960, с. 63—64.

(13) Револуционарни устав из 1791 изричито је прокламовао: „La loi ne considère le mariage qu'un contrat civil”.

садржине, тако и у погледу уговорних страна. Странке у овом уговору су брачни другови, с једне и држава, односно друштво с друге стране. „Тако, после уговора између мушкарца и жене, прави уговор се закључује са друштвом” (14). Што се тиче *садржине*, присталице овог схватања разликују две врсте уговора: уговоре приватног права, који имају за циљ регулисање приватних интереса, и уговоре јавног права, који имају за циљ да уређују опште интересе. У другу групу спадали би међународни уговори, натурализација, експропријација, усвојење, брак и др. Због њиховог значаја, уговори јавног права враћају се у надлежност државе која им императивно одређује услове.

У нашој науци ово схватање прихвата, имамо утисак, проф. А. Прокор: „Уговор о браку је уговор породичног права с *конститутивним јавно-правним елементом* и *солемнитетном формом*” (15).

По нашем мишљењу, у оквиру једног правног поретка уговори јавног права не постоје. Када се каже уговор, онда се неизбежно мисли на уговор грађанског права. Без утицаја је чак чињеница да се у неким уговорима појављује и држава као уговорна страна. Држава може иступати као носилац власти и онда нема ни говора о уговору. Држава може иступати и као уговорач, али тада се она појављује као потпуно равноправни партнер у уговору. У „уговору” о браку, држава не иступа ни у ком виду као равноправни партнер. Напротив, она суверено одређује услове за склапање брака и односе који у браку настају. Овај аргумент утолико пре важи када се помиње „друштво”. Као учесник у брачном уговору друштво не може никад да иступа, јер је то неодређен појам са стано-вишта права. Око пак држава иступа у материји брака са својим империумом, онда није реч о уговору, а самим тим ни о уговору јавног права, већ је реч о праву државе да суверено одређује друштвене и правне односе у материји брака. Када је реч о интервенцији у брачне односе, увек је у питању држава а не друштво. Најзад, неке установе које присталице ове доктрине називају уговорима јавног права, као натурализација, експропријација и др., нису никакви уговори а још мање уговори јавног права. Према томе, ако би брак био уговор, он би могао бити само уговор грађанског права.

IV. Доктрина о браку - *правној установи* (16). Учење да је брак правна установа (институција) скорашњег је датума. Први је успешно, иако још недовољно јасно, изложио ову теорију Лефевр (Lefebvre) у расправи „Le mariage civil n'est-il qu'un contrat?”. „Увек ми се чинило да брачна веза није била и не може бити схваћена у праву као стварна уговорна веза и да брачно стање са својим дужностима одређеним у закону не може бити сведено на скуп уговорних обавеза. Постоји други елемент у браку којим се везују супрузи један за другог који је не мање

(14) Detrez: Mariage et contrat, thèse, Paris, 1907, p. 6.

(15) Dr. A. Prokor: op. cit., s. 77.

(16) Термин „правна установа” (институција) не треба мешати са уобичајеном терминологијом у нашем језику, која под овим појмом, поред осталог, подразумева и основне установе грађанског права: својину, накнаду штете, брак и уговор. Идентичност постоји само у изразу али не и у садржини. Још мање овај термин треба мешати са појмом *установе* у административном праву.

значајан од њихове сагласности и који има шири значај од њихове дво-струке воље: божанска власт у верском браку, световна власт кроз грађански брак" (17).

Најпотпунију теорију о браку-институцији и о институцијама у праву уопште, дао је Ориу (Hauriou). Његове идеје прихватили су Ренар (Renard), Бонказ (Bonnecase), Жапио (Japiot), Гуно (Gounnot), Риго (Rigaud), Киш (Cuche) и др., али свако са свога становишта.

Према Ориу постоје две врсте правних установа: институције - организми (тела) и институције - ствари. Разлика почива у аутономији воље (код институције - ствари), односно у одсуству аутономије воље (код институције — организма). Брак би према овој класификацији дошао у групу институција - тела. Читава ова теорија је врло сложена и тешко схватљива а замера јој се и мистицизам. Покушаћемо да врло сажето изнесемо најпре учење Ориуа о правним установама уопште, а затим ћемо изложити његову примену на брак.

Према Ориу институција није апстракција; то је биће које стварно постоји. „Његово проучавање обухвата два елемента, *анатомију* и *физиологију*". Свака установа садржи три анатомска елемента: а) идеју о оснивању установе која се реализује у одређеној друштвеној групи. То је истовремено и најважнији елемент. Да би се реализовала, она се мора ослоњити на социјалну средину, која формира групу заинтересованих у тренутку рађања институције - тела; б) други елемент је организована власт стављена у службу ове идеје ради њене реализације; в) трећи елемент је заједничко деловање које се манифестује у друштвеној групи поводом настале идеје и њене реализације. Из свега овог, Ориу извлачи закључак да правне обавезе „које намеће установе - тело" немају основа у уговору већ у „оснивачкој групи". Улога индивидуалне воље сужена је на „фактичко приступање". Чим је приступање извршено, воља је немоћна да измени дејства установе која наступају аутоматски.

Физиологија установе састојала би се у следећем: „Правне установе се рађају, живе и умиру правним путем; оне *настају оснивачким радњама* (подвукао М.М.) [...] и оне живе истовремено објективним и субјективним животом, захваљујући понављању правних ситуација управних и административних органа [...]" Акт о оснивању представља заједницу воља у идеји; феномен „захваљујући коме се идеја тренутно претвара у субјективно стање хиљаде индивидуалних свести које се сједињују у њој". Једном основана правна установа надживљава вољу оснивача захваљујући животној снази коју садржи идеја водила. Ствара се утисак да су првобитни оснивачи учинили више него што су могли, јер су у друштвеној средини засадили трајну идеју, која се, кад је већ посејана, развија сама од себе.

Као што се рађају, установе и умиру правним путем, тј. њиховим раскидом и укидањем. Њихова смрт је такође једна правна операција (18).

(17) Nouvelle Revue Historique du Droit, 1902, p. 301.

(18) Видети Hauriou: Principes de droit public, II éd., 1916, pp. 109—117, 127, као и La théorie de l'Institution et de la Fondation, 4e Cahier de la Nouvelle Journée 1925, pp. 16, 11, 37 seq.

Врло сличну, али исто тако детаљно разрађену теорију о правним установама, дао је Ренар. Према њему, институција је заједница људи у једној идеји. Ренар дели правне акте на уговоре и правне установе. Овој подели одговара друга подела коју је он извршио на субјективне акте и статуте. Субјективни акти се односе на разноврсна субјективна права: пренос својине, купопродаја, зајам и др. Друга група представља такве правне акте којим се само ствара једна правна ситуација, једно стање, један статут. То су, на пример, признање очинства ванбрачног детета, именовање функционера, стицање универзитетског звања. То је у ствари, по речима самог Ренара, акт-услов према Дигиевој терминологији. Ова подела није извршена према форми у којој се ови акти остварују (уговорна, административна и др.), већ према садржини самог акта. Тако је, према писцу, уговорна форма основа субјективног акта у уговору о зајму, продаји и др.; напротив, у случају брака она је само уводни акт у једно статутарно стање: у установу породице (19).

Дакле, према теорији коју заступају Ориу и Ренар, брачна веза се оправдава „друштвеном чињеницом постојања породице” (20). Према томе, брак се своди на акт о оснивању установе породице. „Породица је установа, прва од установа, а брак је њен оснивачки акт”. „Уговор — брак? — Да, по форми; да, ако се посматра само оквир; да, ако се под тим подразумева уговор-услов (*contrat-condition*) двостране сагласности човека и жене помоћу кога се подвргавају законским брачним статутом. Али, статут лица у браку налази се изнад воље супруга; то је основна идеја правног поретка коју закон само тумачи. Оквир је уговорни, али садржина напушта сваку могућност уговора. Форма је уговорна а у основи брак је акт установе”. На основу свега реченог, брак се дефинише као акт-услов обавијен уговорном формом и као оснивачки акт правне установе: породице (21).

За Бонказа брак је правна установа за чије је заснивање потребан један спољни елемент, сложени правни акт, који се састоји од пристанка супруга и учествовања матичара у давању овог пристанка. Бонказа је, дакле, брак искључиво стање лица у браку. Сам брак није правни акт, то је установа условљена правним актом. Комплексни правни акт „који сачињавају пристанак супруга и учешће матичара [...] није брак” (22).

Каква је вредност институционалне теорије? Њена је заслуга што је указала на постојање и других елемената у браку сем уговорног. Она је указала и на друштвени значај брака и породице, насупрот индивидуалистичкој уговорној теорији. Међутим, она има и врло велике недостатке. У првом реду сам појам „правна установа” је неодређен. Капитан је у *Vocabulaire juridique* дефинисао установу као „трајну организацију која служи задовољењу колективних интереса”. Неједнако тумачење правне установе, примењене на брак, запазили смо и у ставовима Ренара и Бонказа. Као што се из предњег приказа могло закључити, за Ренара брак

(19) Renard: *La théorie de l'institution*, 1930, pp. XIII seq., 23 seq.

(20) Hauriou: *Principes de droit public*, 1 éd., 1910, p. 207.

(21) Renard: *op. cit.*, pp. 124, 128, 158, 338.

(22) Bonnecase: *La philosophie du Code Napoléon*, „Revue générale du droit”, Paris, 1932, p. 49.

је само уводни правни акт, стваралац брачне везе, „уговор-услов”, брак је, дакле- правни акт који ствара институцију породице. За Бонказа, на-против, брак је правно стање лица у браку. Полазећи од врло сличних поставки, ова два теоретичара о правним установама, дошла су до дија-метрално супротних закључака. Сама ова чињеница показује да ниједна од ових доктрина није потпуно тачна. Много тачнија би била теорија која би комбиновала ова два схватања, јер је очигледно да брак није само правни акт, али он није само ни стање лица у браку већ и једно и друго. За сада остављамо по страни питање да ли се брак закључује уговором или на основу „комплексног правног акта”.

Овој теорији могу се упутити и други приговори. Она потпуно негира индивидуалистичку филозофију на којој почивају буржоаски грађански законици. Она, сем тога, негира сваку везу брака са уговором и тиме вољу брачних другова, као и њихову сагласну изјаву, своди на правни акт, односно на приступање једној правној установи: породици. Институцио-нална теорија, даље, не води рачуна да сва законодавства придају значај пуноважности пристанка и недостацима воље; да сва законодавства про-писују услове под којима може доћи до неважности брака, не само када је то у интересу друштвене заједнице, већ и када то зависи од воље једног супруга, дакле, не само када је реч о узроцима апсолутне ништа-вости, већ и у случају релативне ништавости, чиме би се потврдила веза брака са уговором. Најзад, теорија о браку-институцији има за после-дицу неразрешивост брака, односно применом ове теорије из основа се мења однос државе према разводу. У томе се највише и огледа њена крај-ње реакционарна позадина. Наиме, иако на први поглед прихватаљива, па чак и привлачна, ова теорија је имала за циљ да посредним путем брани пољуљану католичку доктрину о неразрешивости брака и о сувереном праву цркве односно држава да брачним друговима наметне принудни брачни режим.

У нашој правној теорији ово схватање нико не заступа.

У француској теорији постоји схватање које покушава да измири уговорну тезу са институционалном. „Једина концепција која одговара стварности је мешовита концепција: брак је сложени акт, истовремено уговор и институција, као што је у нашем старом праву сматран од на-ших старих писаца истовремено и као света тајна” (23). Ова теорија је названа *мешовитом теоријом*. Њу данас подржавају и неки други аутори, као Мазо (H. Mazeaud). И њој се могу упутити озбиљне замерке. Сматра се да се никако не могу помирити ова два антипода. Идеја о браку-правној установи искључује уговорну тезу и обрнуто. Најјаче аргументе про-тив могућности комбиновања ове две тезе дао је сам Ренар:

„Установа и уговор су два пола правне активности”. „Уговор се ра-скида као што је и закључен, правна установа измиче њеним оснивачима, она је неопозива”. „Однос који се рађа из уговора, облигација, је лабилна веза: свака облигација намењена је да се угаси извршењем; установа је створена да траје [...]”. „Равноправност је закон уговора, хијерархија је

(23) Rouaste y Planiol—Ripert: *Traité pratique de droit civil*, t. II, La famille, Paris, 1926.

закон установе". Уговор је субјективни однос једне личности према другој; институционални односи су објективни и статутарни". Међутим, изненађује закључак Ренара: „Породица и брак нам пружају одличан пример савезништва или боље рећи узајамног прожимања „уговорног” и „институционалног” (24).

V. Доктрина о браку-акту услову. — Теорија о браку као акту-услову ослања се на познату Дигијеву (Duguit) теорију о правним актима. Познато је да Диги дели све правне акте на: акт-правило, субјективни акт и акт-услов. Акт-правило одговара нормативним актима, субјективни акт одговара актима који установљавају, мењају или укидају индивидуалну правну ситуацију (уговор) и, најзад, акт-услов „простиче из разликовања које се намеће између објективних правних ситуација. Једни се намећу људима по извесном аутоматизму, а да они нису у могућности да испоље своју вољу, на пример, статут бирача; други, напротив, потчињени су испуњењу, од стране заинтересованих, правног акта-услова, на пример: брачни статут” (25). Према Дигиу, „примере правних аката ове врсте налазимо у јевном праву и у приватном праву. Довољно је навести именовање функционера, признање ванбрачног детета, позакоњење, брак, натурализацију” (26).

Видети у браку уговор, према речима Дигиа, представља неоспорно заблуду. Известан споразум заиста постоји, али споразум који је услов рађања једне објективне правне ситуације, правне ситуације лица у браку, брачног статута, трајне ситуације која има општи карактер и која се намеће не само супрузима већ свима. Њена дејства и њен обим одређени су законом. То истовремено јасно показује колико је погрешан начин резонувања када се каже да је брак уговор и да према томе један нов уговор, слободно закључен, може да измени оно што је утврђено првим. Са тога погрешног становишта било би апсурдно што закон не дозвољава споразумни развод. Без сумње, закон га може увести, али није апсурдно ни што га није прихватио. Брак није уговор који ствара уговорну ситуацију; он је споразум који условљава рађање једне законске ситуације. Закон може ову ситуацију проширити, сузити или укинути, те стога не би чак било нелогично када би законодавац одлучио да ни за склапање брака није довољан споразум супрута (27).

О браку као акту-услову Бонар каже: „Брак је акт-услов. Склапајући брак, супрузи не утврђују садржину њиховог брачног статута, права и обавезе које преузимају, као што то чине два лица када закључују купопродајни уговор. Ова правна ситуација заиста је потпуно утврђена законом. Сва права и дужности су већ предвиђени и супрузи не могу ништа томе да додају. Брак као правни акт има једино за циљ да им наметне њихова права и дужности” (28).

Ова теорија је у основи слична претходној. Неки заступници институционалне теорије позивају се на Дигијеву теорију (Ренар) приликом

(24) Renard: op. cit., pp. 363—365, 436.

(25) Bonnard: Précis élémentaire de droit administratif, Paris, 1926, 1930, suppl., pp. 37, 38.

(26) Duguit: Traité de droit constitutionnel, 1921, 2 éd., t. I, p. 222.

(27) Traité de droit constitutionnel, 3 éd., 1928, t. I, p. 411.

(28) Bonnard: op. cit., p. 38.

објашњавања свога става. Њој је нарочито близак став Ориуа и Ренара који свде брак на правни акт којим се заснива установа породице. Ова околност је, међутим, и нјслабија страна и једне и друге теорије, јер обе свде брак на правни акт, којим се, према првој теорији оснива правна установа, а према другој, регулише објективна правна ситуација утврђена законом, али према којима се сам брак свди ипак на тај инцијални правни акт. Као што смо већ видели, брак се не може свести на формални акт којим се он заснива, јер је брак истовремено и правни акт и правно стање, односно акт-услов и објективна правна ситуација, према терминологији Дигиа. Стога ово схватање о правној природи брака, иако је у основи тачно, не изгледа нам довољно да објасни све елементе брака.

Полазећи од Дигијеве теорије и допуњујући је, Кост-Флоре (Coste-Floret) је дао две дефиниције брака: једну, са становишта француског позитивног права и другу, са становишта права уопште. Према првој, брак је троструки акт-услов (сагласност једног и другог супруга и учешће матичара) којим се ствара објективна законска ситуација. У другу дефиницију писац уноси неке допуне. Он сматра да је воља странака једини извор брачног статута, али да та воља не може да измени извесна начела прокламована природним правом, као што су моногамија и неразрешивост брака(?). Позитивни прописи имају са становишта права уопште само допунски карактер и другостепени значај. Према томе, једна општа дефиниција брака изгледала би овако: „Брак је акт-услов-споразум који ствара објективну правну ситуацију; ситуацију која извире из природног права када је реч о основним одредбама, законску ситуацију када је реч о споредним одредбама” (29). Сличну теорију о браку-уговору природног права заступа у новије време Ле Бра (Le Bras) (35). Друга дефиниција Кост-Флореба била би прихватљива и за нас када би се из ње елиминисало природно право. Као правна категорија природно право не постоји. Према учењу научног социјализма право је друштвена, историска и класна појава. То значи да је право променљиво и да не постоје никаква вечна начела, независна од друштва и времена. Сем тога, иза ове дефиниције крију се конзервативна схватања о неразрешивости брака. Наравно да се и овако сужена она може само условно прихватити, јер начин заснивања брака, иако је врло сличан, није ипак исти у свим земљама, а посебно „објективна законска ситуација” није иста. О томе нам врло убедљиво говоре историске чињенице које смо делимично изнели, а нарочито разлика у начину регулисања брака у буржоаским, с једне и социјалистичким земљама, с друге стране. Према томе, немогуће је дати једну општу дефиницију брака која би важила за сва времена и за сва права.

VI. Доктрина о браку у источноевропским земљама. — Не може се говорити о некој одређеној, научно формулисаној доктрини о браку у источноевропским земљама. О њој се могу само посредно извучити извесни закључци. Ако би се прихватило постојање доктрине о браку у овим земљама, онда би то пре била доктрина законодавца, у првом реду

(29) Coste—Floret: La nature juridique du mariage, thèse, Paris, 1936, pp. 152, 234.

(30) Видети о томе Coste—Floret: op. cit., p. 52.

совјетског, а не доктрина теоретичара. Са овим резервама покушаћемо на изложимо основне идеје о браку у овим земљама.

Насупрот либералистичкој концепцији (о браку уговору) и нормативистичким доктринама са почетка XX века (свођење брака на правну установу односно на правни акт) совјетски законодавац и правна теорија уносе нове елементе у одређивање појма и садржине брака у социјалистичким земљама. Брак није уговор иако представља слободну и добровољну везу равноправних брачних другова. Он није уговор јер представља везу која се ствара уз испуњење одређених захтева које закон утврђује. Према совјетском законодавству, за постојање пуноважног брака није довољан чак ни сам акт венчања пред матичарем, већ је потребна и званична регистрација брака код органа Зас-а (административни орган за регистрацију брака). Регистрација је конститутивни елемент брака и она „представља израз државног признања брака” (31). У томе се огледа појачана државна контрола већ *при самом закључењу брака*. Међутим, државна и друштвена контрола тиме се никако не исцрпљују. Оне добијају још пунију садржину када је реч о *односу који се ствара у браку*. Брак као брачни однос односно као брачно стање не идентификује се са правном установом. Он је по совјетском законодавцу више од тога: он је *социјална установа* (према терминологији која је прихваћена у источноевропским земљама). „Ово стога што се у браку не изражава само индивидуални однос између мужа и жене, већ и друштвени однос, однос друштва према одређеној вези, друштвено признање односа као таквог, које друштво и држава сматрају брачним.” Социјалистичко друштво је заинтересовано за снажне и здраве породице. Стварање и одржавање такве породице сматра се као друштвени задатак, друштвена брига, друштвени интерес (32).

То би била најсажетије изложена совјетска доктрина о браку. У основи то је доктрина и других социјалистичких земаља. Може се уочити да сам израз „социјална установа” није довољно одређен. Он може да изражава две идеје: а) идеју да је брак „*друштвена установа*”, и б) идеју да је брак таква установа помоћу које и кроз коју се остварује одређена социјалнополитичка активност државе (*социјалнополитичка установа*): заштита оних лица у браку којима је она потребна, као што су жене уопште, затим мајке са више деце, запослене мајке, малолетна и материјално недовољно обезбеђена деца, итд. Свођење брака само на „друштвену установу” изгледало би на први поглед сувишно, јер је брак одувек био друштвена установа и то по правилу нико не спори; напротив, свођење брака на „социјалнополитичку установу” значило би вулгаризацију брака, јер брак заиста није установа за збрињавање социјално необезбеђених лица. Па ипак, у предњем термину има призвука и једног и другог схватања. Изразом „социјална установа”, ка ошто смо већ показали, желело се супротставити индивидуалистичкој концепцији по којој је брак приватна ствар самих брачних другова (уговор грађанског права). У савременој правној литератури ова подела стекла је већ право грађанства:

(31) Г. М. Свердлов: Советское семейное право, Москва, 1958, с. 94—99.

(32) Г. М. Свердлов: *op. cit.*, с. 95.

индивидуалистичкој концепцији супротставља се социолошка концепција брака. У том смислу и сам израз „социјална установа” стиче све већу примену. Међутим, имамо утисак да совјетски законодавац иде и даље: он је у евеликој мери заокупљен и социјалнополитичком садржином и функцијом брака у социјализму. То нам показују многобројни примери. Реформе које је извршио совјетски законодавац Указом Президијума Врховног совјета СССР из 1944, показују на велики заокрет који је начињен од индивидуалистичке концепције ка концепцији о браку као установи кроз коју држава спроводи социјалнополитичке мере. Сам наслов указа то симболично показује: „Указ [...] о повећању државне помоћи трудницама, самохраним мајкама и мајкама са више деце, о појачавању заштите мајки и деце, о увођењу почасног назива „Мајка-херој” и установљењу ордена „Слава материнства” и медаље „Медаља материнства.” У оквиру ових одредби налазе се и прописи о реформи брака. Законодавац није нашао чак за потребно да у наслов указа унесе да се њиме врши и реформа брака, јер је изгледа сав био заокупљен социјалнополитичким аспектом овог питања. Сем тога, овим указом је из основа измењен став законодавца према установи развода брака. Напуштена је вековна традиција набрајања бракоразводних узрока и држави је дато право да суверено одлучује, по правилу без обзира на кривицу брачног друга, да ли има места разводу или не. Суд може да разведе брак и на захтев кривог супруга ако је развод друштвено оправдан; и обрнуто, он може да одбије да разведе брак ако је то у интересу деце, чак иако су сви други услови испуњени. У свему томе се огледа тежња државе да оствари пуну контролу над брачним и породичним односима и да кроз брак спроведе и врло разноврсне социјалне мере.

Законодавства осталих источноевропских земаља о браку веома су слична совјетском. Отуда и њихова правна теорија дефинише брак као социјалну установу. Према пољској теорији брак се сматра социјалном установом која почива „[...] на потпуној једнакости супруга и на првенству интереса малолетне деце рођене у браку” (33). Према доктрини чехословачког законодавца брак је „добровољна заједница човека и жене за цео живот, заједница заснована на законит начин, која, као основа породице, служи интересима свих њених чланова и напретку друштва у складу са његовим развојем на наредним основама” (34).

У југословенској правној литератури ову доктрину, колико нам је познато, нико не заступа, бар што се тиче њеног ширег тумачења. Проф. Бакић у већ цитираној књизи назива брак „друштвеном установом”, чиме прихвата схватање о браку-социјалној установи у његовом ужем значењу. И проф. А. Финжгар назива брак „друштвеном установом”. У овом смислу се изјашњава и југословенски законодавац. Према чл. 2 Основног закона о браку, брак ужива посебну заштиту државе, чиме се хтело подвући друштвени карактер и друштвени значај брака. Истина, многим другим прописима из области породичног, а нарочито комуналног социјалног и радног законодавства, настоји се и код нас да брак

(33) М. Ј. Гвиздоморски у књизи *Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain*, Paris, 1952, p. 329.

(34) Према истој књизи, с. 209.

добије, поред осталог, и одређену социјалнополитичку функцију, али се тиме брак не може свести на социјалнополитичку установу.

VII. *Закључак.* — Све изложене доктрине могу се класификовати према основној идеји од које полазе. Према томе, све теорије можемо сврстати у три групе: а) на теорије које се оснивају на индивидуалистичким концепцијама брака (све уговорне теорије); б) на теорије које своје ставове заснивају на повећаној интервенцији државе у брачне и породичне односе (нормативистичке теорије о браку-правној установи и о браку акту-услову). Између ових крајње опречних теорија срећемо и теорије које покушавају да помире ове две крајности: Руастова (Rouaste), мепювита теорија и делимично теорија о браку-уговору јавног права; в) на теорије социјалистичких држава о браку (брак као социјална установа). Индивидуалистичке теорије одражавају период великих буржоаских политичких победа и капиталистичког просперитета, као и прву етапу (до 1944) развитка брака у СССР. У монополистичком периоду капитализма долази до снажног продора државе у све облике друштвеног, политичког и економског живота, што је имало одраза и на доктрине о браку. Са терена учења, о аутономији воље и о потпуној слободи уговарања, постепено се дошло до учења о немогућности воље да ма шта измени у неким правним односима чак и када се заснивају споразумом; на место субјективних права јавиле су се социјалне функције; на место уговора-правни акт; на место уговорног односа-статутарно стање односно правна установа. И источноевропске теорије о браку-социјалној установи, резултат су већег ангажовања државе у породичне и брачне односе, истина, са измењеним облицима и циљевима овог мешања.

Остаје нам да изложимо наше схватање о правној природи брака. У потпуности заступамо схватање да се појам брака не може свести на сам акт о његовом закључењу, нити само на правно стање које се у њему заснива. Као што смо у почетку истакли, брак је врло сложен правни појам, те је немогуће дати једну општу дефиницију која би важила за сва друштва и за сва времена. Полазећи од тога, ми се морамо задовољити да дамо неколико описних дефиниција брака. Пошто смо закључили да је брак истовремено и форма заснивања брака и само правно стање које се ствара између брачних другова, то ћемо и анализу брака у том смислу и поделити, слично подели коју је извршио Мазо (Mazeaud) на браку-извор (*mariage-source*) и браку-стање (*mariage-état*) (35).

а) Брак као звор брачног стања. У историји брака, а и данас, наилазимо на многе модалитете брака као извора брачног стања. Ипак, сви они могу да се групишу око три основне идеје:

1) брак је акт-услов-споразум. Брак се закључује неформалним споразумом брачних другова. Ова идеја преовлађује у класичном римском праву, у канонском праву, у шкотском обичајном праву и праву неких држава САД и у совјетском праву до 1944. У свима њима, сами брачни другови су склапали брак без садејства државног односно верског пред-

(35) Н. Mazeaud: Cours de droit civil, Paris, 1955, pp. 308—312.

ставника. Истина, одсуство свештеника по канонском праву представља изузетак, али начелно његово присуство није неопходно. По совјетском праву потпуно неформални уговор о браку закључивао се на основу законодавства од 1927, док је пре тога била потребна и регистрација брака. Међутим, иако је брак према овим правима споразум, он је и акт-услов, јер ствара једно статутарно стање, законску објективну ситуацију;

2) брак је *трипартитни акт-услов-споразум*. Према великој већини законодавстава у свету, брак је формални уговор; за пуноважност брака потребно је да је испуњена законом прописана форма при његовом склапању. Ипак, непоштовање свих одредаба поступка не повлачи и саму непуноважност брака већ само најважнијих. Опште је прихваћен став да је за пуноважност брака потребно суделовање три лица: оба супруга и представника државе (матичар или председник одбора по нашем праву). Присуство представника државе нема карактер његовог пасивног учествовања при склапању брака. Он проглашава брак; без његове изјаве о проглашењу брака, брак није пуноважан. Ради тога, не може се говорити о споразуму два лица (будућих супруга), већ о троструком односу, па је и сам брак-извор троструки акт-услов. Учешће државног представника и његова измењена улога при венчању, из основа мења природу самог иницијалног брачног акта. Ипак, не може се негирати, и поред свих изнетих аргумената, значај и улога воље при склапању брака, а самим тим и споразума брачних другова, па је нужно дефиницију проширити уношењем и овог значајног елемента у брак-извор. Ради тога, брак је трипартитни акт-услов-споразум. Сви изнети елементи имају готово подједнак значај: неучествовање представника државе повлачи непостојање или апсолутну ништавост брака, што зависи од законодавства у питању, а непуноважност изјаве и недостаци воље повлаче исто тако одређене последице. Напоменимо да је и овде реч о акту-услову, јер и овај иницијални правни акт ствара једно статутарно стање које брачни другови углавном не могу својом вољом мењати;

3) брак је *трипартитни акт-услов-споразум за чију је пуноважност потребна још и званична регистрација*. Ово је доктрина позитивног совјетског законодавства о браку, о чему смо већ говорили. Сем регистрације, која представља нов елемент, у свему осталом важи оно што је речено под 2.

Према томе, ми не сводимо брак као извор брачног стања, само на правни акт којим се заснива установа породице, као Ориу и Ренар, нити само на акт-услов, као Диги, нити на уговор грађанског права, као Планиол, Капитан и др. Брак, као извор брачног стања, није уговор грађанског права ни по томе што би „предмет“ таквог уговора били сами брачни другови, а познато је да већина права и обавеза из таквог уговора не зависе од слободне воље брачних другова.

б) Брак као брачно стање. — Већина односа који се стварају у браку су принудни односи. Они се не могу мењати вољом супруга. У том смислу тачно је да супрузи имају могућности само да слободно ступе у брак, али не могу слободно да одређују своје односе и права и дужности,

као и да слободно изађу из брака. То, ипак, само у начелу. Сви односи у браку нису регулисани императивним нормама; дозвољава се већа или мања аутономија воље у погледу закључивања имовинских уговора, у погледу одређивања брачног имовинског режима, у погледу уређења неких личних односа; у новије време се брачним друговима даје чак право да потпуно самостално одлучују о неким личним питањима: избор рада и занимања; о другима пак морају се брачни другови споразумети: одређивање места становања, подизање и васпитање деце, вођење заједничког домаћинства, итд. Према томе, нетачно је да су норме које уређују брачне односе само когентне природе; оне су скупи принудних и диспозитивних норми. Шта више, често оређемо извесна морална правила без стварне санкције. Најзад, развод брака омогућује да се из брака изађе када један супруг изврши повреду неке брачне дужности, па чак и када скривљене повреде нема. Па ипак, у погледу најважнијих односа, личних и имовинских, па и у погледу могућности иступања из брака, преовлађује принудни брачни режим, правила којима се брачни другови морају покоравати без слободе одлучивања односно без могућности њихове измене. Ови односи су добро познати, па их не морамо набрајати. Напоменимо још само то да ширина диспозитивних и императивних норми није била увек иста, а ни сада није иста у свим правима. У извесним правима превагу су имале диспозитивне, у другим принудне норме, итд.

Да закључимо: брачно стање је комплексно уговорно-статутарно стање, у коме данас ипак преовлађују когентне норме које му дају основно обележје.

Марко Младеновић

ФОРМАЛНИ УГОВОРИ ЗАКЉУЧЕНИ ПРЕКО ПУНОМОЋНИКА

I. Савремени принцип по коме се уговори закључују *solo consensu* владајући је у начелу и када је у питању уговор о пуномоћству (1). Међутим, када пуномоћник закључује у име и за рачун свога властодавца један формалан уговор питање је да ли тада уговор о пуномоћству измиче домашају поменутог принципа, па и сам постаје формалан. У упоредном праву као и у теорији ово питање није на јединствен начин третирано. Примећују се врло ексклузивна решења.

По једном решењу уговор о пуномоћству не производи никакво правно дејство ако није у складу са формом која је прописана за уговор кји пуномоћник треба да закључи (2). Није довољно да је уговор о пуномоћству закључен у било каквој форми него баш у оној која је прописана за посао који пуномоћник закључује. Тако, на пример, ако је за тај посао прописана свечана форма онда за уговор о пуномоћству не би била довољна обична писмена форма већ такође свечана. Доследно томе и

(1) Уговор о пуномоћству је консенсуалан уговор у већини савремених правних система: § 1005 Аустриј. грађ. зак.; § 167 Нем. грађ. зак.; чл. 1984 Франц. грађ. зак. чл. 1703 Итал. грађ. зак.; чл. 395 Швајц. грађ. зак.; чл. 251 ГК РСФСР; чл. 713 Грч. грађ. зак.; чл. 66 Чехословачког грађ. зак.

(2) Тако Bufnoir: *Propriété et contrat*, Paris, 1900, p. 489; Stevens: *Eléments des droit commercial anglais*, Paris, p. 183.