

Оне су постајале материјална основа за добијање широке самоуправе, као што је, на пример, био случај са далматинским градовима који су од самог свог почетка били утврђени (64).

Читав овај преглед пружио нам је слику богате и компликоване линије развика пољских градова у периоду од IX до XV в., указао на то да почеци градова у Пољској, као и постанак грађанства, нису скопчани само са узорима немачког права, већ да су израз знатно ранијих аналогних процеса који су се вршили истовремено у читавој Европи раног средњег века (65). Прихватање узора немачког права само је наставак те исте еволуције, важан моменат у животу града, али које не значи и његов почетак.

Зђислав Качмарчик
(Zdzislaw Kaczmarczyk)

НЕПОСТОЈЕЋИ БРАК У НАШЕМ ПРАВУ

1. — Једном одлуком Сав. врх. суд је заузео становиште да је непостојећи брак онај брак који је закључен без присуства сведока (1). Суд је имао да реши питање пуноважности брака закљученог за време рата пред свештеником, али без присуства сведока. Нашао је да је тај недостатак форме и по тадашњим као и по садашњим прописима повлачио санкцију непостојање таквог брака:

„По садашњем ОЗОБ, за склапање брака потребно је присуство два сведока (чл. 33). За постојање брака потребно је да су два лица различитог пола пред надлежним органом изјавила сагласност да ступе у брак, и то на начин предвиђен у закону (чл. 15). Као један од елемената начина предвиђеног у закону јесте и присуство сведока закључењу брака. По чл. 31 брак при чијем склапању нису били испуњени услови за постојање брака, сматра се да није ни постојао; а један од услова потребних за постојање брака је околност да закључењу брака присуствују два или три сведока“.

Сав. врх. суд сматра, дакле, да у „начин предвиђен у закону“ (чл. 15) улази и присуство два сведока (чл. 33). Међутим овај чл. 33 тражи да закључењу брака присуствују, осим два сведока, још оба будућа брачна друга,

(64) На то је утицао континуитет традиције римских градова који су имали градске зидине тако да су градови у којима се задржало римско становништво после VII века по правилу били опасани зидинама. Тако је сигурно било у Трогиру, тако и у Сплиту, где се у јако утврђеној Диоклециановој палати склонило становништво освојене Салоне; исти је случај био и са Дубровником и Котором, где су се опет настанили разбијени остаци из Цавтата (Epidaurus) (Г. Новак: Прошлост Далмације, т. I, Загреб, 1944, с. 94).

(65) Н. Planitz: Die deutsche Stadt im Mittelalter, Graz, 1954. где аутор приказује еволуцију развика немачких градова (упор. такође запажања Н. Minha: Z nowszej literatury niemieckiej o sredniowiecznych miastach Niemiec i Polski, Kw. Arch. i Urb. III, z. 3—4, 1958, р. 370).

(1) Рев. 417/60 од 18 јуна 1960. — Збирка судских одлука, 1960/2, бр. 147.

председник односно одређени члан народног одбора и матичар. У спору који је имао да реши, пред суд се поставило питање присуства сведока. Али се са истом основом може поставити питање присуства матичара. Иако се суд није изјаснио по овом питању, нема сумње да се може извести исти став суда и по овом последњем питању. Идући даље, санкција да је брак непостојећи може се применити и на случај кад одборник није правилно одређен (чл. 27, ст. 1). Становиште Сав. врх. суда без сумње полази од схватања да „начин предвиђен у закону“ обухвата све елементе форме закључења брака и да њихов недостатак повлачи као санкцију проглашење брака за непостојећи кад год таква природа није санкционисана у закону ништавношћу и то зато што нема ништавости сине леге (чл. 39). Ово становиште доводи по општем уверењу до парадоксалне ситуације да се општријом санкцијом одражава на самом браку недостатак неиспуњења много мање значајног прописаног законског услова него неиспуњење оних услова чија се повреда санкционише ништавошћу. То доводи до сигурно опасног и нежељеног проширења појма непостојећег брака у нашем праву.

2. — Проглашење брака за непостојећи је по нашем схватању врло тешка санкција. Њоме се сасвим брише онај правни акт који је у својим битним елементима мањкаво сачињен, тако да правно говорећи од њега ништа не остане, сем наравно на плану чињеница оно што се не може збрисати. „Непостојећи брак не повлачи никакве последице брака, а супрузи из таквог брака сматраће се као да никада нису били брачни другови“ (чл. 38, ст. 2 ОЗОБ). Логична последица таквог појма непостојећег брака јесте схватање, да се он не мора обарати судском одлуком (2) да би се утврдило његово непостојање јер правно говорећи он не представља ништа. А зашто обарати оно што не постоји.

Међутим такав закључак — да ништа не постоји — по нашем мишљењу није тачан, бар не за наше право. Чим се мало боље загледа у ово питање, мора се одмах приметити да је непостојећи брак склопљен (3). То се уосталом види из чл. 38, ст. 3 и 4, ОЗБ. Ове одредбе везују за непостојећи брак извесне правне последице, најпре у погледу права савесног брачног друга, а затим у односу на децу. То се још боље види из садашњег чл. 91а ОЗБ који је валадирао све непостојеће бракове закључене пред матичарем од 9 маја 1946 до 5 маја 1955 (4). Исто се то види и из саме редакције чл. 38, ст. 1 и 2, где се користе изрази „сматра се“ и „сматраће се“ — што упућује на правну претпоставку, која жели да отклони извесне правне последице, баш зато што оне постоје, а оне постоје зато што их условљавају реални, материјални односи. Зато се намеће потреба потпуније

(2) Ајзнер (Породично право, Загреб, 1950, с. 60) посебно аргументује ово схватање; Цуља: Непостојећи брак и његове правне последице, „Зборник Правног факултета у Загребу“, бр. 1—2/1955, с. 32. — По овом питању се посебно не изјашњавају следећи аутори: Беговић: Породично право, 5, изд., Београд, 1961, с. 56; Бакић: Породично право, Београд, 1962, Но 117; Прокоп: Коментар ОЗБ књ. I, Загреб, 1959, ком. уз чл. 38 т. 5. — Сви ови аутори говоре о тужби за утврђивање брака непостојећим, па би се могло закључити да сматрају тужбу неопходном. Ипак овакво важно питање заслужује да се о њему изричито говори, па нису јасни ставови цитираних аутора.

(3) Прокоп: н. д., ком. уз чл. 38, тач. 4 сл. А и тач. 6; Станковић: Непостојећи брак, „Одвјетник“, бр. 11/1957, с. 278, 282; Цуља: н. д., с. 32, 42.

(4) Закон о допуни ОЗБ, („Сл. лист ФНРЈ“, бр. 18/55).

дефиниције непостојећег брака у нашем праву од оне која се даје у стандардним уџбеницима и коментарима (5).

Ово утврђивање има и практичну страну. Брак је установа друштвеног значаја. Може ли се дозволити да један брачни друг стане тврдити да се он налази у непостојећем браку и да се почне и тако понашати јер то се не мора утврђивати. До какве би то правне несигурности довело у овим друштвено важним односима није потребно наглашавати. Затим, пошто непостојећи брак ипак производи неке последице, важно је знати кад он престаје. Од кад се на пример, рачуна 300 односно 270 дана из чл. 22 ОЗОРД „по престанку брака у ком року деца рођена из те везе имају својство брачне деце“ (чл. 38, ст. 4, ОЗБ).

У нас не постоји посебно исказан број случајева непостојећих бракова (6) али је извесно да се став судова, нарочито нашег највишег суда, може веома брзо одразити на величини овог броја. Да ми нисмо избегли ту опасност показује и раширена појава венчања пред матичарем, што је условило доношење чл. 91а ОЗБ.

У правној теорији постоји изражено неповољно гледање на установу непостојећег брака (7). Њега више не користе модерни законодавци (8).

Вероватно је да је установа непостојећег брака укључена у наше позитивно право да би се енергично прекинуло с вековном праксом црквених бракова и да би се грађанском браку прибавио потребан ауторитет (9).

Пошто у ОЗБ постоји изричито предвиђена могућност непостојећег брака, немогуће га је порицати, нити сасвим искључити из примене. Једино је могуће тачно поставити услове његове примене и свести из пракси случајеве те могућности на најмањи могући број (10).

3. — Треба дакле потпуније одредити појам брака који се сматра непостојећим. Тиме ће се постићи разграничење од онога што уопште није ни природни брак, што би се неадекватно звало не-брак; и издвајање од оних случајева недостатака форме закључења брака који не треба сматрати непостојећим. Граница између непостојећег и ништавог брака је јасна, чак и поред формулације чл. 43 ОЗБ.

Постоји потпуна сагласност да уопште нема брака кад два лица различитог пола живе у конкубинату; или кад су једно другом обећали да ће

(5) Беговић: н. д., с. 56; Бакић н. д., с. 109; Ајзнер: н. д., с. 60; Прокоп: н. д., ком. чл. 38. Рекло би се да ови аутори не разликују појам непостојећег брака од онога што уопште није брак, као што је, на пример, ванбрачна заједница. — Слично и Гамс: Увод у грађанско право, Београд, 1961, с. 201.

(6) У 1961 било је у ФНРЈ 855 правоснажно окончаних спорова „постојања, непостојања и поништаја“ брака (В. Статистички годишњак ФНРЈ за 1962, с. 305).

(7) Planiol — Ripert: *Traité pratique de droit civil français*, t. II: *La famille*, par Rouast, Paris, 1952, No 254; Colin — Capitant — Morandière: *Traité de droit civil*, t. I. Paris, 1957, No 992; Touz: *Le code civil suisse*, Zürich, 1950, p. 135.

(8) S. Boschan: *Europäisches Familienrecht*, 2 Aufl. Berlin u. Frankfurt: a. m., 1954; Le Bras: *Divorce et séparation de corps*, I-Europe, Paris, 1952.

(9) В. образложење ОЗБ, штампано у збирци савезних закона под насловом *Породично право*, изд. „Сл. листа ФНРЈ“, Београд, 1959, IV изд., с. 18. У том смислу треба схватити и чл. 84 ОЗБ за који је једина могућа санкција непостојећи брак с обзиром на чл. 39 (В. Цуља: н. д., с. 40).

(10) Многа од ових и других питања у вези с непостојећим браком магистрално су разјаснили већ цитирани аутори: Станковић, Цуља и Прокоп. Ипак поменута одлука Сав. врх. суда указује да није издишно инсистирати на овој установи.

закључити брак (веридба); или своју сагласност да ступају у брак изјаве пред представником цркве (11); или кад се пред представником надлежног државног органа не постигне сагласност за закључење брака јер једна страна одговори негативно на постављено питање (12). Исто тако постоји сагласност да је брак непостојећи кад два лица истог пола изјаве пред надлежним државним органом да ступају у брак; или кад два лица различитог пола то исто изјаве пред стварно ненадлежним органом, пред матичарем или другим службеником народног одбора. Без сумње би се постигла сагласност да је брак непостојећи при закључењу брака преко пуномоћника, кад се утврди да пономоћство не садржи стварну вољу властодавца (13).

Из ових, мање-више, неспорних ситуација могу се извући неке заједничке црте о непостојећем браку. Тако би се дошло до појма брака који је непостојећи у нашем позитивном праву.

Можда би се могли издвојити следећи елементи брака који се сматра као непостојећи:

а) Пре свега намера да се закључи брак у законом прописаној форми макар код једног од будућих брачних другова (14). Кад би, на пример, два лица истог пола хтела из обести да закључе брак и онда би њихова намера била усмерена на закључивање грађанског брака, макар лишеног битних материјалних услова као што су супротност полова.

б) Затим мора постојати оно што би се могло назвати објективна привидност у закључењу брака: морају макар привидно постојати материјални и формални прописани услови за закључење брака.

в) Најзад ова објективна привидност мора бити продужена у субјективну привидност: непостојање битних услова се не сме открити у моменту закључења брака, него се учесници чина венчања морају тако понашати као да нису свесни недостатака, чак и кад су тога свесни, а поготово кад нису. Другим речима, ако постоји свест о неправилностима односно недостацима битних услова, она не сме бити изражена до завршетка чина закључења брака.

Као што се види из ових елемената за појам непостојећег брака искључено је незнање, непознавање битних услова за закључење брака. У нашој друштвеној стварности мора се у погледу закључења брака узети да свако — и онај ко је на наше тле јуче ступио — зна да се брак закључује у грађанској форми, пред представником народног одбора општине, а да то могу учинити само два лица различитих полова. Зато се по нашем мишљењу из појма савесности („који није знао за недостатак“ — чл. 38, ст. 3) мора искључити незнање битних елемената за закључење брака. Незнање се односи искључиво на њихово неприсуство односно на њихово не-

(11) Гамс мисли да је брак закључен пред представником цркве непостојећи (н. д., с. 201).

(12) Цуља: н. д., с. 33; Станковић: н. д., с. 278; Ајзнер: н. д., с. 6. — Прокоп: н. д., ком. уз чл. 38, т. 3, сл. Б — мисли да би брак био непостојећи кад би један будући брачни друг на постављено питање одговорио „не“.

(13) В. претходну напомену; Веговић: н. д., с. 56; Бакић: н. д., Но 117; Прокоп: н. д., ком. уз чл. 38, т. 3 сл. В.

(14) В. Станковић, н. д., с. 279.

постојање у конкретном случају. У ствари постоји заблуда код савесног брачног друга не о томе који се битни елементи за закључење брака траже у нашем праву него о томе да ли неки од њих постоји или не постоји у конкретном случају.

Према томе није довољно да при закључењу брака недостаје један од битних елемената из чл. 15 (супротност полова, сагласност воља, присуство представника народног одбора општине и „начин“ предвиђен у закону); него је потребно да се, уз недостатак једног од ових елемената, испуне и три напред изнета услова. Кад се не би остварили ови услови (намера закључења грађанског брака, објективна и субјективна привидност) онда би реч била о не-браковима (о ванбрачним заједницама уколико би се успоставила заједница живота), па не би могло доћи до последица из чл. 38, ст. 3 и 4. У овим случајевима се не би могло говорити о несавесном „брачном“ другу нити би деца из тог брака могла икад бити брачна (сем накнадног позакоњења).

Према томе и у случају непостојећег брака реч је о једном мање или више непотпуном чину закључења брака, о једној процедури, о поступању, о правном послу који је истина непотпун у битним елементима, али који привидно постоји и тежи свом циљу — закључењу брака, а који остварује многе, скоро увек у претежном броју, прописане услове. Резултат тог, да кажемо сакатог, чина је непостојећи брак који се сматра непостојећим.

Као што се види, није реч о не-браку него о неком правно непотпуном браку. У ствари наш закон је ништавост претворио у обичан начин престанка брака (15) који се по последицама скоро мало разликује од развода брака (16).

Непостојећи брак се у потпуности не изједначаје с ништавим браком по питању потребе његовог обарања судском одлуком. Строга логика ове институције нагиње излишности судске одлуке. Ово мишљење је врло јасно заступано и у правној теорији (17). Али уколико се непостојећи брак више појављује у нашој пракси утолико је јасније да се он мора обарати судском одлуком (18).

4. — Услови закључења брака из чл. 15, обично названи битни услови, довољно су анализирани у нашој правној теорији, нарочито у погледу разлике полова и сагласности изјављених воља у одређеном циљу. У тим питањима је у нас углавном постигнута уједначеност схватања. Међутим, уједначеност не постоји у погледу надлежног државног органа а поготово не у односу „на начин предвиђен у закону“.

Анализа ових услова може допринети да се разграниче непостојећи бракови од пуноважних.

(15) У том смислу Чуља: н. д., с. 270.

(16) В. чл. 51, ст. 1. чл. 52, ст. 1 и чл. 53 ОЗВ. Свај последњи их изричито изједначаје, а чл. 54 је свакако непотребно различит од чл. 66. Нарочито је карактеристичан услов ништавости из чл. 45, ст. 2, in fine: неподношљив заједнички живот за брак закључен у заблуди о битним особинама брачног друга, који претпоставља трајање брака.

(17) Чуља: н. д., с. 32; Ајзнер: н. д., с. 60.

(18) Станковић: н. д., с. 283—288.

Надлежни државни орган је народни одбор у чију надлежност спада вођење матичне књиге венчаних. По Зак. о држ. матич. књигама (чл. 4) и Зак. о надлежности општ. и среских нар. одбора и њихових органа (чл. 67 и 73) (19), матичне књиге воде општински одбори. Према томе они су стварно надлежни. Њих је друштво овластило и задужило да могу и да морају у име њега остваривати „заштиту“ брака (чл. 26, ст. 1, Устава ФНРЈ из 1946). „Пуноважан брак“ се може закључити „само“ пред њима (чл. 26, ст. 2, нашег Устава и чл. 61, ст. 1, и чл. 58 Устава СФРЈ). Они, и само они су надлежни да венчавају, односно само пред њима грађани изјављују сагласност воља за ступање у брак (20). По учењу о надлежности из јавног права, у тој сфери послова једино је народни одбор општине надлежан да поступа и да се пред њим закључују бракови. Он је најпогоднији не само да врши заштиту брака у име друштва него и да пружа грађанима те услуге. Он ће најбоље моћи контролисати постојање свих прописаних услова, а нарочито остварење оног минимума садржинских и материјалних услова кроз које ће се остварити друштвени циљеви брака.

Из овог се може закључити да ће сваки народни одбор, дакле сваки стварно надлежни државни орган, одговорити свим овим захтевима, јер су сви они једнако овлашћени и једнако оспособљени да венчају, тј. да се пред њима закључује брак.

Према томе, учешће стварно надлежног државног органа, тј. народног одбора општине представља битан услов за пуноважност закључења брака. Ако би се брак закључио пред неким другим државним или друштвеним органом а не пред народним одбором општине — такав би брак био непостојећи.

Напротив, територијална надлежност се не би могла узети као битан услов из чл. 15. Пре свега ни сам закон не поставља чврсто режим територијалне надлежности, јер по правилу овлашћује два народна одбора општине да једнако могу вршити венчање: одборе оба вереника према њиховом, по претпоставци различитом, пребивалишту односно боравишту (чл. 25, ст. 1). А затим вереници могу лако издејствовати месну надлежност одбора по свом избору (чл. 26, ст. 2). Овакав став је разумљив јер је територијална надлежност успостављена првенствено у интересу грађана: близина, економичност, заштита њихових личних права. Ако грађани, нарочито у оваквој врсти правних послова као што је закључење брака, желе из било ког разлога да поступа други, али стварно надлежан орган, зашто им не изаћи у сусрет. Никакав нарочити општи интерес се не остварује кроз територијалну надлежност. Према томе ни непоштовање прописа који одређују ову надлежност не повлачи неке снажне санкције (21). Зато се може

(19) „Служ. лист ФНРЈ“, бр. 29/46, 4/49 и 52/57.

(20) Израз „венчати“ и „венчати се“ (чл. 37) „погоднији су него изјавити сагласност (чл. 15), „ступити у брак (чл. 25), „склопити брак“ (чл. 26), „закључити брак“ (чл. 26)“, — јер се повратни глагол користи прикладно за лица која закључују брак, а прелазни глагол за лица пред ким се закључује брак. Иако они подсећају на верску форму брака, они су раширени у народу и имају то преимућство што су изражајни и лепи (В. Бакић: н. д., Но 107).

(21) Тако је и у нашим главним поступцима: у грађанском — чл. 62, 64 ЗПП, у кривичном — чл. 35, ст. 3, ЗКП.

узети да је и територијално ненадлежан одбор у ствари надлежан државни орган за закључење пуноважног брака из чл. 15 и да се непоштовање прописа о територијалној надлежности не може одразити ни кроз какву санкцију у погледу на пуноважност тако закљученог брака (22).

У име народног одбора општине „суделују при склапању брака председник или члан кога народни одбор одреди“ (чл. 27, ст. 2). Према томе сва власт, овлашћења и дужности народног одбора усредсређени су на том једином његовом члану кога одређује закон (председник) или одбор посебном одлуком. Председник нема дакле у том погледу више права ни повлашћенији положај од осталих чланова одбора ако би му се поверила та надлежност. Он не би могао одредити себи заменика ни унапред, ни *ad hoc* (23). Само одбор то може учинити. Али кад би се десило да то одбор не учини, а да венчање не врши председник одбора неко неки други његов члан, такав брак не би због тога трпио никакву санкцију, он би био пуноважан (24). Остало би питање одговорности органа за непоштовање прописа.

Овакво решење је разумљиво, јер су сви чланови одбора заиста једнаки, сви способни и овлашћени да обаве овај посао, па су према томе сви интереси, и општи и посебни, подједнако обезбеђени.

Према томе, само стварна надлежност — уз остале услове — доводи до непостојећег брака. У свим осталим случајевима реч је о пуноважном браку, нарочито кад је у питању закључење брака пред територијално надлежним народним одбором општине, ако се он закључује пред ма којим одборником народног одбора општине, чак иако он није за то одређени одборник.

5. — Много је више остао неодређен у нашој правној теорији последњи, четврти битни услов из чл. 15: начин предвиђен у закону.

О том начину постоје изражена углавном два мишљења. По једном, начин садржи „битне формалне претпоставке“ (25), „важније формалности“ (26), дакле обухвата форму закључења брака (27); по другом „односи се на изјаву вереника [...] и значи да њихова изјава мора бити дата на начин предвиђен у закону“ (28).

Може да се постави питање шта је законодавац хтео да обухвати појмом начин (29). Занимљиво је да образложење ОЗБ (30) не говори о овом

(22) У истом смислу: Прокоп: н. д., ком. чл. 15, тач. 2, сл. Ц, ком. чл. 26, тач. 4, ком. чл. 38 тач. 4, сл. АБ; Бакић: н. д., Но 106; Чуља: н. д., с. 36; Станковић: н. д., 280.

(23) Прокоп: н. д., (ком. чл. 27, тач. 2) наводи да председника замењује по закону један од потпредседника, без потребе његовог одређивања.

(24) У истом смислу: Прокоп: н. д., ком. уз чл. 38, т. 4, слово Ба; Чуља: н. д., с. 36.

(25) Прокоп: н. д., ком. уз чл. 15, т. 2, слово Д.

(26) Чуља: н. д., с. 40.

(27) На почетку наведена одлука Сав. врх. суда.

(28) Станковић: н. д., с. 281.

(29) Чуља: н. д., с. 27.

(30) В. прим. бр. 9. У ствари то је образложење нацрта ОЗБ упућено законодавном телу пре његовог претреса и усвајања.

услову. По нашем мишљењу овај услов из чл. 15 је излишан (31), јер скоро ништа битно ни ново не изражава а доприноси забуну.

Ако се узме да се начин односи само на изјаву („да су два лица изјавила [...] на начин предвиђен у закону да ступе у брак“ — чл. 15 *in fine*), онда чл. 35 који о тој изјави говори додаје на изглед нешто ново само тиме што председник добија одговор на питање упућено „понаособ“ сваком веренику (ст. 3). И заиста овај начин постизања сагласности је доста неуобичајен у правним пословима. Уколико је брак уговор, онда се при његовом закључењу сагласност воља постиже не сусретом или директном изменом изјава учесника него посредством председника који најпре тражи и прима једну, па затим другу изјаву и констатује да је (њиховом саглашношћу) закључен брак (чл. 35, ст. 4). Сама формула питања председника и одговора учесника није дата, нити има сакрални карактер (32). Али она је битна за начин на који се постиже сагласност воља брачних другова. Она иде преко представника народног одбора општине. Његова улога се састоји у повезивању воље брачних другова. Она је у ствари мост преко кога се оне састају и постижу сагласност, јединство. Он је дакле укључен у ту сагласност не као један од њених твораца него као неопходни изазивач и повезивач. Без његове посредничке улоге воља будућих брачних другова не би се могла правно изразити, па не би ни могло доћи до сагласности воља. Његова посредничка улога се дакле врши у одсудном конститутивном моменту.

Према томе, кад изјава не би ишла преко представника народног одбора, то би био битан недостатак јер би он значио неучествовање, а оно се изједначаје са неприсуствовањем представника народног одбора закључењу брака. Формуле нема: за глуве и неме она мора бити друкчија него за здраве; изјаве би могле да буду и директно измењене али ипак да их представник „прими“ (33), да њихова сагласност иде преко њега (34). Кад представник народног одбора није укључен у формирање сагласности, брак је непостојећи.

Свакако је тачно да проглашење брака закљученим, проглашење које врши представник народног одбора не представља битан услов пуноважности брака (35) и његов недостатак не повлачи да је брак непостојећи. Али формулација чл. 15 и не обухвата то проглашење, нарочито ако се схвати да се *начин* односи само на изјаву вереника. Према томе изостанак проглашење брака закљученим не би се одражавао на пуноважност брака, не би чинио брак непостојећим.

(31) ОЗБ се, између осталог, одликује јасноћом, концизношћу, одређивањем правних института у основним цртама (то је *основни закон*) и коришћењем објектног језика. Али у њему има излишног понављања: присуство председника и матичара се прописује чл. 27, ст. 1, и 33, ст. 1; одредба да се брак закључује пред надлежним државном органом поновљена је у чл. 2, ст. 15, 26, ст. 1, и 2 итд.

(32) Чуља: н. д., с. 38.

(33) Чуља: н. д., с. 38.

(34) Без сумње да је грађанска форма „упростила“ религиозну форму закључења брака. А није ли свака форма у праву еволуирана, упрошћена, сакрална формула првобитних религиозних, ритуалних формула.

(35) Станковић: н. д., с. 281 Бакић: н. д., Но 111, Прокоп: н. д., ком. уз чл. 35 т. 2. — Противно Чуља: н. д., с. 37.

Можемо закључити да се *начин* односи на изјаву сагласности вереника да ступе у брак. А то значи да се мора дати у присуству представника народног одбора тако да је он прими својим активним иступањем, баш онако како то прописује чл. 15 *in fine*.

6. — Остаје да се испита друго становиште, према коме *начин* обухвата битне, важније формалности закључења брака.

Као критеријум разликовања важнијих од неважнијих формалности предложен је пропис чл. 43, према коме се не сматра као непостојећи него као ништаван брак кад његовом закључењу не присуствује ниједан ни други вереник него само њихови пуномоћници. Све формалности које би биле, мање важне од присуства оба вереника односно једног од њих и пуномоћника другог — не би имале као санкцију да се такав брак сматра као правно непостојећи већ би брак закључен уз недостатак тих формалности био пуноважан (36). Такође је предложена и примењивана оцена сваког елемента форме и одлучивано је да ли је он битан или не, па ако је битан примењивана је санкција да се брак сматра као непостојећи (37).

Ако се следи ово схватање, онда треба рећи да је већ доста слободно и неосновано узето да *начин* означава све услове форме. Непотребно је, нетачно и штетно удаљити се од граматичког тумачења текста чл. 15. Израз *начин изјављивања сагласности* треба заиста форсирати, па се у њега онда укључују само оне прописане формалности које се односе на сагласност. Закон не говори о начину закључења брака него о начину изјављивања сагласности.

Но кад би се ово прихватило, мислимо да би то довело да истог резултата као и претходно становиште, под условом да се прихвати мало строжији критеријум при оцени важности елемената форме (38).

Да не расправљамо о припремним формалностима, нити око формалности уписа у матичне књиге, зато што ту углавном нема спорних момента. Сви се слажу да њихов недостатак не повлачи као санкцију неважност брака.

Највише неслагања има око присуства матичара и сведока.

Закон на два места прописује присуство матичара (чл. 27, ст. 2, и 30, ст. 1). У чл. 27, ст. 2, одређује се дужност матичара: он врши све послове у вези са пријавом и уписом брака у матичну књигу. С тим у вези он је дужан (чл. 29) да одстрани све евентуалне недостатке и провери испуњење свих потребних услова за закључење пуноважног брака. Том приликом он врши идентификацију вереника. Ова идентификација ће доћи до изражаја и о самом закључењу брака. Матичар ће такође мотрити на правилност свих поступака представника народног одбора, на садржини одговора вереника. Он ће својим присуством доприносити јавности и свечаности чина. Али се тешко може рећи да је он члан „комисије за скла-

(36) Пуља: н. д., с. 39.

(37) Прокоп: н. д., чл. 27, 33, 35, 38.

(38) Резултати до којих је дошла Прокоп су прихватљиви: н. д., ком. уз чл. 15, 32—36, 38.

пање брака“ (39). Иначе за време закључења брака његова је улога пасивна: он „нити што говори нити што пита“ (40). Како упис у матичне књиге има пробаторни карактер (41) а не конститутивни — то ни овај недостатак нема битно значење. Према томе његова улога, иако важна, није битна, није неопходна. Његово неприсуство не повлачи тако снажну санкцију каква је да се тај брак сматра као непостојећи нити чак ништаван. Зато треба закључити да се уопште тај недостатак не одражава на исправност брака и да он остаје пуноважан.

Слична је ствар и са сведоцима. За њих закон одређује да треба да их је двоје и да треба да су пунолетни (чл. 33, ст. 2). Њихова улога је: да допринесу утврђивању идентитета вереника (42), јавности чина венчања (43), свечаности чина и доказивању закљученог брака (44). Поред тога потписују се у матичну књигу венчаних (чл. 36, ст. 1). Ни они не улазе у „комисију за закључење брака“ (45), нити та комисија уопште постоји. Сведоштво функције које врше сведоци осигуране су на више начина и другим средствима. Оне нису такве природе да се њихово неостварење може одразити на било који од прописаних, битних и важнијих услова закључења брака.

По нашем знању ни у једном праву ни на Истоку ни на Западу не-присуство сведока не инвалидира брак. (На пример, војвођанско односно мађарско право; по француском праву може доћи до поништаја брака због нејавности венчања али у судској пракси се скоро нису појављивали такви случајеви, а узрок ништавости је сложен, па првостепени судови: цене степен нејавности; шведски кодекс о браку из 1920 — чл. 8 — прописује да се венчање обавља у присуству „сродника или других сведока“, не одређујући ништа ближе).

Ово што је речено у погледу присуства још више вреди за испуњење законског услова да су пунолетни. Непунолетни грађанин може да закључи брак, те није логично — да не може бити сведок при закључењу.

7. — Према свему што је изнето може се закључити да је у нашем праву нужно дозволити постојање установе непостојећег брака зато што га закон изричито предвиђа у чл. 38. Међутим по нашем мишљењу, иако непостојећи, он ипак постоји у сфери права, па у том смислу тај термин не представља *contradictio in adiecto*. Он означава такву заједницу мушкарца и жене у којој, приликом закључења, нису били уједињени сви битни законски услови (чл. 15), али је у вереника постојала намера да се закључи пуноважни брак и неоткривена привидност свих прописаних услова.

Од таквог непостојећег брака треба разликовати не-брак (*non-mariage, Nichtehe*), који, ако и представља заједницу живота мушкарца и

(39) Чуља: н. д., с. 38.

(40) Прокоп: н. д., ком. уз чл. тач. 4, сл. Б6. — В. Беговић: н. д., с. 54; Бакић: н. д., Но 110.

(41) Беговић: н. д., с. 54; Прокоп: ком. уз чл. 36, т. 8; Бакић: н. д., Но 112.

(42) Станковић: н. д., с. 280.

(43) Бакић: н. д., Но 110.

(44) Бакић: н. д., Но 110; Прокоп: н. д., ком. уз чл. 38, т. 4, сл.

(45) В. примедбу бр. 37.

жене (конкубинат, ванбрачна заједница, дивљи брак), не само што није у области права ујединио битне законске услове за брак, него странке нису никад ни формулисале озбиљну намеру да закључе брак, а ако је тога и било, онда чин закључења или није доведен до краја или су недостаци откривени пре закључења брака.

До непостојећег брака долази кад, уз постојање свих осталих прописаних услова, није било различитости полова, или стварног споразума да се брак закључи, или кад није закључењу био присутан представник народног одбора општине. А сам тај битни недостатак није запажен ни јавно утврђен, него је остао прикривен, тако да је чин закључења брака, макар и у својој привидности, доведен до краја.

Израз чл. 15, „на начин предвиђен у закону“, односи се на изјаву вереника и означава интенцију закона да се она установи да преко представника народног одбора општине и још једном подвлачи битност његовог лова недостатак сагласности) или не задовољава пресудан правни услов, форме, па се према томе недостатак ма ког другог прописаног елемента форме не одражава на постојање брака.

8. — Остаје да се одреди да ли је по нашем праву потребна тужба, па према томе и судска одлука за проглашење брака за непостојећи.

На ово питање је по нашем мишљењу већ одговорено убедљивом аргументацијом (46). Можда се ипак може још нешто прецизирати.

У случају непостојећег брака „нешто постоји“ (47). То нешто по последицама одређује чл. 38, ст. 3 и 4. Али у случају непостојећег брака, бар по дефиницији коју смо горе дали, постоји и нешто више: постоји читав конструкција брака али без једног битног елемента. Такав брак или не може одговорити својим основним материјалним тј. биолошким задацима (заједница живота — кад не постоји различитост полова или карактер услова недостатак сагласности) или не задовољава пресудан правни услов, тј. није закључен уз учешће овлашћеног представника друштва. У првом случају он није животан, у другом — то није правни посао сем кад стварни споразум накнадно наступи али је његова правна (формална) битност скоро потпуна; у трећем њему недостаје сама форма али су му зато садржина и материјалност основане. У сва три случаја има нешто што треба утврдити. Поготово што ће по правилу такав брак бити уведен у матичну књигу, јер одсуство ма ког битног услова који повлачи непостојећи брак не упућује ничим и не условљава да до уписа не дође. И три услова за непостојећи брак, која смо напер формулисали, упућују на упис. Поред тога, како смо изнели, сличност ситуација непостојећег и ништавог брака тражи да се то нешто правно брише.

Истина је да се чл. 38 служи фикцијом и вели „сматра се“ и „сматраће се“ да не постоји и да никад није ни постојао. Он се дакле проглашава непостојећим с дејством *ex tunc*, али се ипак у погледу деце из тог брака сматра да је постојао јер су она увек брачна; и за свесног брачног друга брак је и тада постојао јер може довести до извесних имовинских права

(46) Станковић: н. д., с. 285—288.

(47) Станковић: н. д., 284 и 288.

која имају свој извор баш из „непостојећег“ брака. Он је постојао чак и за несавесног брачног друга јер се ликвидација имовинских односа врши на његову штету и на бази правне претпоставке постојања брака (на пример, подела заједничке имовине). Кад се у корист невиног брачног друга установе извесна права имовинске или лично-имовинске природе онда обавезе кривог брачног друга извиру из непостојећег брака, као његова директна последица. Ништа од свега тога нема у случајевима не-брака.

Другим речима за праксу ипак представља нешто као брак, ма како непотпун, али ипак брак. Тај брак треба огласити за непостојећи, треба га правно уклонити, а то тражи да се установе модалитети те ликвидације и утаначе последице.

Чињеница што закон говори да ће се сматрати да такав брак није ни постојао, да супрузи нису никада били брачни другови, може да услови тужбу за утврђивање по чл. 175 ЗПП, међутим њена садржина и њени ефекти ће у пракси бити слични као и код тужбе за поништај, бар у њеном класичном облику.

Указано је на непрактичност схватања да тужба није потребна и на последице тог схватања по правну несигурност (48). Заиста би било неприхватљиво да се сваки брачни друг из таквог брака може окренути на своју страну и једностранно тврдити да брак не постоји. Такво решење не може бити прихваћено за наше позитивно право. Сличан став могли би заузети обесни појединци али не правни систем ни позитивно право.

Зато се мора узети да и најгрубљи случајеви непостојећег брака (49) у нашем праву захтевају судску одлуку којом се проглашава за такав. Поготово то захтевају мање јасни случајеви а нарочито они којима недостаје битан елемент форме.

Штета је што закон није потпуније регулисао ово питање.

Зато се предлажу де *lege ferenda* нова решења (50). Међу тим решењима мислимо да као најважније треба да буде брисање из позитивног права установе непостојећег брака и јасно одређивање случајева ништавости због недостатка форме. Исто тако треба издвојити случајеве код којих је могуће оснажење брака и одредити његове услове.

Али како најављена реформа нашег породичног права није извршена, судској пракси остаје да својим стваралачким доприносом адекватно врши доградњу нашег правног система у друштвено најповољнијем правцу. За одлуку Сав. врх. суда која брак проглашава непостојећим зато што његовом закључењу нису били присутни сведоци, по нашем мишљењу не би се могло рећи да указује судској пракси најповољнију оријентацију, усвајањем и код брака доследне примене теорије непостојећег правног посла у случају повреде форме за изјављивање сагласности за ступање у брак.

Др. Милош Стјеванов

(48) Станковић: н. д., с. 284.

(49) Planiol-Ripert (op. cit., t. II) предлажу да се непостојећим браком сматра случај кад уопште није било форме закључења брака (потпуно одсуство de la célébration du mariage) и у случају истоветности полова (Но 257 и 258). Цитирају једног од редактора Code civil-а: „Никад брак не може бити по самом дејству закона (de plein droit) ништаван; постоји увек неки наслов или нека привидност коју треба срушити“.

(50) Џуља: н. д., с. 43; Станковић: н. д., с. 289.