

др Зоран Поњавић,
ванредни професор Правног факултета у Крагујевцу

БРАЧНИ УГОВОР

У чланку се разматра давнашњи правни проблем - правна природа брака. Аутор полази од опште прихваћеног става да је брак по начину свога настанка уговор, али истиче да је брак уговор, или то све више постаје, и као једно трајно стање. У прилог овог става наводи се значајно повећање броја диспозитивних правних норми на штету императивних, као и постојање споразумног развода, уз констатацију да брак, иако уговор, није изгубио све своје институционалне одлике.

Кључне речи: Брак - Уговор - Институција.

Нема сумње да је између свих уговора које једно лице закључи током свог живота брачни уговор најважнији. Он је толико важан да се често оклева са употребом речи "уговор" (1). Између осталог, он најдубље мења смисао и начин живота сваког човека. Брак се налази и у центру савремене породице, а породица је основа људског друштва.

Закон о браку и породичним односима (ЗБПО) Србије преко употребљених израза, говорећи о "закључењу брака", упућује да је у питању уговор, премда по техници свог настанка брак није уговор нити је у нашем праву игде употребљен термин "брачни уговор".

У неким страним правима овај израз се употребљава али често са сасвим другачијим значењем. Тако се у француском праву њиме означава споразум који постижу будући супрузи пре закључења брака којим бирају (одређују) брачни имовински режим. Према томе, он се ту појављује као акцесорни споразум уз брак (2). Ниједно европско право не познаје могућност закључења индивидуалног брачног уговора са одређеним временским ограничењем његовог трајања. Оваква могућност постоји у неким државама САД, као што је нпр. Мичиген, где се пред-

(1) У питању је констатација F. Ciccoliniја изречена у француском Сенату за време усвајања Закона којим је регулисан развод (11. јул 1975). Наведено према: V. Demars-Sion, *Liberalisation du divorce; l'apport véritable de la loi du 11 juillet 1975 à la lumière de celle du 20 septembre 1792. Revue trimestrielle de droit civil*, 2/1980, стр. 241.

(2) M. de Juglart, *Leçon de droit civil*, T. IV, Regime matrimoniaux, Paris, 1982, стр. 88 и даље.

виђа закључење брачног уговора на одређено време, који може бити обнављан вољом супружника, сваке треће, пете или десете године (3).

I

Прву законску потврду о браку као уговору налазимо још у француском Уставу из 1791. године (чл. 7) на основу чега је следеће 1792. године донет Закон којим је уведен грађански брак и где се потврђује да је он само обичан уговор. Све је ово била последица политичког либерализма и рада великих умова 18 и 19. века (4). Логичан резултат овог става био је и прихватање развода брака по споразуму (5).

Схватања о браку битно су и данас условљена идеолошким опредељењима у друштву. Дуго година после Другог светског рата код нас је било неприкосновено, наиндивидуалистичко, схватање о браку као институцији, које је још давно теоријски обрађено од стране Лефевра у расправи под називом "Le mariage civil n'est-il qu'un contrat". Према њему, брак је заједница која мора остварити одређене циљеве, некада опредељене вољом божијом а у новије време друштва и државе. У породици која је почивала на оваквом браку ауторитет је био поверен шефу породице који је био одговоран за испуњавање основних породичних функција: биолошка и социјална репродукција и наслеђивање породичног богатства. Интерес појединца у таквој породици био је подређен друштвеним интересима, што је остављало мало места за испољавање индивидуалних амбиција и жеља.

Друштвене промене задњих неколико година код нас мењају угао посматрања брака. Он се не посматра само са становишта породице чији је центар већ и са становишта брачних другова, као једно од средстава обезбеђења личне среће и љубави (6). Брак се тако све више заснива на индивидуалним осећањима мушкарца и жене, на "њиховој равноправности, обостраној наклоности и љубави, поштовању, разумевању и поверењу" (ЗБПО, чл. 6, ст. 2). Оваква осећања и овакав брак, као што је и Радбрух својевремено истакао, труде се да нађу своју правну форму у уговору. Иако, како он даље истиче, љубав са својом пролазношћу одбија правно везивање, с друге стране, својим захтевом да буде вечита управо изискује везивање, зашто је опет погодан уговор (7).

(3) J. Bernard, *The Future of Marriage*, Bantam Book, New York, 1973, pp. 106-107; Наведено према: J. Commaille, *Familles sans justice*, Paris, стр. 29-30.

(4) Тако је Монтескије тврдио да је брак уговор; (*Lettres persanes*, lettre n. 116, de Usbek a Rhedi). Волтер истиче да је брак уговор од кога су католици начинили свету тајну; (*Dictionnaire philosophique, mariage*).

(5) Додуше, тадашње инсистирање на уговорној концепцији брака мора се схватити и као начин искључења сваке улоге цркве, за њено одвајање од државе. У овом погледу прихватање уговорне концепције брака чинило се како погодно средство за остварење постављеног циља.

(6) Тако се у чл. 6. ЗБПО Србије истиче, на првом месту, да се "у браку остварују истовремено интереси брачних другова, породице и друштва".

(7) Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 196. Слично и: М. Стеванов, *Правна концепција брака*, у књизи: *Реформа породичног законодавства*, Београд, 1971, стр. 288.

У склопу тежњи за општом демократизацијом друштва, постављају се код нас и захтеви за признање и потврду индивидуалних права и слобода. У овом циљу мора се афирмисати слобода човека не само у закључењу брака већ и у његовом трајању и развргнућу. На почетку се стога можемо запитати колика је аутономија супруга у савременом браку и колико се на њега може применити давно изнета опаска једног Енглеза да се, историјски гледано, динамичко друштво за разлику од статичног одликује сталним променама положаја страна у уговору. Ово се, између осталог, огледа у чињеници да је некада личност била потчињена породици или феудалцу а потом се све више ослобађа од веза зависности и слободно заснива уговорне односе које добровољно преузима (8). Другачије речено, у којој је мери брак, некада друштвена институција, данас постао обичан уговор.

II

Индивидуалистичко схватање брака као уговора је концепција наслеђена још из римског права. Суштину брака чинила су узајамна осећања супружника и њихова воља за заједничким животом (*affectio maritalis*). *Solus consensus* је био довољан да брак настане, а *contrarius consensus* да се раскине. Снажан подстрек овом схватању пружио је школа природног права са прихватањем начела слободе уговарања и аутономије воље.

Не улазећи дубље и шире у теоријска разјашњења око правне природе брака (9), треба рећи да постоји нешто око чега се већина теоретичара слаже, без обзира које становиште заступа, а то је да у основи настанка брака лежи изражена сагласност воља мушкарца и жене. Он је, дакле, по начину настанка уговор и готово увек се додаје да је "посебне врсте" (10). Јер и према хришћанском учењу вољом брачних другова настаје брак и то баш са одређеном особом. Међутим, суштина брака, према овом учењу, остаје ван домашаја људске воље и слободе. Према томе, не постоји у суштини супротност између индивидуалистичког и наиндивидуалистичког става у погледу начина настанка брака, или, боље речено, она је само привидна.

Ово је и била полазна тачка за формулисање једног трећег, мешовитог, схватања. Њиме се настоји постићи компромис између права два супротстављена гледишта, индивидуалистичког и наиндивидуалистичког. Када се, наиме, каже да је брак уговор онда се под тим најчешће подразумева само правни инструмент којим настаје једно циљно удруживање мушкарца и жене. Они тако само приступају једном институту. Ова концепција која брак третира као уговор по начину

(8) Н. Maine, *Ancient Law*, Ed. Pollok, 1861, стр. 170; Наведено према: М.Т. Meulders, *La problematique du divorce dans les législations d'Europe occidentale*, *Revue internationale de droit comparé*, 1/1989, стр. 9.

(9) О овом: Coste-Floret, *La nature juridique du mariage*, Thèse, Paris, 1936 и М. Младеновић, *Правне теорије о браку*, "Анали", 2-3/1961.

(10) В. Бакић, *Породично право у СФРЈ*, Београд, 1982, стр. 81.11.

настанка али и као институт, као трајно стање, врло је широко код нас прихваћена (11), а први пут је теоријски образложена још од стране Пуфендорфа 1677. године у делу "De Jure Naturae et Gentium" (12).

Према томе, оно што је увек извесно то је да се сагласност воља јавља у основи настанка брака. Било да се ради о сагласности воља двеју породица некада или двеју особа данас. Уговорни елеменат се јавља тако у сваком браку чинећи његову основу. Без сагласности воља датих на законом предвиђени начин нема брака (13) па и када мушкарац и жена живе и понашају се као муж и жена а нису венчани. И према чл. 27. ЗБПО Србије као битни услов за закључење брака захтева се сагласност изјављених воља оба будућа брачна друга.

III

Но поред неспорно уговорног начина настанка брака, треба анализирати даље његово трајање и престанак.

Ако се заступа став да је брак по начину настанка уговор, а као трајно стање институција, онда се тиме у суштини остаје на индивидуалистичком схватању брака, без обзира да ли је његов заговорник држава или црква. Јер када се суштина брака стави ван утицаја људске воље и потчини вишим циљевима усмереним ка остваривању државних или неких других интереса, само не оних брачних другова, онда се од сакраментизације брака није много одмакло.

Тврдња да је брак као трајно стање институција, "стање живљења" или "брачно стање", само не уговор, изгледа као једна игра речи (14). Јер, ако је брак по начину свог закључења уговор, што није спорно, онда све оно што из тога проистиче може бити само последица тога уговора, тј. извршавање права и обавеза из тог уговора. То такозвано брачно стање састављено из права и обавеза уговорних страна углавном је унапред дато у закону. Законом је тако одређена садржина овог уговора (15), који не може бити закључен на пробу или на одређен рок. У

(11) У суштини, ради се о схватању брака као једног уговорног статуса. Мушкарац и жена сагласном изјавом воља (уговором), уз суделовање представника јавне власти, приступају једној друштвеној установи која је уређена, по правилу, императивним нормама. Видети: В. Бакић, *Правна концепција брака*, у књизи: *Реформа породичног законодавства*, Београд, 1971, стр. 282.

(12) Ова концепција је снажно заступљена и код већине француских правних теоретичара. Тако, Marty-Raupaud дају у складу са овим следећу дефиницију брака: "Брак је уговор којим брачни другови приступају институту чије је уређење оснажено ауторитетом јавне власти и прихватањем суделовања представника те власти" (*Droit civil*, Paris, 1961, стр. 532).

(13) Ово се изричито каже у art. 146. француског СС: "il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement".

(14) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, Paris, 1915, стр. 240-241. У овом смислу и М. Поповић, *Брак и брачна и ванбрачна заједница*, "Гласника П.ф. у Крагујевцу", Крагујевац, 1980, стр. 78.

(15) Анализирајући савремена ограничења слободе уговарања у погледу садржине уговора С. Перовић истиче да се она односе на уговоре по приступу али и да нису ретки случајеви ограничења кроз законско регулисање садржине уговора (*Облигационо право*, Београд, 1973, стр. 103.).

извршавању ових права и обавеза брачни другови су потпуно равноправни, што је још једна од логичких последица уговорног карактера брака. Сва права и обавезе су узајамног карактера; узајамно помагање и поштовање, узајамно издржавање, обострано учешће у брачној течевини сходно доприносу и њеном стицању, итд. Овим се организује и конкретизује солидарност између брачних другова која се мора измирити са захтевима за што већом аутономијом личности.

Што се тиче карактера ових норми у питању су, пре свега, императивне норме за чије је извршење друштво највише заинтересовано. Њихова примена се не може договором странака искључити, а циљ им је да осигурају хармонију заједничког живота брачних другова и у извесном смислу представљају ограничење слобода сваког од њих (16). Управо највећа опозиција уговорном карактеру брака проистиче из постојања ових императивних, унапред од стране законодавца одређених права и обавеза. Она, дакле, нису последица договора уговорних страна, брачних другова, већ воље законодавца. Њих брачни другови морају прихватити одједном све или одбацити и тада нема брака.

Међутим, овакви приговори данас све више губе на актуелности. Наиме, у односу на број императивних норми значајно се повећава удео диспозитивних норми тј. све је више права и обавеза о којима странке, брачни другови, само постижу споразум. Ту се пре свега има у виду њихово договарање око презимена, начина вођења домаћинства, места становања, итд. (17). Договор о овим питањима се постиже изричито или прећутно. Последица непоштовања договора од било које уговорне стране је иста као да се ради и о непоштовању било које обавезе која се законом намеће; може довести до раскида уговора, тј. до развода брака. Значајно је напоменути да постоји тенденција повећања броја ових питања која брачни другови могу аутономно уредити. Оваква либерализација у основи почива на идеји да је брак створен за човека и од човека, а не обрнуто.

Брак је данас по својој правној природи у основи уговор пошто и престаје на исти начин као што је настао. Настаје вољом двеју страна по је нормално да на исти начин престане. Овоме је највише допринело прихватање споразумног начина развода брака за задњих десет, петнаест година у већини европских законодавстава (18). Код овог облика развода предност се очигледно даје вољи супруга (19). Теоријски гледано споразум супруга је довољан да се брак разведе без потребе навођења било ког другог узрока, што је логична последица чињенице да

(16) A. Benabent, *La liberté individuelle et le mariage*, Revue trimestrielle de droit civil, 3/73, стр. 475; и: М. Поповић, *Брак и брачна и ванбрачна заједница*, н. дело, стр. 75, напомена бр. 6.

(17) То се очигледно види и у техници редиговања конкретних законских норми (чл. 69. ЗБПО). Тако се у овим случајевима одређује да "Брачни другови одређују споразумно место становања" (ст. 1.). "О вођењу заједничког домаћинства одлучују брачни другови споразумно" (ст. 2).

(18) О овом више: D. Dumusc, *La divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Genève, 1980.

(19) Због овог га неки називају "уговор о разводу". Видети: G. Cornu, *La réforme du divorce, Les divorces gracieux*, Cours polycopié 1976-1977, наведено према: A. Chapelle, *Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale*, Revue trimestrielle de droit civil, 1984, стр. 417.

брак настаје сагласношћу воља (20). Тачније речено, узајамни споразум је довољан да брак настане, узајамно неслагање мора бити довољно за његово раскидање (21). Истина, оваква концепција је заступљена према нашем ЗБПО само у случају споразумног развода брака без заједничке малолетне деце. Ако деце има, онда се морају испунити и други, додатни услови, које контролише суд. Јасно је да ни редактори Закона нису желели да овај уговор може бити раскинут из било ког разлога, па и из каприца (22), због чега није дозвољен једнострани раскид брака. Међутим, постојање развода брака по тужби једног брачног друга без могућности истицања приговора тужене стране, као што је у нашем ЗБПО (чл. 83), фактички представља увођење, на мала врата, једностраног развода брака (23).

Све ово не подразумева да је брак у правом смислу речи уговор, као и сваки други. Најпре подсећа на уговор по приступу. Положај брачних другова није, наиме, битно другачији него што је код било ког другог уговора по приступу, као што је нпр. уговор о раду (24). Међутим, од њега се битно разликује. На првом месту уговори по приступу се карактеришу економском надмоћношћу једне уговорне стране (25). Брак је уговор који нема економску позадину јер су права и обавезе које из њега проистичу првенствено личне природе. Због овога, између осталог, нема поништења овог уговора услед економске штете, лезије, коју би претрпео један од брачних другова, као код било ког другог уговора. Поред овога, садржина уговора није одређена вољом једне уговорне стране, обично економски јаче, што је карактеристика уговора по приступу, већ од стране законодавца који одређује услове закључења, последице и начин раскида уговора.

(20) Залажући се својевремено против увођења споразумног развода брака у наше право М. Митић, између осталог, истиче да је "уговорни раскид брака само логичка последица уговорног карактера брака" (М. Митић, *Споразумни развод*, Наша законитост, 1/1971, стр. 25). Слично и: В. Dutioit, *Le divorce par consentement mutuel: solution à la mode ou rénéde efficace*, Revue de la société des juristes bernois, band 116, 10, oktober 1980, стр. 465.

И данас је брачни контрактуализам, као могућа последица споразумног развода брака један од главних аргумената против увођења овог облика развода у неким земљама. Видети: З. Поњавић, *Споразумни развод брака*, д. дисертација (необјављена), Крагујевац, стр. 50.

(21) Е. Baranowski de Rawiez, *Le divorce par consentement mutuel, thèse*. Lausanne, 1898, стр. 142.

(22) Премда је често разлика између раскида из каприца и због недостатка (пристака) љубави крајње суптилна. У овом смислу: Carbonnier, Vol. 2, *La famille, les incapacités*. 1983, бр. 8.

(23) З. Поњавић, *Објективни бракоразводни систем и његова ограничења*. "Анали Правног факултета у Београду", 4/1991, стр. 417-429.

(24) Интересантно је једно запажање америчког аутора М.А. Glendon која констатује обрнуту еволуцију брака и уговора о раду. Некада се уговор о раду могао врло лако раскинути а брак је био готово нераскидив. Данас је уговор о раду врло тешко раскинути и то под ригорозним условима док је брак врло лако раскинути и то из једноставног разлога зато што је престала љубав између супруга; М.А. Glendon, *The New Marriage and the New Property*, у: *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Butterworth, 1980, стр. 59; Наведено према: М.Т. Meulders, *op. cit.*, стр. 57.

(25) Б. Благојевић, *Уговори по пристанку (Формуларни уговори)*, Београд, 1934, стр. 39-40.

IV

И са становишта основних принципа уговорног права, начела слободе уговарања (а) и начела консенсуализма (б), овај брачни уговор, може издржати, чини се, сваку проверу.

а) Принцип слободе уговарања подразумева могућност да особа поступа према својој вољи. Конкретно, подразумева на првом месту њено право (слободу) да се брак закључи или не закључи, а на другом месту слободу избора уговорног партнера, брачног друга (26). Што се тиче првог елемента не постоје прописи у нашем праву који би једну особу нагонили или спречавали да закључи брак (27). Сваки појединачни акт пресије доводи до ништавости брака. Уосталом и историјски и упоредноправно ово се сматра као једно природно право човека (28).

Брак је правни акт *intuitu personae* у правом смислу речи. Брачни уговор се закључује имајући у виду одређене личне квалитете и својства друге уговорне стране. Једна од значајних последица овога става је чињеница да се овај уговор може поништити због заблуде у погледу личности брачног друга. Наше законодавство познаје три врсте ове заблуде: заблуда о физичкој личности, заблуда о грађанској личности и заблуда о битним особинама личности (29). У суштини прве две врсте заблуде садржане су у заблуди о битним особинама личности. Слично је и са ЗОО који нормира само битну заблуду (чл. 61). У питању је, дакле, само примена опште теорије ништавости грађанског права (30). То произлази из поређења чл. 76. ЗБПО Србије који говори о могућности поништења брака закљученог "у страху изазваном силом или озбиљном претњом" и чл. 60. ЗОО о недопуштености претње која је изазвала оправдани страх код друге стране због чега се може тражити поништење уговора.

Очигледно је, дакле да слобода уговарања подразумева слободу избора партнера. Међутим, ова слобода није никада апсолутна (31). Право да се склопи брак подложно је одређеним правним ограничењима, чак и забранама. Само ако се ова правила поштују, ако се испуне

(26) Видети: А. Venabent, *op. cit.*, стр. 447.

(27) У старим правима Спарте и Рима целибат је био кажњаван. Тако је у Риму био донет Закон против маторих момака (*Lex Julia et Papia Ponea*). О овом више: Д. Аранђеловић, *Један римски закон против маторих момака*, "Правне расправе", Београд, 1913, стр. 153 и даље.

(28) На међународном плану ова слобода се штити и Општом декларацијом о правима човека из 1948. године. У чл. 16(2) истакнуто је да се "брак може закључити само уз слободан и потпун пристанак лица која ступају у брак".

(29) Исто: М. Стеванов, *Правна концепција брака*, н. дело, стр. 291.

(30) Бар кад је у питању мана воље као узрок ништавости. Не може се, међутим, пренебрећи чињеница да ништавост у породичном праву има неких својих особености. На првом месту ништавост постоји само кад је законом предвиђена (*nulla nullitas sine lege*), затим постоји већа могућност валидације у свим могућим случајевима. Више о овом: М. Стеванов, *Престанак бракова*, Нови Сад, 1976, стр. 2. и даље.

(31) Још је Planiol својевремено тврдио да воља појединца није апсолутно слободна, нити подређена закону, она је делимично аутономна, а границе су постављене законом. То је последица, као што истиче С. Перовић (*Облигационо право*, Београд, 1973, стр. 89), "дубоке потребе заједнице да, с једне стране, допусти и омогући слободно испољавање индивидуалне воље, али, с друге стране, да води рачуна о општим нормама заједнице које се не смеју препустити индивидуалној произвољности".

законом тражени услови, брак се може закључити пред надлежним државним органом који контролише њихово постојање и бити пуноважан. Сви они у нашем праву поред брачних сметњи обухватају још неке друге услове (32). У овом погледу најзначајнијим се чини ограничење у погледу пола уговорних страна. Познато је да овај уговор могу закључити само један мушкарац и једна жена.

Највеће ограничење слободе уговарања је у погледу садржине уговора, као што смо већ видели.

б) Што се тиче принципа консенсуализма, он је доследно заступљен код брачног уговора, премда није увек било тако. Старо римско право се одликовало консенсуалношћу, без обзира што се најмање тражила сагласност воља брачних другова, већ њихових родитеља или трећих лица. И у класичном периоду Рима за брак је била најзначајнија његова вољна компонента: *consensus facit nuptias* (33). У средњовековном црквеном праву брак је *consenso per verba*. Међутим, за његов настанак и пуноважност није била довољна сагласност брачних другова или њихових родитеља. Канонска доктрина истицала је посебно важност "конзумације брака", *corpule carnalis*, тј. телесног сједињења. Без овога је брак сматран ништавим, што је због немогућности развода брака послужило као велики извор злоупотреба.

Модерна права полазе од становишта да је човек личност у праву и да право полазећи од тога истиче вољу у први план, пре тела (34). Сагласност воља за закључење се налази и у средишту нашег брака. За њихов настанак потребно је да два лица различитог пола дају сагласне изјаве воља о закључењу брака (чл. 61, ст. 3 ЗБПО). Сагласност се постиже у одређеном тренутку поступка склапања брака, а као одговор на постављено питање овлашћеног матичара. Брак је настао оног момента када су оба вереника дала сагласну изјаву воље. То је конститутивни момент брака, значајан и као тренутак до кога су супружници могли одустати од брака, изричито или прећутно. Воља се може изузетно изјавити и на други начин уколико лице због одређених физичких сметњи то не може учинити говором. Специфичност овог уговора је у томе што се воља не може изразити конклюдентном радњом (35). Овако скученим начином изражавања, присуство сведока, закључење брака у нарочитој просторији пред надлежним државним органом само се потврђује формални карактер овога уговора. Ова форма је истовремено форма *ad solemnitatem* и форма *ad probationem*.

Најновијим изменама Закона о браку и породичним односима, према којима се брак закључује само пред матичарем, а не и пред

(32) Ова правна слобода није, међутим, у пракси усаглашена са фактичким стањем. Социолошке посматрано не могу се игнорисати баријере које постоје и које су наметнуле одређеним социокултурним моделом, религијским схватањима, итд.

(33) То је позната Улпијанова максима из *Digesta* (35.1.15): "*Nuptias non concubinitus sed consensus facit*".

(34) В. Бакић, *Правна концепција брака*, у књизи: *Реформа породичног законодавства*, Београд, 1971, стр. 270.

(35) У француском праву могуће је склапање брака на овај начин у случају закључења брака *in extremis*, где је сагласност резултат давања одређених знакова који морају бити интерпретирани. Видети: С. Labrusse-Riou, *Droit de la famille 1. les personnes*, Masson, Paris, 1984, стр. 55 и С. Colombet, *La famille*, Paris, 1985, стр. 54 (напомена бр. 46).

делегатом скупштине општине као што је до скоро био случај (36), још се више појачава његов уговорни карактер. Улога матичара се своди на регистрацију постигнуте сагласности. Регистрација брака, тј. уношење битних података о закљученом браку у матичне књиге има само доказни значај. Пропуст матичара да ово учини не утиче на постојање и пуноважност брака, већ једино на могућност његовог доказивања на овај начин.

V

За закључење брака најважније је оно што странке изјаве, што су и други присутни у моменту склапања брака могли сазнати. Евентуална несагласност између изјављене и унутрашње воље (мана воље) може бити од значаја само код процењивања пуноважности брака, ако се ово питање, уопште, и постави. У овом случају се дакле прихватају обе теорије воље код закључивања правних послова у случају несагласности изјављене и унутрашње воље: теорија изјаве воље и теорија воље. Строго разликовање ових теорија има данас више теоријски, него практичан значај (37).

Поред свега овога, да би брак био пуноважан воља мора имати одређене особине: а) мора бити стварна, а не симулована, (изјављена ради постизања неког другог циља, а не ради закључења брака). Ако су оба супружника изјавили симуловану вољу, а не стварну, такав брак је ништав; б) мора бити озбиљна, а не изречена у шали, на неозбиљан начин; в) обе изјаве морају бити дате једновремено, сукцесивно у одређеном временском тренутку. Изјаву прво даје један будући брачни друг, а потом други; г) изјаве морају бити подударне, тј. афирмативне; д) изјаве морају бити изричите, јасне и несумњиве у погледу намере. Не смеју садржати никакве рокове и услове, јер је брак трајни уговор; њ) мора бити дата лично, што подразумева лично присуство оба будућа брачна друга чину закључења брака. Није допуштено њихово заступање од стране законског заступника, као код било ког другог уговора. Уколико је у питању малолетник, не може бити заступан од стране родитеља или старатеља, ако је већ добио дозволу за привремено склапање брака. Све ово, међутим, не искључује могућност да брак буде закључен преко пуномоћника једног брачног друга и другог брачног друга. Закон Србије у члану 58, ст. 1. дозвољава ову могућност у "нарочито оправданим случајевима".

Пуномоћје је специјално и у њему морају бити тачно наведени подаци о пуномоћнику и лицу са којим се преко пуномоћника склапа брак, као и датум издавања пуномоћја. Према нашем праву само један

(36) Закон о изменама и допунама Закона о браку и породичним односима Србије. "Сл. гласник, РС", 22/1993, чланови: 3, 4, 5.

(37) Слично и у *Коментару Закона о облигационим односима*, 1980, редакција: С. Перовић и Д. Стојановић, издање. Културни центар Г. Милановац и Правни факултет у Крагујевцу, коментар уз чл. 28, стр. 190. И у грађанском праву долази до приближавања ових двеју теорија, како на законодавном и теоријском плану, тако и у судској пракси. Види: С. Перовић, *op. cit.*, стр. 168.

од будућих брачних другова може бити заступан од стране пуномоћника, у противном брак је апсолутно ништав.

VI

Очигледно да је брак, нарочито по својој садржини и престанку сачувао и неке институционалне одлике. Можда најзначајнија потврда реченог се тражи у концепцији поништења брака (38). Поништење не делује ретроактивно што га је сврстало у нашем Закону о браку и породичним односима у начине престанка брака. Традиционално се сматра да у облигационом праву непоштовање услова закључења уговора доводи до ништавости која делује ретроактивно; има се сматрати као да уговор и није закључен. Међутим, код трајних уговора у облигационом праву, што је и брачни уговор, поништење и уопште раскид делује само за будућност (39), што значајно умањује вредност овог приговора.

VII

Да закључимо.

Брачни уговор је уговор посебне врсте. Он је то не само по начину настанка, него и трајања и престанка. То је консенсуални, формални уговор, чија је садржина, углавном, законом одређена. Аутономија воље је тако продрла и у област права која је до скоро била непријатељски уређена у односу на њу а у многим земљама се сматрала и као део јавног поретка.

Брак је, међутим, и даље задржао институционалне елементе који произлазе из суштине брака као циљног удруживања са значајним задацима које је пожељно да оствари. А најважније од свега је да представља још увек најзначајнији основ настанка породице. Уосталом не смемо бити исувише опчињени новим либерализмом и индивидуализмом. Не смеју се заборавити наше традиционалне колективистичке и солидаристичке вредности које су нарочито изражене у породици. Јер, право није нешто што се може тако лако мењати, оно је део културног наслеђа. Уосталом, и у САД где је индивидуализам и либерализам доживео најширу афирмацију и где је брак у правом смислу речи уговор постоје симптоми кризе индивидуализма. Тако Glendon у књизи "State, Law and Family" износи став да право мора водити рачуна о обичајима и навикама и не наглашава више тежњу остварења личне среће, као основну у праву. Према томе, осим појединца мора се водити рачуна и о породици, јер је она важна, ако не и најважнија друштвена ћелија.

(Примљено 18. септембра 1995)

(38) Тако: М. Delmas-Marty и С. Labrousse-Riou, *Le mariage et le divorce*. Paris, 1978, стр. 49.

(39) Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд, 1979, стр. 115.

Dr. Zoran Ponjavić,
Associate Professor at the Faculty of Law in Kragujevac

THE CONTRACT OF MARRIAGE

Summary

The discussion concerning the legal nature of marriage has been a constant legal problem. The author begins with the generally accepted viewpoint that marriage, in terms of its origin, is a contract. However, marriage is a contract, or is becoming more and more one, also as a permanent state of affairs. Its essence is nothing else but exercising rights and carrying out duties specified in a contract. Considerable increase in number of dispositive legal norms too, by which spouses settle their mutual relations, and corresponding reduction in number of imperative norms (such as agreement about place of residence, about managing the household, etc.) speak in favour of the above viewpoint. Hence, Yugoslav marriage law has effected an evolution, while moving from a relatively rigid social and institutional conception toward the one amounting to a purely personal and contractual relationship.

Accepting a divorce with mutual understanding of spouses intensifies in a significant way, in the area of dissolving the marriage, the contractual character of marriage. Marriage is therefore a consensual and formal contract, whose substance is predominantly determined by law. Such a standpoint agrees also with the basic principles of the law of contract, of the principles of freedom of contracting, and of the principle of consensus.

Marriage, although a contract, did not lose all of its institutional forms. It remains a basis of family, which has still preserved its traditionally collectivistic and solidarity values - in spite of aggressive individualism.

Key words: *Marriage. - Contract. - Institution.*

Zoran Ponjavić,
professeur adjoint à la Faculté de droit de Kragujevac

LE CONTRAT DE MARIAGE

Résumé

Le débat sur la nature juridique du contrat de mariage est un problème juridique de vieille date. Dans ce texte l'auteur part du point de vue généralement admis que le mariage, d'après le mode de conclusion, est un contrat. Toutefois, le mariage est aussi un contrat, ou le devient de plus en plus, du fait qu'il constitue un état durable. Son essence n'est rien d'autre que l'accomplissement des droits et des obligations d'un contrat. Cette opinion voit en sa faveur l'accroissement considérable du nombre des règles facultatives, d'après lesquelles les conjoints règlent leurs rapports d'une façon autonome, au détriment de normes impératives (accord sur le lieu du domicile, sur la gestion du ménage, etc.) Le droit matrimonial yougoslave a donc évolué depuis une conception sociale et institutionnelle relativement rigide vers une liaison purement personnelle et contractuelle.

De même, l'acceptation du divorce par consentement mutuel, dans le domaine du divorce, vient elle aussi renforcer considérablement le caractère contractuel du mariage. Comme l'auteur le constate, il s'agit d'un contrat consensuel et formel dont le contenu est, généralement, défini par la loi. Cette opinion peut également supporter une

vérification du point de vue des principes de base du droit contractuel, des principes de la liberté contractuelle et des principes de consensualisme.

On constate à la fin que le mariage, tout en étant un contrat, n'a pas perdu toutes ses caractéristiques d'institution. Car, il est le fondement de la famille et, dans notre pays, celle-ci a conservé ses valeurs traditionnelles collectivistes et solidaristes, malgré la pericée de l'individualisme.

Mots clés: *Mariage. - Contrat. - Institution.*