

БРАЧНА СПОСОБНОСТ

О појму брака до сада је дат импозантан број веома различитих дефиниција. Свако се мање-више сматрао позваним да пружи свој допринос у том правцу. Активност филозофа, теолога, социолога, лекара, психолога, књижевника и уметника уопште, није била ништа мања од напора правника. Указивало се на циљ брака као компетентну која одређује његову основу, на заједницу живота и отсуство њене неопходности, на трајност те заједнице и њену временску ограниченост, на раскидљивост и нераскидљивост те заједнице, на законом регулисану везу између. Јоса супротних полова и на фактички, неформални карактер брака, на правно стање које брак ствара, на његово божанско порекло и превасходно лаички карактер, на његову етичку садржину у узајамном допуњавању и усавршавању полова, на подвлачењу сексуалне стране брака и отсуство важности те компоненте, на његову социјалну функцију као темеља друштва и његову друштвену непотребност и психолошку неправедност и најзад на његов уговорни и институциони карактер.

По нама брак је уговор који ствара једну правну институцију. То је дефиниција која је прихваћена од многих савремених аутора¹. Пошто је брак уговор и друштвена установа то се поставило питање о способности будућих брачних другова за закључење тог уговора, односно за стварање те установе. Другим речима, поставља се питање која лица, ван опште пословне способности, имају посебну пословну способност за склапање брака.² У оквиру тог питања размотрићемо случај три групе субјеката: малолетних лица, лица делимично лишених пословне способности и лица потпуно лишених пословне способности, односно пословно неспособних.

А. ПОСЕБНА БРАЧНА СПОСОБНОСТ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА

1. ИСТОРИСКИ ОСВРТ

Способност малолетника за склапање брака била је предмет правног регулисања још од најранијих дана. Малолетницима се та способност ускраћивала или им се признавала са достизањем одређеног узраста или се комбиновала са захтевом да се малолетном лицу да одобрење законског заступника за склапање брака.

Тако у праву старе Атине малолетна лица нису имала посебну пословну способност за склапање брака. За њих је склапао брак њихов отац под чијом су се влашћу, која је у прво време била неограничена, налазила и малолетна лица.

Отац, као старешина породице, одлучивао је да ли ће и ским ће оженити сина, односно удати кћер.³

Исти овај положај у погледу брачне способности имала су малолетна лица и у најранијој фази римског права. Патер фамилијас је одлучиво ко ће од његове деце, када и ским ступити у брак. Године за стицање брачне способности нису биле одређене, већ су варирале према сваком детету посебно и зависиле су искључиво од воље старешине породице.⁴ У каснијој фази развоја римског права одређена је општа једнообразна година за стицање брачне способности малолетних лица. Та година поклапала се са достизањем пубертета и износила је за мушкарце четрнаест а за жену дванаест година.⁵ Међутим, пристанак патер фамилијас и онда је био потребан, па чак и по достизању пунолетства.⁶

Узраст одређен римским правом за стицање брачне способности прихватило је у средњем веку канонско право.⁷ После Тридентског сабора (1545—1563) црква је званично прокламовала да брак подпада под њену ингеренцију. Установа брака добија карактер свете тајне која треба да оствари морално савршенство људи. Због тога је канонско право фаворизовало ове ниске године за ступање у брак, како би млади људи и девојке што раније „приступили свом моралном усавршавању”.⁸ За разлику од тада владајућег схватања, канонско право, с обзиром на карактер брака као свете тајне, није захтевало сагласност родитеља малолетних лица за склапање брака.⁹

Исте године римског права прихватила је и православна црква синодском одлуком Цриградског патријарха Алексија из 1025. године, затим патријарха Германа II из 1235. године и синодском одлуком патријарха Донисија III из 1963. год.¹⁰

Средњевековно дубровачко право, у одређивању брачне способности малолетних лица, пролазило је кроз исте фазе као и римско право. Према подацима које пружају најранији извори отац је могао оженити сина, који још није у годинама инфра етатем легитиман, по својој вољи уксоранди лиценциам хабет а по достизању одређеног узраста само по сагласности сина. У то време отац је могао одраслим синовима забранити да склопе брак пре него што уда своје ћерке.¹¹ Како с није, средином XV века, дубровачко право наизменично прихватило и напушта године за стицање брачне способности одређене канонским правом. Тако је закон из 1458. године одредио за мушкарца двадесету а за жену дванаесту годину. Међутим, након две године (1460) изменом закона прихватају се за стицање посебне брачне способности одредбе канонског права.¹² Треба приметити да дубровачко право поред двадесете и четрнаесте године узима, у једној фази свог развоја, и осамнаесту годину за стицање брачне способности мушкарца.¹³ Као што се могло видети дубровачко право карактерише једна специфична појава да се година за стицање брачне способности жене није никад мењала (дванаеста година), док су се године

мушкараца често мењале и то некад у врло кратким временским размацама.¹⁴

Средњовековно српско право одређивало је брачну способност са петнаест година за мушкарца и дванаест година за жену. Сматра се да су ове године за стицање брачне способности претстављале истовремено и године пунолетства.¹⁵ Међутим, историја нам пружа податке да се ових година многи а нарочито владари нису придржавали.

У француском праву на измаку XVII века године за стицање брачне способности прелазиле су године за стицање опште пословне способности. Тако за мушкарце млађе од тридесет година и за жене млађе од двадесетпет година тражила се сагласност родитеља за склапање брака.¹⁶

У енглеском праву тог времена године за стицање брачне способности одређене су канонским правом. Међутим, за разлику од канонског права, малолетним лицима за склапање брака била је потребна сагласност родитеља. За чланове краљевског дома (Ројал мерид акт из 1772. г.) ова сагласност захтевала се до двадесетпете године.¹⁷

Шведски грађански законик из 1734. године одредио је за стицање брачне способности мушкараца двадесетједну а жене петнаесту годину.¹⁸

У Немачким државама крајем XVIII и почетком XIX века године за стицање брачне способности посебно су одређиване. Тако у држави Виртемберг оба пола стицала су брачну способност са двадесетпет година, у Великом војводству са двадесетдве године за мушкарца и осамнаест година за жену. Закон за Немачку царевину од 6 фебруара 1875. године одредио је за мушкарца двадесету а за жену шеснаесту годину.¹⁹

Француско право за време револуције (Декрет од 20. септембра 1790. године) одредило је за стицање брачне способности мушкарца петнаесту а жене тринаесту годину. Сагласност родитеља за склапање брака била је потребна само до пунолетства.²⁰

По пројекту Код цивил-а брачну способност стицао је мушкарац са четрнаест а жена са тринаест година. Међутим, због противљења Наполеона, који је, као што је познато, активно учествовао у доношењу овог закона, те године као исувише ниске нису биле прихваћене.²¹

Међутим, сам Код цивил који је одредио године за стицање брачне способности малолетних лица, захтевао је у свом чл. 151 да и пунолетна лица морају имати сагласност родитеља за ступање у брак. Тако се за мушкарца ова сагласност захтевала до двадесетпете године а за жену до двадесетпрве године.²² Порталис, један од редактора закона, оправдавао је ту концепцију разлозима да закључење брака претставља један од најкрупнијих корака у животу сваке особе и да добро постављеног брака зависи успех, лични мир и срећа сваког појединца а тиме и просперитет друштва. Због тога је консултовање нај-

интимнијих неопходно. Осим тога, брак се видно одражава и на породицу из које супрузи потичу те у склапању брака морају учествовати и родитељи супруга чији морални а и материјални интереси могу бити повређени склапањем тог брака.²³

Ова концепција о сагласности родитеља за склапање брака пунолетних лица била је прихваћена у италијанском, холандском и белгиском праву.²⁴ У јапанском праву ова сагласност захтевала се за мушкарце до тридесете а за жену до двадесетпете године.²⁵

Међутим, треба приметити да је ова одредба Код цивил-а била оштро критикувана у самој Француској у другој половини XIX века²⁶ тако да је 27. априла 1906. године донет закон којим је измењен чл. 148. По том закону, како се истиче у мотивима, напушта се апсолутни карактер очинске власти и она се подводи под контролу државе. Због тога за склапање брака тражи се сагласност родитеља само до пунолетства.²⁷

Аустријски грађански законик из 1811. године, односно Општи грађански законик, одредио је за стицање посебне брачне способности четрнаесту годину за оба пола.

У Царској Русији указом од 19 јула 1830. године, односно 23 децембра 1833. године брачна способност мушкараца одређивала се са осамнаест а жене са шеснаест година.²⁸

Српски грађански законик из 1844. године одредио је за стицање брачне способности седамнаесту годину за мушкарца и петнаесту годину за жену. Истовремено овај законик је допуштао диспензацију до петнаесте године за мушкарца и до тринаесте године за жену.²⁹

Одлуком Атинског синода од 30. октобра 1849. године право грчке цркве одредило је за стицање посебне брачне способности осамнаесту годину за мушкарца и четрнаесту за жену.³⁰

Мађарски закон из 1894. године прихватио је за стицање ове способности осамнаесту годину за мушкарца и шеснаесту годину за жену.³¹ Међутим, пре овог закона мађарско право ослањало се на дванаесту годину за оба пола.³²

У предатном бугарском праву посебну брачну способност стицао је мушкарац са деветнаест а жена са седамнаест година.³³

У бразилијском праву, до доношења грађанског закона из 1916. године, мушкарац је стицао брачну способност са шеснаест а жена са четрнаест година.³⁴

Брачни правилник српске православне цркве одредио је брачну способност мушкараца са осамнаест година а жене са шеснаест година (чл. 13). Истовремено овај Правилник допуштао је диспензацију за мушкарце до шеснаесте и жене до четрнаесте године (чл. 12).

Предоснова грађанског законика, као и Српски грађански законик, одредила је брачну способност мушкараца са седамнаест а жене са петнаест година.³⁵

Шаријатско право у овом погледу заузима посебно место.³⁶ Та се посебност огледа у томе што шеријатско право, пре свега, спада у групу права која одређују најниже године за стицање брачне способности.³⁷ По том праву брачна способност се одређује са петнаест година за оба пола, али се од тих година догушта диспенсација и то за мушкарца до дванаесте године а за жену до девете године. С друге стране шеријатско право напушта принцип да је брак строго лична веза те дозвољава најближим сродницима малолетног лица да склопе брак у његово име као законски заступници. То се оправдава чисто правним разлозима да малолетна лица немају потребну вољу за склапање брака.³⁸

2. САВРЕМЕНО ПРАВО

ВАРИЈАНТЕ У ОДРЕЂИВАЊУ БРАЧНЕ СПОСОБНОСТИ

Савремена законодавства у погледу услова за стицање брачне способности могу се поделити у три групе. По првој групи малолетна лица не могу ступити у брак, тј. брачна способност у тим законодавствима изједначаје се са општом пословном способношћу, по другој групи само један супруг, и то жена, може бити малолетан, и по трећој групи оба брачна друга могу бити малолетна лица, тј. брачна способност у тим законодавствима издваја се из опште пословне способности за склапање брака.

а. ОТСУСТВО ПОСЕБНЕ БРАЧНЕ СПОСОБНОСТИ

У ову групу законодавства, тј. групу у којој малолетна лица не могу склопити брак, спадају Грађански Кодекс РСФСР-а и Грађански Кодекс БССР-а. Брачна способност по тим кодексима одређена је са осамнаест година за оба пола (Кодексзакон о браку, семје и опеке — чл. 5). Пунолетство по Грађанском Кодексу РСФСР-а, стиче се са осамнаест година, што значи да се брачна способност по овим кодексима поклапа са општом пословном способношћу. Одступања од овог принципа постоје у републикама Украјини, Грузији, Јерменији, Молдавији, Ајзербајџану, Узбескају, Турменској и Точинској, где се брачна способност за жену одређује две године пре пунолетства, тј. са шеснаест година.³⁹

ОПРАВДАЊЕ ОВЕ КОНЦЕПЦИЈЕ. Схватање да не треба признати посебну брачну способност малолетним лицима правда се на више начина: на првом месту истичу се етички разлози, затим биолошки и коначно правни разлози.

Етички разлози. Према заступницима овог схватања (Ф. Лоран, Г. М. Свердлов) брак је једна етичка заједница. Сексуална страна брака не претставља његову одлучујућу компоненту. Садржина брака је много дубља и значајнија од искључиве оцене способности супруга да остваре сексуалну заједницу пошто је брак трајна веза не само тела већ и духа. Због тога да би брак могао да оствари своје шире друштвене циљеве и да би постао прва васпитна установа

нових генерација, он захтева комплетне супруге, комплетне у етичком и интелектуалном погледу. С тога се намеће питање: како се може очекивати од једне девојчице од петнаест година да поседује те духовне квалитете иако је сексуално сазрела, како се може рачунати да ће она бити у стању да схвати суштину брака, да нађе заједнички језик са својим супругом кога не може да разуме и да са пуно одговорности прими на себе брачне и породичне обавезе чији домаћај не може да оцени? Од малолетних супруга не може се очекивати да васпитавају и подижу друге када се њихов процес васпитања и подизања није завршио. Рачунати да ће супрузи током брака допунити своју моралну и интелектуалну личност више је него илузорно. У томе ће их онемогућити деца која највише, материјалне бриге и остале тешкоће као и задовољства која живот са собом доноси. Међутим, неформирани особе могу дати још мање формирано поколење. А од тога могу имати штете не само брак и породица малолетних супруга већ и друштво као целина.⁴⁰

Биолошки разлози. Бракови малолетних лица доводе до популационе дегенерације. Од биолошки незрелих особа без обзира што су достигли пубертет, не могу се очекивати здрави нараштаји. Велики број смртности деце која потичу из малолетничких бракова су најбоља потврда ових навода. Истовремено, малолетнички бракови утичу биолошки негативно и на саме супружнике. Жена се исувише рано излаже напорима рађања и подизања деце, што доводи до опадања њених животних способности. Међутим, држава мора водити рачуна о установи брака и поставити је на такве темеље како би била у стању да послужи националним потребама а посебно потребама очувања и јачања расе.⁴¹

Правни разлози. За брак се тврди да је установа и уговор којим се та установа ствара. За закључење уговора који се заснивају на каузи тражи се општа пословна способност уговорних страна. Ако ту способност не поседују заступаће их при склапању тог правног посла законски заступници. Међутим, за склапање уговора о браку, по већини законодаваца, не тражи се општа пословна способност. Довољно је да су будући брачни другови достигли пубертет. На тај начин, иако се то свакако није хтело, даје се већа важност једном обичном, свакодневном уговору о купопродаји од уговора о браку. Осим тога, пошто је брак једна строго лична заједница, то при његовом закључењу није допуштена интервенција законског заступника која би надоместила недостатак правно потребне воље малолетних лица. Због тога се склапању оваквих бракова противе и правни разлози о недостатку опште пословне способности малолетних лица, односно потреба заштите њихових интереса.⁴²

6. ЈЕДНОСТРАНА ПОСЕБНА БРАЧНА СПОСОБНОСТ

У ову групу законодавства, тј. у групу у којој само жена може бити малолетна спада право Демократске Републике

Немачке.⁴³ По том праву брачна способност мушкарца одређена је са осамнаест година, када се стиче и општа пословна способност, а жене са шеснаест година.⁴⁴

ОПРАВДАЊЕ ОВЕ КОНЦЕПЦИЈЕ. Према овом схватању услови за стицање брачне способности не настају истовремено код оба пола. За жену, по самој природи, они настају пре одређених услова за стицање опште пословне способности. Осим тога,⁴⁵ мушкарац који је глава породице и особа на коју пада главни терет издржавања породице, треба да буде пословно способно лице како би ту обавезу могао да изврши.⁴⁷

в. ПОТПУНА ПОСЕБНА БРАЧНА СПОСОБНОСТ

У ову групу законодавства, тј. у групу у којој оба брачна друга могу бити малолетна, спада француско право. По чл. 144. Код цивиља брачна способност мушкарца одређена је са осамнаест а жена са петнаест година. У нарочито оправданим случајевима (пур мотив грав) даје се диспензација и за особе млађе од ових година (арт. 145). Доња граница за ову диспензацију није дата. Међутим, према упутству од 22. априла 1832. године доња граница за мушкарца одређена је са седамнаест година а жене са четрнаест година.⁴⁸ Но треба приметити да се савремени француски аутори не позивају на ово упутство. С друге стране ти исти аутори су склони да принцип диспензације вежу само за стицање посебне брачне способности жене. Дозволу за склапање брака испод законом одређених минималних година даје председник републике.⁴⁹

У ову групу законодавства спада и наше право.⁵⁰ По чл. 23 Основног закона о браку брачна способност одређена је са осамнаест година за оба пола. Међутим, у ставу другом овог законског прописа допушта се склапање брака, по одобрењу среског суда, и особама млађим од осамнаест година ако за то постоје оправдани разлози.⁵¹ Основни закон о браку не одређује доњу границу за ову диспензацију. Међутим, према упутству Савезног врховног суда од 22. марта 1949. године ова доња граница је одређена са четрнаест година за оба пола.⁵² Иако ово упутство није обавезно за ниже судове⁵³ није нам познат ни један случај да се нижи судови нису придржавали овог упутства.

ОПРАВДАВАЊЕ ОВЕ КОНЦЕПЦИЈЕ. Малолетнички бракови, а то треба одмах подвући, нису друштвени идеал. Нико данас не тврди да те бракове треба фаворизовати и давати им посебан значај. Штетне последице оваквих бракова су опште познате и инсистирати на томе је непотребно. Међутим, заснивање малолетничких ванбрачних заједница је чињеница која се не може порећи а још мање спречити. Рађање деце из оваквих заједница је исто тако чињеница која, да би ствар била још и тежа, измиче свакој могућој друштвеној контроли. Деца из оваквих заједница, ако нису предмет чедоморства, препуштена су једној несретној судбини. Суочена са оваквим чињеницама заједница је принуђена да иза-

бере од два зла оно које је мање. Допуштајући бракове малолетника држава је само хтела да ове ванбрачне заједнице малолетника подвргне контроли и да пружи боље услове за развој деце рођене из тих заједница. Према томе, малолетнички бракови нису сами себи сврха, већ само покушај да се ублаже штетне последице малолетничких ванбрачних заједница. Отуда спречавање ових бракова, њихово априорно одбацавање само зато што сусупрузи малолетне особе без анализе сваког случаја посебно, довело би до повећања ванбрачних заједница малолетних лица. На тај начин постигли би супротан ефекат од онога коме смо тежили.⁵¹

С друге стране малолетнички бракови не морају довести до популационе дегенерације. Приликом давања дозволе за склапање брака врши се стручна оцена биолошке и психичке зрелости будућих брачних другова. Дозвола за склапање брака не даје се особама које не поседују потребне квалитете за остварење циља брака. Према томе, бракови малолетника су само изузетна појава и то изузетна у том смислу што се малолетни супрузи разликују од других пословно неспособних лица, те се по својим личним особинама приближавају или потпуно изједначају на лицима која поседују општу пословну способност. На тај начин малолетнички брак је уствари законом уређена заједница живота особа супротних полова које само формално не поседују општу пословну способност иако у себи објективно носе основне претпоставке за стицање те способности.⁵⁵ У истим овим разлозима лежи и објашњење способности ових лица за склапање уговора о браку. У питању је посебна пословна способност малолетних лица за склапање брака а та способност је резултат субјективне оцене потребних објективних квалитета које будући супрузи поседују. Због тога, признање способности малолетним лицима за склапање брака није у супротности са правним разлозима, нити значи давање веће важности уговору о купопродаји од уговора о браку. У питању је само различит метод у оцењивању уговорне способности странака у оба ова случаја (квантитативни, односно конкретни метод) а циљеви су истоветни. У тој светлости бракова малолетних лица, иако су друштвено непожељни, имају своје друштвено оправдање и свој етички и правни смисао.

Што се тиче концепције да један супруг и то муж треба да буде пословно способан, она се не може прихватити. Основна идеја те концепције заснива се на једној недоследности у одређивању претпоставки за стицање брачне способности. За мушкарца те су претпоставке комплексно дате што одговара самој суштини установе брака, док су за жену одређене углавном достигнутим пубертетом у његовој развијенијој фази. Међутим, да би брак могао да оствари своје циљеве захтева се да су оба супруга физички и духовно комплетне особе. Због тога мерило за оба малолетна супруга мора бити једнак. С друге стране, ово схватање носи у себи и елементе патријархалне концепције о браку а која је за наше време превазиђена.

Треба применити да у оквиру ове концепције постоји и схватање да одлучујућу претпоставку у стицању посебне брачне способности малолетника претставља достигнут пубертет. Шта више брачна зрелост се изједначава са полном зрелошћу. Због тога се тврди да је услов за склапање брака одређен захтевима природе а не разлозима друштвене целисходности. Пубертет је тесно зависан од географских услова те варира код сваког народа посебно. Законски пубертет, који је обележен одређеним узрастом, захтева веће године за стицање брачне способности у северним областима земље него у топлијим географским подручјима. Та чињеница нашла је свој практични израз и у законодавству тих земаља.⁵⁶

Међутим, ово схватање се не може прихватити. Установа брака је један комплексан појам у коме је сексуална страна само један од његових компоненти. Етички, психолошки и остали моменти су подједнако важни као и сексуални моменат. Будући супрузи морају бити душевно развијени како би били у стању да схвате природу корака који предузимају. И не само то: они морају поседовати и одређен степен зрелости и осећај одговорности за решавање целог низа проблема које брачни живот са собом доноси. Због тога је погрешно рећи да је брачна способност малолетника одређена полном способношћу.

Што се тиче географског фактора он се и овом приликом показао као недогољан. У разматрању комисије за правни положај жене у оквиру Уједињених нација која је радила на нацрту конвенције о годинама старости за закључење брака истиче се да географски и климатски услови не морају да играју одлучујућу улогу.⁵⁷ Ово нарочито због тога што је географски фактор у пракси често негиран. Тако финско и турско право одређују једнаке године за стицање брачне способности (осамнаест и седамнаест година) иако Финска и Турска имају различит географски положај. Грчко право има веће године (осамнаест и шеснаест) за стицање брачне способности од пољског права (шеснаест година за оба пола). Швајцарска је држава средње Европе али су године за стицање брачне способности у праву те државе веће него у финском праву (двадесет и осамнаест). Шпанија и Португалија су суседне државе као и Француска и Италија али су године за стицање брачне способности у правима тих држава различито одређене. Канонско право, које је својевремено важило у многим државама са потпуно различитим географским положајем, довело је својим једнообразним годинама географски фактор до апсурда. И овом приликом морамо указати на права подељене Немачке и Вијетнама у којима су годинама за стицање брачне способности различито одређене иако је у питању један исти народ.

3. НАШЕ ПРАВО ДЕ ЛЕГЕ ФЕРЕНДА

У вези са посебном брачном способношћу малолетних лица постављају се још два питања која ћемо повезати за захтевима нашег права.

По нашем законодавству брак малолетних лица је допуштен. Разлоге за оправдање посебне брачне способности малолетних лица смо напред навели те се на њих више нећемо враћати.

Међутим, поставља се питање да ли су године за стицање брачне способности у нашем праву добро одабране и да ли одсуство разлике у годинама будућих супружника треба и де леге ференда прихватити?

Осврт на упоредно право, у вези са првим питањем, показује нам да се данас године за стицање брачне способности мушкарца крећу између четрнаесте и двадесет прве. У том размаку све су године заступљене осим деветнаесте.⁵⁸ Највећи број законодавстава узима осамнаесту годину, затим долази четрнаеста и за њом шеснаеста година. Остале године су мање заступљене.

Године брачне способности за жену у савременом праву крећу се у размаку од дванаесте до осамнаесте године. Све године у овом распону осим тринаесте су заступљене.⁵⁹ Највећи број законодавстава узима шеснаесту годину, затим долази четрнаеста а за њом дванаеста година. Интересантно је приметити да ни осамнаеста година у овом погледу не заузима споредно место.

Према томе, ако би се ослонили само на цифарске податке испало би да су најбоље године за стицање посебне брачне способности малолетника осамнаеста за мушкарца и шеснаеста за жену.

У вези са другим питањем, тј. о односу година између полова, појавила су се у упоредном праву два схватања. По првом посебна брачна способност малолетних лица не одређује се једнако за мушкарца и жену.⁶⁰ То се оправдава тиме да жена раније сазрева од мушкарца,⁶¹ те да године њене брачне способности морају бити ниже. Разлика у годинама је резултат ових природних потреба а не правних разлога о неравноправности полова.⁶²

По другом схватању године за стицање брачне способности малолетних супруга морају бити једнаке.⁶³ За установу брака није одлучујући моменат раније сексуално сазревање једног од супруга већ њихова духовна развијеност. У том погледу не постоји разлика између полова с обзиром да су будући брачни другови изложени, мање-више, истим друштвеним, педагошким и другим утицајима који одређују њихов духовни профил. То се најбоље види из чињенице да се не прави разлика између полова у погледу година за стицање опште пословне способности. Због тога, разлика која се чини у погледу година за стицање брачне способности није оправдана.⁶⁴

Што се тиче нашег права у припремама за измену и допуну Основног закона о браку посебна брачна способност малолетних лица одређена је са седамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену (чл. 14 ст. 2 Нацрта). Међутим, по мишљењу Др. Димитра Поп Георгијева ове године одређене Нацртом су превисоке. По њему живот ће наметнути и такве случајеве када треба одобрити склапање брака особама

млађим од година назначених у Нацрту, јер то налажу озбиљни разлози (трудноћа и друго) а томе се не противи физичка и душевна развијеност једног или оба Брачна друга. Због тога Др. Георгијев сматра да би за наше право била „најцели сходнија класична граница од четрнаест година за жену и шеснаест за мушкарца.⁶⁵

По предлогу Др. Ане Прокоп⁶⁶ брачну способност мушкарца треба одредити између осамнаесте и двадесете године а за жену између шеснаесте и осамнаесте, јер се тада за њих завршава пубертет.⁶⁷ Међутим, по нашем мишљењу овај предлог Др. Ане Прокоп не може се прихватити. Он би пре свега захтевао да се евентуално измене године за стицање опште пословне способности што се не може уважити, а затим да се напусти концепција о брачној способности малолетних лица или да се прихвати концепција да мушкарац мора бити пунолетан. Но како смо напред видели, обе те концепције не могу се претпоставити концепцији о посебној брачној способности малолетних лица.

У оцени овог питања нама се чини да би за наше право де леге феранда шеснаеста година за оба пола била најпогоднија.⁶⁸ Према резултату до кога је дошао већи део наше судске праксе показало се да малолетници испод шеснаест година не поседују све потребне квалитете који се траже за стицање брачне способности. Ти квалитети почињу да се уочавају тек код особа старијих од шеснаест година.⁶⁹ У овом погледу живот није намегао потребу да се направи разлика у годинама за жену која би оправдала њено раније стицање брачне способности од мушкарца. Ово се нарочито односи на жену која живи у граду, док се на селу ово питање мање поставља пошто су жене са села обично старије кад се удају за малолетног мушкарца.

Б. ПОСЕБНА БРАЧНА СПОСОБНОСТ ЛИЦА ДЕЛИМИЧНО ЛИШЕНИ ОПШТЕ ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ

Пунолетна лица могу бити делимично лишена опште пословне способности због слабоумности, расипништва, претеране употребе алкохола и уживања опојних дрога. Оваква лица у погледу своје пословне способности изједначају се са старијим (разумним) малолетницима што практично значи да могу лично предузимати правне акте уз претходно одобрење или накнадну сагласност законског заступника.

Поставља се питање да ли лица делимично лишена опште пословне способности могу склопити брак, односно да ли се овим лицима може признати посебна пословна способност за склапање брака?

Одговор на ово питање је потврдан. С тим у вези треба напоменути да се у енглеској доктрини истиче да за стицање посебне брачне способности није потребно поседовати неко високо разумевање суштине и циља брака. Довољно је поседовати способност да се схвате последице својих поступака. Због

тога лица делимично лишена опште пословне способности могу склопити брак.⁷⁰ Међутим, ове поставке енглеске доктрине могу довести до различитих закључака. Ако се тиме хтело рећи да се за стицање посебне брачне способности од стране лица ограничено пословно способних не може тражити више него што се тражи од лица која поседују општу пословну способност онда су ови наводи тачни али и сувишни јер се то по себи разуме. Једно „високо схватање” циља и суштине брака је захтев који и код лица опште пословно способних не претстављају правило. С друге стране, ако се тиме хтело рећи да и лица ограничено пословно способна могу склопити брак јер се услови за стицање брачне способности могу лакше достићи, онда су ти наводи нетачни. Како смо то већ напред истакли посебна пословна способност за стицање брачне способности није изузетак од опште пословне способности, нити претставља напуштање њених захтева, већ само значи констатовање постојање брачне способности и код лица која само због недовољних година нису још стекла општу пословну способност или која су ту способност из сасвим других разлога делимично изгубила. Тако лица делимично лишена опште пословне способности не могу самосталним радњама располагати својом имовином јер такво располагање угрожава њихову сопствену личност или материјални опстанак њихове породице. Међутим ван имовинске сфере ова лица, пошто су способна да схвате последице својих поступака, могу самостално иступати. Заступање у пословима превасходно личним као што је склапање брака није допуштено, јер се то противи природи тог акта. Због тога лица делимично лишена опште пословне способности могу самостално закључити брак.

Још се у римском праву истицало да су расипници способни да склопе брак.⁷¹ У Француском праву то се подвлачи за слабоумна лица и расипнике.⁷² Исти је случај и у белгичком праву.⁷³ У пољском праву се истиче да су расипници, затим лица која претерано уживају алкохол и токсикомани способни да закључе брак.⁷⁴ То се истиче и у шеријатском праву.⁷⁵ У енглеском праву се подвлачи да су лица која претерано уживају алкохол (хеви дринкинг) способни да закључе брак.⁷⁶ Што се тиче расипника за њих се то питање и не поставља јер енглеско право не познаје ову установу.

Међутим, у аустријском праву лица која су ограничено пословно способна због слабоумности немају посебну пословну способност за склапање брака. Таквим лицима за ступање у брак потребно је одобрење законског заступника и суда.⁷⁷

По Грчком грађанском законнику (чл.1351) лица ограничено пословно способна не могу склопити брак. За све правне акте које ова лица предузимају потребно је одобрење законског заступника. Међутим, установа брака противи се било каквом облику заступања.⁷⁸

У нашој доктрини прихвата се схватање да лица делимично лишена опште пословне способности могу закључити брак. То се оправдава тиме да је основ посебне брачне способности по-

седовање урачунљивости, односно способности за расуђивање. По неким ауторима посебну брачну способност могу имати само расипници,⁷⁹ а по другим и остала лица делимично лишена опште пословне способности.⁸⁰

По нашем мишљењу, пошто се ради о ограниченој пословној способности истог квалитета без обзира на узрок који је изазива, и с обзиром на природу брака који се противи уставно-ви законског заступништва, сва лица ограничено пословно способна поседују посебну пословну способност за склапање брака.

В. ПОСЕБНА БРАЧНА СПОСОБНОСТ ЛИЦА ПОСЛОВНО НЕСПОСОБНОСТИ

Малолетна лица која не поседују посебну пословну способност за склапање брака, дакле која су пословно неспособна, не могу склопити пуноважан брак. О томе је напред било речи.

Међутим, поставља се питање да ли умно оболела лица, која су лишена опште пословне способности, могу имати посебну пословну способност за склапање брака?

У извесним правима на ово питање, под одређеним условима, даје се потврдан одговор.

Такав је случај у пољском праву. Према схватању које је преовладало доношењем Породичног законика (чл. 9 ст. 1) све душевне болести не искључују остварење циља брака, нити имају штетног утицаја на потомство. Због тога, приликом склапања брака треба водити рачуна о природи болести. С друге стране ако душевна болест доведе до поремећаја брачне заједнице брак се може развести по одредби чл. 29 ст. 1 Породичног законика.⁸¹

Исти је случај и у шеријатском праву.⁸² На тој идеји заснивало се и старо брачно право српске православне цркве.⁸³

Ово схватање оправдава се на више начина. Пре свега се истичу разлози који се везују за појам личне слободе. Не треба ограничавати слободу нити стварати препреке особи која жели да склопи брак са лицем за које зна да је умно оболело. Осим тога било би супротно етичким и хуманим обзирима не дозволити здравом супругу да се склапањем брака посвети свом будућем супругу и да му пружи потребну негу. „Здрави супруг ће помагати слабоумном у животу и тиме му само живот олакшати”, пише др. Никодим Милаш.⁸⁴ Стога треба омогућити особи која жели да се жртвује за другог да то и учини нарочито онда ако се због природе болести не вређају друштвени интереси. Мотиви који ту особу наводе на предузимање овог корака не могу бити предмет наше пажње ако они објективно значе показивање пуне брине према душевно оболелој особи.

По другим законодавствима, која се заснивају на овој концепцији, умно оболелим лицима признаје се способност за склапање брака али је такав брак релативно ништав. То пра-

клично значи да ће такав брак бити пуноважан ако здрави супруг не постави захтев за његово поништење. Брак је првенствено приватна ствар супружника те се интервенција државе, с обзиром на наведене аргументе, сматра неопортуном. На овом становишту заснива се Српски грађански законик (чл. 74 и чл. 93,⁸⁵ Аустријски грађански законик (чл. 94)⁸⁶ и Бразилијански грађански законик (чл. 209).⁸⁷

Међутим, у већини законодавстава не прихвата се ово становиште ни у првој ни у другој својој варијанти.⁸⁸ То је став и нашег Основног закона о браку. Лицима пословно неспособним не признаје се посебна пословна способност за склапање брака (чл. 19).

То схватање, које и ми прихватамо, правда се: а) разлозима правне природе и б) разлозима који одређују друштвени циљ установе брака.

а. Као што смо већ истакли брак се сматра породично-правним уговором којим се заснива једна правна установа. Због тога је за склапање тог уговора потребно поседовати способност за самостално изјављивање воље. Међутим, лица умно оболела немају ову способност а ни ову вољу.⁸⁹ Осим тога установа опште пословне способности има за циљ да заштити душевно болесно лице од његове душевне инфериорности, те отсуство признања оваквим особама посебне пословне способности за склапање брака резултат је потреба да се спречи могућност да оне буду жртве преваре или предмет материјалног искоришћавања.⁹⁰

б. Друштво је непосредно и живо заинтересовано, због улоге коју брак и породица имају у стварању чврстог и срећеног друштвеног организма, да установа брака буде што стабилнија и да развод брака постане што је могуће ређа појава. Међутим, брак који склапа душевно оболело лице унапред је доведен у питање³. Супружници у таквом браку не могу да успоставе духовни контакт. Умоболни супруг није у стању да схвати природу и значај установе брака и обавезе које из ње настају, нити је у стању да те обавезе изврши.⁹¹ Њихова заједница, ако се тако може рећи, представља један психички монизам. Због тога је овако склопљен брак једна противречност у свом појму, једна негација његове суштинце, једна заједница без стварне заједнице. С друге стране ако би се такав брак и одржао он не би представљао повољну духовну климу за развој потомства и самих супружника.⁹² Жртвовање једног супруга може бити оправдано са гледишта његове савести али не и са становишта друштвене целисходности. Држава жели да види у браку једну нормалну, здраву заједницу у којој су потпуно ангажовани обострани напори супруга за стварање што је могуће повољних услова за хармоничан развитак потомства. Осим тога постоји и оправдана бојазан да брак у коме је један супруг душевно болестан може довести до рађања психички дефектне деце.⁹³ На тај начин брак би одиграо са гледишта друштвених интереса супротну улогу од оне која му је одређена.

Уместо да ствара здрава и снажна поколења брак би био један од узрочника популционе дегенерације. Због тога, имајући у виду и ове еугеничке разлоге, душевно оболелим лицима не може се признати посебна пословна способност за склапање брака.

RÉSUMÉ

Le problème de la capacité d'action trouve aussi sa place dans le droit conjugal. Comme le mariage est un contrat sur lequel est basée cette institution, pour contracter le mariage la capacité des époux pour entreprendre individuellement des actes juridiques, est nécessaire. La capacité générale d'action est la condition fondamentale pour le traitement de la volonté des époux de la former cette union.

Dans le mécanisme-même de ce problème, une question se pose: les personnes ne possédant pas la capacité spéciale et générale peuvent-elles par leurs actes individuels juridiques contracter l'union conjugale? La réponse à cette question est affirmative. Les personnes qui ne possèdent pas la capacité générale d'action peuvent par déclaration de leur volonté, donnée indépendamment, contracter l'union conjugale en tant qu'elles possèdent la capacité d'action spéciale dans le domaine du droit conjugal.

Les mineurs capables de raisonnement jouissent avant tout d'une capacité spéciale pour contracter le mariage. D'après la loi Yougoslave ce sont les personnes âgées de plus de 14 et de moins de 18 ans. Cependant au cours de l'histoire et dans le droit comparé une supposition objective de la capacité spéciale conjugale n'a jamais été fixée de la même façon. Dans le droit romain la capacité spéciale conjugale s'acquerrait avec la puberté et encore faisait on une différence en cela entre les sexes. Au cours de l'histoire tous les âges, à partir de la 12^e année jusqu'à la vingt et unième présentaient l'âge nécessaire pour l'obtention de la capacité conjugale. Seule, la loi musulmane prenait déjà la 9^e année comme l'âge de l'obtention de la capacité conjugale pour la femme. D'après certaines lois, la capacité d'action n'était pas suffisante pour l'obtention de la capacité conjugale. On exigeait le consentement des parents même pour l'union conjugale des personnes majeures. Cela se justifiait par la nécessité de maintenir la renommée familiale, la solidarité de la famille et le bonheur personnel des époux. Il en était de même dans le droit français et japonais.

Il est à remarquer que la capacité spéciale conjugale des mineurs a aussi ses adversaires. D'après eux, à cette capacité spéciale conjugale s'opposent des raisons biologiques, éthiques et juridiques. Pourtant ces raisons ne peuvent être acceptées.

Il existe une opinion d'après laquelle la capacité individuelle conjugale des époux doit être obtenue à différents âges, étant donné que la femme devient mûre plus tôt que l'homme. Cependant cette opinion ne pourrait être soutenue, car la capacité conjugale fondamentale n'est pas basée sur la maturité des sexes, mais sur le développement mental suffisant des époux, qui leur permet de prendre au sérieux la nature de cette union et tion par suite de maladie mentale. D'après le droit musulman et l'ancienne loi conjugale de l'église orthodoxe serbe, il faudrait reconnaître aux personnes malades d'une maladie mentale la capacité spéciale conjugale pour qu'elles puissent contracter le mariage avec des personnes disposées à se consacrer à leur guérison et leur soin.

Cette opinion pourtant ne peut être acceptée. Le mariage étant la base-même de la société, aussi l'Etat est-il intéressé à la formation d'une union conjugale saine et forte. Le mariage dans lequel un seul époux est capable de comprendre la nature des obligations conjugales et qui est capable de les remplir, ne constitue pas une union mais une forme de monisme psychique. Le sacrifice d'un époux doit être justifié du point de vue de sa conscience et non pas du point de vue de son opportunité sociale. De cette union peuvent naître les

enfants avec des défauts mentaux. C'est pourquoi les mariages des personnes mentalement malades s'opposent aux raisons eugéniques et sociales. C'est la raison pour laquelle on ne peut pas reconnaître la capacité spéciale conjugale aux personnes mentalement malades.

1) M. Planiol, G. Ripert' A. Ruast, *Traité pratique de droit civil français*, Tome deuxième, La famille, Paris 1952 g. str. 57-59; A. Colin H. Capitant et Léon Julliot de la Morandiere, *Traité de droit civil*, Tome premier, Paris 1953 g. str. 309; René Savatier, *Cours de droit civil*, Tome premier, Paris 1947 g. str. 91; Henri, Léon et Jean Mazeud, *Leçon de droit civil*, Tome premier, Paris 1955 g. str. 286-287; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, Tome premier, Paris 1956 g. str. 438; Pierre Voirin, *Manuel de droit civil*, Tome premier, Capacité, Paris 1957 g. str. 22; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, Tome premier, Paris 1956 g. str. 532-541; Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* Tome premier, Paris 1925 g. str. 243-249; Edward Jenks, *English civil Law*, vol. II London 1947 g. str. 1007; Jack Hamawi, *Family Law*, London 1953 g. str. 5; Earl Lomon Koos, *Marriage*, New York, 1925 g. str. 27-32 Др. Милан Бартош, *Основи приватног права*, Београд 1936 г. стр. 223; Др. Славко Стојковић, *Основи грађанског права*, Београд 1940 г. стр. 25; Др. Михаило Константиновић *Правна дејства веридбе*, *Анали правног факултета у Београду* из 1954 г. стр. 318-319; Др. Живомир Ђорђевић и Др. Војислав Бакић, *Основи имовинског и породичног права*, Београд 1959 г. стр. 281.

2) У неким правима поставља се питање и посебне пословне способности малолетних лица за склапање веридбе. Исти је случај и у доктрини Српског грађанског законика. Према мишљењу Др. Лазара Марковића ово питање је од значаја са обзиром да може доћи до одговорности за накнаду штете за случај неоправданог раскида веридбе. Због тога је малолетнику за склапање веридбе, пошто је по њему веридба правни посао, потребно одобрење његовог законског заступника. Видети: Др. Лазар Марковић, *Веридба или заручење*, *Архив за правне и друштвене науке*, књига четрнаеста из 1913 год. стр. 171-172.

У нашем праву је спорно да ли установа веридбе постоји. Према мишљењу које ми заступамо (истог је схватање Савезни врховни суд, Др. М. Милић и Др. Б. Ајзнер) веридба у нашем праву не постоји као правна установа те се ово питање за наше право и не поставља. (О овоме видети ближе наш рад: *Постоји ли веридба у нашем праву*, *Гласник АП Војводине бр. 7 из 1956 г.*) Супротно схватање заступају Др. Михаило Константиновић и Др. Мехмед Беговић. Видети: наведено дело, *Анали* из 1956 г. стр. 318; *Породично право*, Београд 1957 г. стр. 23-25.

Међутим, треба приметити да се у последњем нацрту нашег закона о браку предвиђа установа веридбе. О овоме видети ближе и: Др. Димитар Поп Георгијевић, *Семејно право на ФНРЈ*, Скопје 1959 г. стр. 22-23.

3. Albert Vajs, *Основи опште историје државе и права*, Први део, Београд 1959 г. стр. 101; *Fistel de Kulanž*, *Античка држава*, Београд 1956 г. стр. 96; Др. Константин Бастајић, *Опћа историја државе и права*, Загреб 1958 г. стр. 148.

4. Henri, Léon, et Jean Mazeud. наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 730. G Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 544; *Fistel de Kulanž*, наведено дело, Београд 1956 г. стр. 66; Др. Маријан Хорват, *Римско право*, Загреб 1958 г. стр. 106; Др. Драгомир Стојчевић, *Римско право*, први део, Београд 1947 г. стр. 123; Др. Иво Пухан, *Римско право*, *Свеска друга*, први део, Скопје 1956 г. стр. 66.

5. G. Baudry-Lacantinerie, *Precis de droit civil*, Tome premier, Paris 1882 г. стр. 248; Henri, Léon et Jean Mazeud, наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 730; G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први Paris 1956 г. стр. 544; F. Laurent, *Droit civil international*, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 552; Др. Лазар Марковић, *Породично право*, Београд 1920 г. стр. 23; Др. Маријан Хорват, наведено дело, Загреб 1958 г. стр. 91; Др. Драгољуб Аранђеловић, *Предавања из римског права*, Београд 1938 г. стр. 277; *Живко Милосављевић*, *Римско приватно право*, књига прва, Београд 1899 г. стр. 186; Gaston May, *Eléments de droit Romain*, Paris 1927 г. стр. 118-119.

Касније је и Грчко право прихватило ове године. Видети: Н. Капетановић, *Брак*, *Бранич* из 1887 г. стр. 193.

6. Henri Léon et Jean Mazeud, наведено дело, Paris 1955 г. стр. 762

7. F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 551
Henri, Léon et Jean Mazeaud, наведено дело, Paris 1955 г. стр. 730.

8) G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, дом први, Paris 1956 г. стр. 541; Др. Сергије Троицки, Хришћанска филозофија брака, Београд 1934 г.

9) Henri, Léon et Jean Mazeaud, наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 762-763; G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 541; F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 561

10) Др. Никодим Милаш, Православно црквено право, Београд 1926 г. стр. 618

11) Др. Валтазар Богишић, Главније црте породичног писаног права у старом Дубровнику, Правни чланци и расправе, Београд 1927 г. стр. 140-141

12) Др. Валтазар Богишић, наведено дело, Београд 1927 г. стр. 145

13) Др. Валтазар Богишић, наведено дело, Београд 1927 г. стр. 142

14) Објашњење ове појаве која без сумње заслужује пажњу захтева посебну обраду. Међутим, на овом месту тим питањем се не можемо бавити.

15) Др. Теодор Тарановски, Историја српског права у Неманићкој држави, III део, Историја грађанског права, Београд 1935 г. стр. 6-7

16) Henri, Léon et Jean Mazeaud, наведено делом, том први, Paris 1955 год. стр. 164; René Savatier, наведено дело, том први, Paris 1947 г. стр. 95; F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 581.

17) Crispin Warmington, Stephens' s comentaries of Laws of England, volume II London 1950 г. стр. 430; Edward Jenks, наведено дело, том други, London 1947 г. стр. 1011 и 1026; Jack Hamawi, наведено дело, London 1953 год., стр. 4; F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 572

18) F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 552
Живојин Перић, Лично брачно право, Београд 1934 г. стр. 19

19. F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 552

20. G. Baudry - Lacantinerie, наведено дело, том први, Paris 1882 г. стр. 248; Henri, Léon et Jean Mazeaud, наведено дело том први, Paris 1955 г. стр. 704; G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 539-544; Гурвич, Денисов, Општа историја државе и права, III део, Београд 1951 г. (превод с руског) стр. 112.

21. F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 559.

22. Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, Tome premier, Paris 1869 г. стр. 545; Marc Bajtôt, Les variations de L incapacité du mineur a raison de son age, Thèse, Paris 1941 г. стр. 84; G. Marty et P. Raynaud, наведено дело том први, Paris 1956 г. стр. 540; Henri, Léon et Jean Mazeaud, наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 764; René Savatier, наведено дело, том први Paris 1947 г. стр. 96.

23) Portalis, Exposé des motifs n. 12 и n. 17, наведено према: F. Laurent наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 570

24) F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 561
René Dekkers, Précis de droit civil Belge, Tome premier, Bruxelles 1954 год. стр. 137-138.

25) Arminjon, Nold, Wolf, Traité de droit comparé, Tome premier, Paris 1550 г. стр. 427

26) F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 570-571

27) Henri, Léon et Jean Mazeaud, наведено дело, том први, Paris 1955 год. стр. 764-765; G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 565-572

28) Др. Никодим Милаш, наведено дело, Београд 1926 г. стр. 619

29. Др. Лазар Марковић, Породично право, Београд 1920 г. стр. 28; Живојин Перић, Лично брачно право, Београд 1934 г. стр. 19; Др. Славко Стојковић, наведено дело, Београд 1940 г. стр. 190

30. Др. Никодим Милаш, наведено дело, Београд 1926 г. стр. 619

31. Ајзнер-Пливерић, Мишљења о предоснови, Загреб 1937 г. стр. 128
Др. З. Пишкулић и Др. И. Ђерђ, Основи приватног права у Војводини, Београд 1924 г. стр. 222; Др. Никодим Милаш, наведено дело, Београд 1926 г. стр. 618

Међутим, према Др. А. Јасенском и Др. П. Протићу мушкарац је по овом закону стицао посебну брачну способност са седамнаест година. Видети: Приватно право у Војводини, Сомбор 1922 г. стр. 12

32. Arminjon, Noid, Wolf, наведено дело, том други, Paris 1950 г. стр. 217; Др. З. Пишкулић и Др. И. Ђерђ, наведено дело, Београд 1924 г. стр. 222

33. Др. Лубен Диков, Курс по бугарско грађанско право, том први, обшча част, Софија 1940 г. стр. 181

34. Живојин Перић, наведено дело, Београд 1934 г. стр. 18

35. Живојин Перић, Образложење предоснове грађанског законика, Београд 1939 г. стр. 113

Предратна чехословачка основа за грађански законик одредила је за стицање посебне брачне способности осамнаест година за мушкараца и шеснаест година за жену. Видети: Ајзнер-Пливерих, наведено дело, Загреб 1937 г. стр. 129

36) Шеријатско право смо уврстили у историски део имајући у виду да оно има такав карактер само са аспекта нашег права.

37) У неким деловима афричког континента граница за стицање брачне способности спушта се и данас до десете године. Видети: Вида Чок, Међународно регулисање питања година старости за ступање у брак, Југословенска ревија за међународно право, бр. 1 из 1961 г. стр. 114

38) Др. Мехмед Беговић, Шеријатско брачно право, Београд 1936 год стр. 58-59, Хафиз Абдулах Бушатић, Породично и наследно право муслимана, Сарајево 1926 г. стр. 116

39. Г. М. Свердлов, Советское законодавство о браке и семеје, Москва 1952 г. стр. 39 као и Советское семеиное право, Москва 1958 г. стр. 112; Агарков, Ганкин, наведено дело, књига прва, (превод С. руског) Београд 1948 г. стр. 169

У дореволуционарној Русији брачна способност малолетних лица одређивала се са врло ниским годинама. Код закавказских народа она је износила петнаест година за мушкараца и тринаест година за жену, код народа Кочевих у источном Сибиру шеснаест година за мушкараца и четрнаест година за жену. По сили обичаја примљених из прошлости малолетнички бракови су се задржали једно време у источним републикама Совјетског савеза и после револуције. Видети: Г. М. Свердлов, Совјетское законодавство о браке и семеје, Москва 1952 г. стр. 39-40

40. F. Laurent' наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 551-561; Г. М. Свердлов, Советское семеиное право, Москва 1958 г. стр. 111 Видети и: Др. Славко Стојковић, Основи грађанског права, Београд 1940 г. стр. 190.

41. F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 стр. 551-561 G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 541-542; Др. Лазар Марковић, Породично право, Београд 1920 г. стр. 27-28; Др. Славко Стојковић, Основи грађанског права, Београд 1940 г. стр. 190.

42) F. Laurent, наведено дело, том четврти, Bruxelles 1880 г. стр. 551-561

43) У ову групу спадају и ова права: аустриско право (двадесетједна година за мушкараца и шеснаест година за жену), шведско право (двадесетједна година за мушкараца и осамнаест година за жену) индиско право (осамнаест година за мушкараца и четрнаест година за жену), право северног Вијетнама (двадесет година за мушкараца и осамнаест за жену), кинеско право (двадесет година за мушкараца и осамнаест за жену), египатско право (осамнаест година за мушкараца и шеснаест година за жену), Видети: Arminjon, Noid, Wolf, наведено дело, Paris 1950 г. том други, стр. 350-418, 583, том трећи, стр. 541; André Weiss, Manuel de droit international privé, Paris 1920 г. стр. 458; Fernand Derrida, Un Code de la famille au sudviet-nam, Revue internationale de droit comparé, Paris бр. 1 из 1956 г. стр. 63; Ајзнер Пливерих наведено дело, Загреб 1937 г. стр. 128-129; Др. Ана Прокоп, Коментар основном закону о браку, књига прва, Загреб 1959 г. стр. 112; Др. Борислав Благојевић, Међународно приватно право, Београд 1950 г. стр. 276; Др. Ж Ђор-

ђевић и Др. В. Бакић, наведено дело, Београд 1959 г. стр. 287; Вида Чок. наведено дело, Београд 1961 г. стр. 113.

44) Dornberger, Das zivilrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Allgemeiner teil, Berlin 1955 г. стр. 161.

45) Ова аргументација се не односи на сва законодавства из ове групе.

46) Треба се потсетити да извесна законодавства која припадају овој групи не познају установу брачне еманципације.

47) Др. Мехмед Беговић, Породично право, Београд 1957 г. стр. 42-43 Marcel Planiol, наведено дело, том први, Paris 1925 г. стр. 254.

48) Henri Léon et Jean Mazeaud, наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 730; René Savatier, наведено дело, том први, Paris 1947 г. стр. 97-98 Pierre Voirin, наведено дело, том први, Paris 1957 г. стр. 45; A. Colin, H. Capitant et J. Morandiere, наведено дело, том први, Paris 1953 г. стр. 730; Aubry et Rau, наведено дело, том први, Paris 1869 г. стр. 362, Marc Bajatet, наведено дело, Paris 1941 г. стр. 83-84; G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 644; G. Ripert et J. Boulanger, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 456; G. Baudry-Lacantinerie, наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 248.

49. У законском тексту чл. 145 Code civil-а још увек стоји да одлуку о томе доноси краљ. Видети примедбу о томе код: Henri, Léon et Jean Mazeaud, наведено дело, том први, Paris 1955. г. стр. 730.

50. Поред француског и нашег законодавства у ову групу спадају и ова права: енглеско право (шеснаест година за оба пола—Age of Marriage Act из 1929. г.), италијанско право (шеснаест година за мушкарца и четрнаест година за жену), швајцарско право (осамнаест година за мушкарца и седамнаест година за жену), пољско право (шеснаест година за оба пола), право Федералне републике Немачке (осамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену), финско право (осамнаест година за мушкарца и седамнаест година за жену), грчко право (осамнаест година за мушкарца и четрнаест година за жену), норвешко право (двадесет година за мушкарца и осамнаест година за жена), канонско право (шеснаест година за мушкарца и четрнаест година за жену), турско право (осамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену), аустралиско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену, аргентинско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), шпанско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), бугарско право (шеснаест година за оба пола), белгиско право (осамнаест година за мушкарца и петнаест година за жену), данско право (двадесетједна година за мушкарца и осамнаест година за жену) португалско право (осамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену), чилеанско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), холандско право (осамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену), бразилијанско право (осамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену), право Јужног Вијетнама (осамнаест година за мушкарца и петнаест година за жену), право Новог Зеланда (шеснаест година за оба пола) мексиканско право (шеснаест година за мушкарца и дванаест година за жену), канадско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), мароканско право (петнаест година за оба пола), бурманско право (четрнаест година за оба пола), право Цејлона (шеснаест година за мушкарца и четрнаест година за жену), ирско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), право Хондураса (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), јапанско право (осамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену), панамско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), перуанско право (двадесетједна година за мушкарца и осамнаест година за жену) уругвајско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), право Венецуеле (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену), боливиско право (четрнаест година за мушкарца и дванаест година за жену).

У америчком праву одређивање године за стицање посебне брачне способности не спада у надлежност федерације, Због тога свака америчка држава има своје године за стицање брачне способности. Тако осамнаесту

годину за мушкарца и шеснаесту годину за жену узимају ове државе: Arizona, Arkansas, California, Delsuare, Florida, Illinois, Indiana, Kansas, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Miunesota, Montana, Nebraska, Nevada, Mew Mexico, Ohio, Rhode Island, Vermont, Virginia, West Virginia, i Wyoming; Осамнаесту за мушкарца и петнаесту за жену узимају државе: North Dakota, Oklahoma, Oregon, South Dakota, i Wisconsin; седмнаесту годину за мушкарца и четрнаесту годину за жену узимају државе: Alabama, i Georgia, шеснаесту годину за оба брачна друга узимају државе: Colorado, Connekticut, Maine, North Carolina, Pensylvania, i Tennessee; шеснаесту годину за мушкарца и четрнаесту за жену узимају државе: Jova, Kentucky, New Jork, Texas i Utak; петнаесту годину за оба брачна друга узима држава Missouri, четрнаесту годину за мушкарца и тринаесту за жену узима држава New Hampshire; четрнаесту годину за мушкарца узимају државе: Mississippi, New Jersey, Washington i Jldaho.

Видети: Edward Jenks, наведено дело, том други, London 1947 г. стр. 1025-1026; Jack Hamawi, наведено дело, London 1953 г. стр. 4; Gripsin Warmington, наведено дело, том други, London 1950 г. стр. 480; G. Ripert et J. Boulenger, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 450; Arminjon, Nold Wolf, наведено дело, том други, Paris 1950 г. стр. 587 и 600; Alberto Trabucchi, наведено дело, Padova 1956 г. стр. 68; Severyn Szer, Пољско породично право, Наша Законитост бр. 9-10 из 1957 г. стр. 375; Savadis. Le nouveau Code civil de la Grece, Athenes 1940 г. стр. 278; F. Jaurent, наведено дело, том пети, Bruxellca 1881 г. стр. 38; G. Martu et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 544; Andre Weiss наведено дело, Paris 1920 г. стр. 458; René Dekkers, Precis de droit civil Belge, том први, Bruxelles 1954 г. стр. 135; Љубен Василев, Гражданско право на Народна Република Блгарна Софиа 1956 г. стр. 160; Marc Bajotet, наведено дело, Paris 1941 г. стр. 219; Fernand Derrida, наведено дело, Paris 1961 г. стр. 63; Живојин Перић, Лично брачно право, Београд 1934 г. стр. 18-19; Др. Димитар Поп Горгијев, Семейно право на ФНРЈ, Скопје 1959 г. стр. 37-39; Др. Ж. Ђодђевић и Др. В. Бакић, наведено дело, Београд 1959 г. стр. 287; Др. Ана Прокоп, Коментар основном закону о браку, књига прва, Загреб 1959 г. стр. 112; Др. Бертолд Ајзнер, Породично право, Загреб 1950 г. стр. 50; Др. Мехмед Беговић, Породично право, Београд 1957 г. стр. 41-42; Вида Чок, наведено дело, Београд 1961 г. стр. 113; Joseph Dainow, Civil code of Louisiana 1947 г. стр. 19; Barl Lomon Koos, наведено дело, New York 1952 г. стр. 3637; Ludwig Enneserus, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1952 г. стр. 349.

51) Чл. 23 ст 1 и 2 Основног закона о браку гласи:

„Не може ступити у брак особа која није навршила осамнаест година. Из оправданих разлога може надлежни срески суд дозволити ступање у брак и пре овог времена.“

52) Тачка прва овог упутства овако је формулисана: „Малолетницима испод четрнаест година не може се дозволити ступање у брак, а малолетницима старијим од четрнаест година, пошто се утврди: а) да је малолетник достигао телесну и душевну зрелост потребну за вршење брачних и других дужности, које настају закључењем брака и б) да постоје оправдани разлози за дозволу брака.“

53) До доношеља Закона о судовима од 1 Јула 1954 г. упутства Савезног врховног суда, под утицајем совјетског права, сматрана су обавезним за ниже судове. Данас је ово схватање у нашем праву напуштено.

54) G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 год. стр. 241-542.

55) André Weiss, наведено дело, Paris 1920 г. стр. 458; Aubry et Rau, наведено дело, том први, Paris 1869 г. стр. 362; René Dekkers, наведено дело том први, Bruxelles, 1954 г. стр. 364 као и тачка прва напред цитираног упутства Савезног врховног суда.

56) Живојин Порић, Лично брачно право, Београд 1934 г. стр. 18-21; G. Ripert et J. Boulenger, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 456.

57) Вида Чок, наведено дело, Београд 1961 г. стр. 114.

58) Ова година била је заступљена само у предатном бугарском праву. Видети: Др. Лубен Диков, Курс по бугарско грађанско право, том први обща част, Софија 1940 г. стр. 181.

59) У неким правима која данас припадају прошлости и ова година је била у примени. Тако по Српском грађанском законнику тринаефта година је претстављала доњу границу диспензације. По пројекту *Cede civilis* ова година је одређена за стицање брачне способности малолетне жене.

60) У законодавствима која праве разлику у годинама између мушкараца и жене, те се разлика креће од једне до пет година закључно.

Тако разлику од једне године узимају ова права: финско право (18 и 17 година), турско право (осамнаест и седамнаест година), швајцарско право са диспензацијом (осамнаест и седамнаест година).

Разлику од две године: италијанско право (шеснаест и четрнаест година), холандско право (осамнаест и шеснаест година), право Демократске републике Немачке са диспензацијом (осамнаест и шеснаест година), норвешко право (двадесет и осамнаест година), румунско право (осамнаест и шеснаест година) шпанско право (четрнаест и дванаест година), португалско право (осамнаест и шеснаест година), канонско право (шеснаест и четрнаест година), панамско и уругвајско право као и право Венецуеле и Боливије (четрнаест и дванаест година), право неких совјетских република као Грузије и Ајзербеџана (осамнаест и шеснаест година), аустралијско право, право Хондураса, мексиканско, канадско и ирско право (четрнаест и дванаест година), јапанско право (осамнаест и шеснаест година), право северног Вијетнама (двадесет и осамнаест година), право Цејлона (шеснаест и четрнаест година). Од ранијих законодавстава, брачних прописа и пројеката грађанских законика у ову групу су спадали: Српски грађански законик (седамнаест и петнаест година, односно по диспензацији петнаест и тринаест година), Брачни правилник српске православне цркве (шеснаест и четрнаест година), Предоснова грађанског законика бивше Југославије (седамнаест и петнаест година), предатски чехословачки пројекат грађанског законика (осамнаест и шеснаест година).

Разлику од три године: француско право (осамнаест и петнаест година), шведско право (двадесетједна и осамнаест година), перуанско право (двадесетједна и осамнаест година), белгијско право (осамнаест и петнаест година), данско право (двадесетједна и осамнаест година), право Јужног Вијетнама (осамнаест и петнаест година).

Разлику од четири године: грчко право (осамнаест и четрнаест година), индијско право (осамнаест и четрнаест година).

Разлику од пет година: право федералне републике Немачке без диспензације (двадесетједна и шеснаеста година), аустријско право (двадесетједна и шеснаест година).

61) Др. Мехмед Беговић, Породично право, Београд 1957 год. стр. 42. Др. Ана Прокоп, коментар основног закона о браку, књига прва, Загреб 1959 год. стр. 112.

62) Др. Ана Прокоп, Коментар основном закону о браку, књига права, Загреб 1959 г. стр. 112

Др. Мехмед Беговић сматра, иако не пледира за ту концепцију, да је наш законодавац одредио исте године за супружнике руковођен начелом о једнакости мушкараца и жене. Видети: Породично право, Београд 1957 г. стр. 42. Исто је мишљења и Др. Бертолд Ајзнер. Видети: наведено дело, Загреб 1950 г. стр. 50

63) У ову групу законодавстава поред нашег права (четрнаест година спадају и: енглеско право (шеснаест година), право Новог Зеланда (шеснаест година), мароканско право (петнаест година), чехословачко право (шеснаест година) бурманско право (четрнаест година), бугарско и пољско право (шеснаест година). Од законодавства која данас припадају прошлости у ову групу су спадали: мађарско право (дванаест година), Општи грађански законик (четрнаест година), шеријатако право (петнаест година).

64) F. Laurent наведено дело, том четврти. Btuxelles 1880 г. стр. 560 Др. Нисим Меворах. Семејно право, Софија 1956. год. смр. 28

65) Др. Димитар Поп Георгијер, *Семејно право на ФНРЈ, Скопје 1959 г.* стр. 40

66) Др. Ана Прокоп, *Коментар основном закону о браку, књига прва Загреб 1959 г.* стр. 112

67) За илустрацију шароликости која је у овом погледу за последњих двадесет година изражена у нашем праву поменућемо да је Др. Бертолд Ајзнер предлагао за предоснову грађанског законика осамнаест година за мушкарца и шеснаест година за жену. Видети: Ајзнер-Пливерих, наведено дело, Загреб 1937 г. стр. 237

68) Треба напоменути да је у оквиру Уједињених нација комисија за правни положај жена на свом петнаестом заседању 1960 г. у Женеви разматрала три предлога за стицање посебне брачне способности. То су били предлози за шеснаесту, петнаесту и четрнаесту годину старости. Комисија се приликом гласања одлучила за петнаесту годину која је добила само једна глас више у односу на шеснаесту годину. Предлог за четрнаесту годину добио је упола мањи број гласова од прихваћене године. Међутим касније се испоставило да овако одређен узраст за стицање брачне способности, који би требало да важи за све државе чланице Уједињених нација без обзира на биолошке и културне разлике које постоје у разним деловима света, представља један нереалан потез. Због тога се и одустало од одређивања једне универзалне године за стицање брачне способности. Видети: Вида Чок, наведено дело, Београд 1961 г. стр. 114

69) То је искуство које смо и лично стекли током десетогодишњег рада у Београдском среском и окружном суду, среском суду у Лесковцу и Нишу и на темељу контакта са судијама из других судова са и ван територије НР Србије.

70) Jach Hamawi, наведено дело, London 1953 г. стр. 9

71) Dr. Маријан Хорват, наведено дело, Загреб 1958. г. стр. 92. Живко Милосављевић, наведено дело, књига прва, Београд 1899 г. стр. 294

72) Pierre Gasse, *Les effets de l'alloelation mental sur l'acte juridique*, These, Strasbourg 1941 г. стр. 86, G. Marty et P. Raynaud, наведено дело, том први, Paris 1956 г. стр. 1025; Henri Léon et J. Mazeaud, наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 1325, René Savatier, наведено дело, том први, Paris 1947 г. стр. 278

Треба приметити да у једном случају апелациони суд није заузео становиште да расипник може закључити брак. Међутим, француски касациони суд био је супротног мишљења. Видети: René Savatier, наведено дело, том трећи, Paris 1951 г. стр. 99

73) René Dekkers, наведено дело, том први, Bruxelles 1954 стр. 437-438

74) Seweryn Szer, *Пољско породично право, Наша законитост бр. 9-10 из 1957 г.* стр. 375

75) Hafiz Abdulah Bušatlić, наведено дело, Сарајево 1926 г. стр. 114

76) Edward Janks, наведено дело том други, London 1947 г. стр. 1026
Jack Hamawi, наведено дело London 1953 г. стр. 9

77) Видети: чл. 4 ст. 2 Царске наредбе о стављању под старатељство од 28 јуна 1916 године.

78) Savadis, *Le nouvel Code civil de la Grece*, Athenes 1941 г. стр. 278

79) Др. Ана Прокоп, *Коментар основном закону о браку, књига прва Загреб 1959 г.* стр. 113

80) Др. Бертолд Ајзнер, наведено дело, Загреб 1950 г. стр. 52; Др. Срећко Цуља и Др. Синиша Трива, *Коментар закона о парничном поступку, први свезак, Загреб 1957 г.* стр. 177.

81) Seweryn Szer, *Пољско породично право, Наша законитост, бр. 9-10 из 1957 г.* стр. 375-376.

82) Др. Мехмед Беговић, *Шеријатско брачно право, Београд 1936 год.* стр. 59; Хафиз Абдулах Бушатлић, наведено дело, Сарајево 1926 г. стр. 19.

83) Др. Никодим Милаш, наведено дело, Београд 1926 г. стр. 620

Супротно схватање заступља Др. Чедомир Митровић. Видети: *Црквено право, Београд 1921 г.* стр. 131.

Треба приметити да према Брачним правилима српске православне цркве из 1933 г. (чл. 28) умно оболелим лицима се не признаје посебна пословна способност за склапање брака.

84) Др. Никодин Милаш, наведено дело, Београд 1926 г. стр. 620

85) Др. Лазар Марковић, Породично право, Београд 1920 г. стр. 30; Др. Алија Силајџић, Болест као брачна сметња и као узрок за развод брака, Годишњак правног факултета у Сарајеву 1953 г. стр. 137

86) Живојин Перић, Образложење предоснове грађанског законика, Београд 1939 г. стр. 144

87) Живојин Перић, Образложење предоснове грађанског законика, Београд 1939 г. стр. 144

То је било становиште и саме Предоснове.

У француском праву ово питање је спорно. Судска пракса сматра ове бракове само релативно ништавим. Видети: Henri, Léon et Jean Mazesud, наведено дело, том први, Paris 1955 г. стр. 744; René Savatier, наведено дело том први, Paris 1947 г. стр. 263

88) Ту спадају немачко, швајцарско, совјетско, бугарско, енглеско и друга права.

89) Др. Бортолд Ајзнер, наведено дело, Загреб 1950 г. стр. 51.

90) Др. Ана Прокоп, Коментар основном закону о браку, књига прва, Загреб 1959 г. стр. 99

91) Др. Ана Прокоп, Коментар основном закону о браку, књига прва, Загреб 1959 г. стр. 99

92) Др. Лазар Марковић, Породично право, Београд 1920 г. стр. 30; Др. Алија Силајџић, наведено дело, Сарајево 1953 г. стр. 138; Др. Ана Прокоп, Коментар основном закону о браку књига прва, Загреб 1959 г. стр. 99; Др. Ж. Ђорђевић и Д. В. Бакић, наведено дело, Београд 1959 г. стр. 285; Др. Мехмед Беговић, Породично право, Београд 1967 г. стр. 36.