Dr Janko Kubinjec
advokat u Bačkom Petrovcu

BRAK*

SAŽETAK: Brak je jedini institut lica kojim se bavi građansko pravo, koje se inače bavi samo institutima stvari. Istorijski razvoj braka kretao se od braka kao ropstva najličnijeg tipa do braka kao instituta slobode. Supružnici zaključenjem ugovora o braku uzajamno ukidaju svoj pravni subjektivitet, kao i sve pravne odnose na nivou braka kao braka. Do uzajamnog uspostavljanja pravnog subjektiviteta supružnika ponovno dolazi tek u momentu prestanka braka. Dok supružnici zaključenjem braka isključuju mogućnost međusobnih pravnih odnosa, dotle se s druge strane rađanjem zajedničke dce upravo uspostavljaju novi i specifični pravni odnosi. Imovinski odnosi supružnika predstavljaju prelaz iz bračnog u građansko pravo.

Ključne reči: Brak, pravni subjektivitet, lice, ugovor, inter partes, erga omnes, ropstvo, sloboda, porodica, imovina, zaključenje braka, prestanak braka

*То је диван начин да нестанемо, да
свако од нас нестане у наручју оног дру-
гог.*

A. Барико

Institut braka u sistemu pravnih instituta zauzima naravno tačno određeno mesto koje je rezultat njegove prirode. Brak je institut lica¹ — to je jedini institut lica kojim se bavi građansko pravo i ne sme se prevideti da to nije ništa što bi bilo slučajno i bez dubokog značenja. Naime, u okviru onih instituta koji pripadaju sferi stvari, braku je kao institutu lica — pandan ugovor. Tako se u određenom smislu može reći da je brak in-

* Rad primljen: 30. I 2006. godine.

¹ Celokupno materijalno pravo deli se na institute lica i institute stvari. Instituti lica su ljudska prava, krivica i brak, a instituti stvari su stvarna prava, šteta, ugovor i sukcesija.

stitut lica po svojoj suštinskoj odredbi, dok je po svom spoljašnjem liku to tek ugovor kao institut stvari. Unutrašnja odredba je ono što ga svrstava u institute lica, spoljašnja odredba je ono što ga vezuje za građansko pravo.

Odmah na početku ovog razmatranja — nasuprot Hegelu — treba reći da apstraktnost ne karakteriše samo građansko pravo nego celokupno pravo. Svaki je pravni institut jednako apstraktnog karaktera — naime u potpunosti — jer se pravno određenje zapravo u krajnjoj liniji sastoji upravo u apstraktnoj određenosti prirodnosti. Ali, to ujedno uključuje i drugu stranu — „drugu polovinu” — stvari, naime prirodnost koja je takođe karakteristična za svaki pravni institut. Svaki pravni institut je apstraktna određenost prirodnosti a takvo stanje stvari postaje očigledno u svakoj pojedinačnoj pravnoj tvorevini, naročito u sferi pojedinačnih pravnih akata, gde se vidi da svaka pravna odluka samim tim što je pravna jeste apstraktna, ali i da se svaka takva odluka odnosi na prirodnost.

Nedostatak raspoznavanja jasne granice između prirodnosti i apstrakcije je karakterističan za celokupni dosadašnji razvoj prava. To nerazlikovanje dovodi do preuveličavanja udela prirodnosti ili pak do prenaglašavanja udela apstrakcije — u prvom slučaju razvijaju se različite opcije prirodno-pravnih teorija, u drugom različite varijante pozitivizma, odnosno normativizma. U oba slučaja je stepen greške jednak, bez obzira što zablude dolaze sa oprečnih pozicija.

Do precenjivanja udela prirodnosti uvek je dolazilo u institutima lica. Sa tim se gotovo uvek srećemo kada se govori o neotudivim ljudskim pravima, o tzv. prirodnim pravima sa kojima se čovek rađa. Sa tim se srećemo i kada govorimo o krivici koja se definiše kao psihički odnos učinioca prema delu, dakle kao ono što je neposredna prirodnost, tj. psihička tvorevina. Sa tim se najzad srećemo i kada je reč o institutu braka jer i ovde se oduvek smatralo da poseban status tog instituta kao fenomena prava određuje okolnost što je ovde reč o nečem emotivnom, toplom, veoma ličnom i da ta okolnost čini taj institut kao pravo naročitim. Govoriti o pravnom institutu braka kao nečem apstraktnom, kao dakle nečem „neprirodnom”, oduvek se smatralo svetogrdem.

Stoga, odrediti jasnu granicu između prirodnosti i apstrakcije kada je reč o ljudskim pravima, krivici i braku, dakle institutima lica — znači zahvatiti u sam temelj pravnog fenomena. Drugim rečima, očuvati neposredno prirodan i topao lik ljubavi s jedne strane a ipak i upravo zahvaljujući tome jasno odrediti pravnu prirodu braka — znači na jednom posebnom slučaju, kakav je institut braka, manifestovati dospevanje do autentičnog prava.

* * *

Kada je reč o institutu braka, mora se pre svega jasno razlikovati takoreći unutrašnja i spoljašnja njegova strana, pri čemu pod unutrašnjom stranom podrazumevam međusobni odnos supružnika a pod spoljašnjom stranom odnos braka kao celine, kao takoreći jedne pravne celine, prema

onome izvan njega. Ovu dvostruku dimenziju braka Kant je potpuno prevideo, te se usled toga brak kod njega javlja isključivo kao ugovor, ili, kako je pisao Hegel u svojoj opravdanoj kritici Kanta, kao isključivo apstraktno pravo.² Tako je došlo do toga da Kant brak odredi kao „vezu dveju osoba različitog pola za doživotno uzajamno posedovanje njihovih polnih svojstava”.³ Dakle, ugovor najgrublje vrste,⁴ odnosno filozofskim rečnikom rečeno, ugovor lica kao čisto apstraktno određenih u Hegelovom smislu određenja apstraktnog prava. U jednom ironičnom smislu bismo mogli reći da Kant o braku s pravom govori kao o „ličnom pravu na stvaran način”⁵ jer je kod njega u institutu braka lice zaista svedeno na stvar, na ono što se poseduje kao stvar.⁶

Brak je istorijski nastao zaista kao „veza dveju osoba različitog pola za doživotno uzajamno posedovanje njihovih polnih svojstava”, kako brak određuje Kant. Brak je time bio svojevrsno ropstvo na osnovu ljubavi a i to tek u najboljem slučaju, tj. ako nije bio zaključen iz nekih razloga koji upravo i jedino ljubav nisu uzimali u obzir. Brak je tako bio ropstvo najličnijeg tipa jer je bilo reč o postvarenju same duboke intimnosti čoveka a ne samo njegovih radnih sposobnosti. Nikada čovečanstvo nije spoznalo dublji oblik ropstva od braka.

Ali, to ipak ne dovodi u pitanje sam pravni institut braka.

Tokom istorije došlo je do razvoja instituta braka, do njegove liberalizacije, koja zapravo označava nastanak braka kao instituta slobode. U pozitivno-pravnom smislu to podrazumeva neprestano „smanjenje broja” prava koja regulišu unutrašnje odnose u braku, tj. odnose između supružnika u pogledu njihove lične sfere.⁷ Ovaj proces ne podrazumeva nestanak braka, nego upravo suprotno: njegov nastanak kao instituta autentičnog prava — nastanak braka kao instituta slobode. Tako se unutrašnja strana braka postepeno u istoriji gasi u pogledu svog pravnog sadržaja a pravna se dimenzija zaustavlja na omotaču u koji je pravno „upakovan”

² Na ovom mestu se sintagma „apstraktno pravo” koristi u smislu koji joj daje Hegel — čovek određen kao lice ovde je nešto čisto apstraktno, bez bilo kakve unutrašnje neposredne prirodnosti koja mu ostaje sasvim indiferentna.

³ Kant, I.: *Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, 1993, str. 79, § 24.

⁴ „Da je, međutim, to lično pravo ujedno pravo na stvarni način, zasniva se na tome što, ako je jedan od bračnih drugova pobegao ili se dao u posed nekom drugom, drugi ima pravo da ga u svako doba i bezuslovno, kao neku stvar, vrati u svoju vlast.” (*Ibid.*, str. 80, § 25)

⁵ *Ibid.*, str. 78, § 22.

⁶ Kant smatra da je razlika samo u tome što stvar može biti u vlasništvu i bez poseada, dok brak nužno podrazumeva i posed (lica) — „zato što to nije nikakvo pravo na stvar, niti puko pravo prema nekoj osobi, nego istovremeno i njen posed [...]” (§ 22). Navedimo na ovom mestu i pomalo egzotično Prudonovo razmišljanje: „Vlasništvo je pravo, zakonska sposobnost. Posjedovanje je čin. [...] Ako se mogu poslužiti ovom usporedbom, ljubavnik je posjednik, a muž je vlasnik.” (Proudhon: *Što je vlasništvo*, Globus, Zagreb, 1982, str. 26). Kantu je očigledno promakla ova „mogućnost ljubavnika”.

⁷ Jedan od najgrubljih primera jeste određenje krivičnog dela silovanja — u Srbiji je tek izmenama Krivičnog zakona iz 2002. g. inkriminisano silovanje lica sa kojim je izvršilac u braku.

brak i pravo kao pravo ne prodiire unutar tog omotača. Tako se i ovde, dakle u institutu braka, dešava isti onaj proces koji smo videli u institutu lica: konstituisanje lica i nastanak prava kao instituta slobode odvija se u jednom istom aktu. I kao što konstituisanje lica podrazumeva formiranje apstraktnog omotača oko prirodnog čoveka, tako i konstituisanje braka podrazumeva konstituisanje takvog omotača oko bračne zajednice kao celine, što svakako ujedno implicira brisanje svake apstraktne granice i razlike između samih supružnika. Rečnikom pozitivnog prava rečeno: nastanak autentičnog braka istovetan je sa procesom nestanka svakog prava jednog u odnosu na drugog supružnika u ličnoj sferi.

Pri tome se ni u jednom momentu ne sme izgubiti iz vida da pravnost koja nestaje jeste isključivo ona koja pripada braku kao braku, dok time celokupna preostala pravnost ostaje nedirnutu. To znači da supružnici međusobno nemaju nikakva prava koja bi bila lična, supružanska. To ujedno znači da njihova ličnost, njihov apstraktni pravni omotač nestaje samo u meri u kojoj se to odnosi na brak kao institut („na brak kao brak”). Što se tiče preostale sfere pravnosti, ona ne samo da time ne nestaje nego upravo zahvaljujući tome u punoj meri nastaje. Tako se tokom istorijskog razvitka pravnog instituta braka srećemo sa tendencijom istanjivanja i najzad potpunog brisanja apstraktne (pravne) ličnosti supružnika kao supružnika, dakle kao aktera tog instituta koji je brak, ali i sa istovremenom tendencijom formiranja i punog uspostavljanja njihove apstraktne ličnosti izvan te sfere koja je neposredno bračne prirode. Kada se stvar pažljivije razmotri, vidimo da ovde zapravo i nije reč o dva reverzibilna procesa, nego o dve strane jedne iste stvari. Naime, upravo ukidanje svake pravne ličnosti supružnika kao supružnika podrazumeva („vuče za sobom”) puno uspostavljanje njihovog međusobnog dostojanstva. Ako se brak definiše kao „veza dveju osoba različitog pola za doživotno uzajamno posedovanje njihovih polnih svojstava” (Kant), ako se dakle unutrašnji bračni odnos supružnika odredi kao pravni odnos, tada uopšte ne može biti govora o njihovom uzajamnom dostojanstvu.⁸ Međutim, ako se brak — upravo suprotno iznetom Kantovom stanovištu — odredi kao pravni institut koji je rezultat ugovornog ukidanja ličnosti kao pravnih ličnosti u području ličnih bračnih odnosa — tada se kao druga strana tog ukidanja otvara upravo puno međusobno uspostavljanje ličnosti kao apstraktnih a to ovde znači dostojanstvenih u svim sferama koje ne pripadaju neposredno bračnom području. Dakle, tek kada se brak uspostavi kao nešto istinski lično, on prestaje da bude institut ropstva. To znači da ukidanje pravne ličnosti supružnika u institutu braka, zapravo ujedno podrazumeva puno uspostavljanje njihove ličnosti izvan te sfere. To najzad znači da ljubav i brak kao institut prava nisu više suprotstavljene kategorije, kao što se do sada pogrešno mislilo, nego upravo komplementarne. Iz instituta braka se — u njegovom autentičnom liku — odstranjuje sve apstraktno i upravo na taj način otvara prostor za neposrednu prirodnost, čiji je sastav-

⁸ O mogućnosti inkriminisanja silovanja u braku u tom slučaju nema ni govora.

ni deo i ljubav. Nema nikakve suštinske protivrečnosti između prirodne i apstraktne odredbe ni u jednom institutu prava — bez obzira da li je reč o braku, vlasništvu, licu, itd. Autentično pravo ne sputava prirodnost nego joj upravo uspostavlja područje.

Pravna određenost instituta braka se u potpunosti iscrpljuje u ukidanju apstraktnog omotača u već iznetom smislu. Ali, to ujedno znači da autentični institut braka ostavlja onu prirodnost koju obuhvata u sebi da se odvija isključivo po zakonima prirode. U prirodnost te odredbe brak kao pravna apstrakcija ne zahvata. Drugim rečima, pravo ne određuje i ne uređuje prirodni sadržaj tog odnosa koji je brak — pravna odredba kao apstraktna potpuno ostaje izvan te prirodnosti, takoreći se zaustavlja na njenoj granici.⁹

* * *

Autentičan brak počinje ugovorom između supružnika, pri čemu eventualna svečana forma naravno ni najmanje ne dovodi u pitanje njegovu „grubu u govornu prirodu“, iako je pomalo prikriva. Ovaj ugovor međutim ima niz veoma određenih karakteristika po kojima se jasno diferencira od običnog ugovora obligacionog prava. Reč je o ugovoru koji na nivou *inter partes* relacije ne uspostavlja nikakav pravni sadržaj, dakle nikakva uzajamna prava, niti obaveze.¹⁰ Ovaj ugovor u pravnom smislu supružnike međusobno ne obavezuje ni na ljubav, ni na vernost, ni na učešće u bio kakvim uzajamnim ličnim odnosima. Ako to nije tako, tada nije reč o autentičnom braku nego o nekom od njegovih neizgrađenih oblika, dakle o nekom reliktu braka ropskog karaktera.¹¹ Ugovor o zaključenju braka se odmah nakon zaključenja — u svom ugovornom liku — povlači u pozadinu i brak nakon toga zapravo nema nikakvog pravnog sadržaja i nikakvog sadržajnog pravnog dejstva. Tokom celog trajanja braka ova *inter partes* relacija se u svojoj pravnoj dimenziji povlači na nivo latentne egzistencije. U prvi plan ta će relacija stupiti još samo jednom — u aktu prestanka braka. Tako se specifična priroda ugovora o braku na *inter partes* planu svodi na dva momenta kojima je svojstvena zaista vidljiva egzistencija — na akt njegovog nastanka i akt njegovog nestanka. Supružnici se ugovorom o braku sporazumevaju da među sobom ukinu pravne odnose,¹² da takoreći uzajamno ukinu svoje od objektivnog pravnog poretka

⁹ To, pored ostalog, znači i da brak kao institut prava ne isključuje mogućnost braka između lica istog pola. Braku je kao institutu prava, kao onome što je apstraktno, svaka priroda nešto što pada izvan njega, zapravo unutar braka kao instituta ali i izvan te crte koja deli prirodnost i apstrakciju. Otuda brak između lica istog pola može biti u istoj meri pravno autentičan kao i onaj heteronoman.

¹⁰ Dakle, upravo suprotno navedenom Kantovom stanovištu.

¹¹ U modernim zakonima o braku odredbe o obavezivanju na ljubav, poštovanje i sl. nemaju normativnu dakle pravnu prirodu, nego samo karakter svečanog obećanja koje pravno ne obavezuje.

¹² Ako se u nekom pravnom poretku zakonom uređuju međusobna prava supružnika na ovom *inter partes* nivou, to ni najmanje ne dovodi u pitanje ovu teoriju, nego jedino taj pravni poredak. Ako bi se pak u svim pravnim poretcima pronašlo nešto takvo, čak ni to ne

priznato i uspostavljeno konstituisanje u lice. Svi se ljudi u društvenoj zajednici u pravnom smislu odnose kao lica — a upravo su supružnici u tom smislu izuzetak. Jedino oni negiraju onu granicu koja ljude odvaja kao lica, jedino oni odstranjuju taj apstraktni omotač koji od čoveka čini lice, odnosno građanina. Supružnici sebi uzajamno nisu lica, ono priznanje čoveka kao lica, koje je vrhunac dometa pravnog poretka pa i samog pojma prava, ovde je prevaziđeno.

Brak je oduvek — i u svojoj neautentičnoj fazi i u autentičnoj fazi svoje egzistencije — institut u kome izostaje granica između supružnika kao lica. Međutim, dok u neautentičnom braku ta granica još nije uspostavljena i lice još nije nastalo, te se u jednom ontološkom smislu upravo u tome i sastoji ropski karakter takvog braka u kome je onaj drugi supružnik još samo *res cogitans*, dotle je u autentičnom braku ta granica najpre uspostavljena u priznavanju drugog supružnika kao lica — u aktu zaključenja braka — a zatim odmah i prevaziđena jedinom pravnom odredbom koja će u toku trajanja braka imati dejstvo *inter partes*: odredbom koja predviđa tek latentnu egzistenciju unutrašnje pravne sfere. Značajno je naglasiti da se u braku supružnici kao lica uzajamno priznaju u aktu zaključenja braka jer je to jedna strana, „jedna polovina“, onog procesa od koga se sastoji nastanak autentičnog braka, dok je druga strana, „druga polovina“ upravo ugovaranje potiskivanja pravnog sadržaja *inter partes* na nivo tek latentnog — na poziciju na kojoj se čeka momenat prestanka braka. Kada je reč o neautentičnom braku, tada izostaje upravo i najpre ovo uzajamno priznavanje supružnika kao lica u aktu zaključenja braka. Ne može se, naime, govoriti o uzajamnom priznavanju supružnika kao lica u situaciji kada se ona — bilo jednostrano (najčešće žena), bilo uzajamno — obavezuju na ropstvo. Ali, ako se oni „obavezuju na slobodu“ u tom smislu što na *inter partes* relaciji ne uspostavljaju nikakve pravne obaveze ni prava, tada je reč o *licima* u aktu samog zaključivanja takvog ugovora (braka). Ugovor o bilo kojoj vrsti porobljavanja nikada ne može imati karakter autentičnog prava jer se u aktu zaključenja takvog ugovora čovek nikada zapravo ne priznaje kao lice, što je osnovni preduslov egzistencije autentičnog prava kao institucije slobode.

Dakle, u institutu autentičnog braka supružnici se kao lica priznaju samo na trenutak, samo u samom aktu zaključenja braka, dok oni tim ugovorom koji je ugovor o braku zapravo pravno ugovaraju uzajamno ukidanje jednog u odnosu na drugo kao lica. Mi s pravom kažemo da u ljubavi jedan partner u drugome vidi takoreći samoga sebe jer on toga drugog posmatra kao sebe samog — oni oboje sebe vide kao jedno prostriranje kroz oboje, bez granice koja ih deli, oni kažu da jesu jedno. Pravno posmatrano, to znači da oni upravo ukidaju granicu koja ih deli kao li-

bi dovelo u pitanje ovu teoriju, nego upravo sve pravne poretke. Pri tome treba jasno razlikovati pravne norme koje su pravne u punom smislu te reči, naime u tom smislu što uspostavljaju zaista određene pravne obaveze, od normi koje su zapravo moralne prirode ali im unošenje u pravnu normu obezbeđuje samo određenu svečanu formu („supružnici su dužni da se uzajamno poštuju“ i sl.).

ca, ukidaju apstraktni omotač čoveka kao lica. Hegel je o tome napisao: „[...] pristanak osoba i to pristanak na to da sačinjavaju jednu osobu i da napuste svoju prirodnu pojedinačnu ličnost u onom jedinstvu [...]”.¹³ Rečeno jezikom književnosti: „To je divan način da nestanemo, da svako od nas nestane u naručju onog drugog”.¹⁴

U ovom kontekstu možemo shvatiti u kojoj meri nije u pravu Radbruh kada piše da se „brak iz ljubavi i pravna forma nalaze u teško savlađivoj protivrečnosti”.¹⁵ Kao što je navedeno, brak se u pravnom smislu sastoji upravo u ukidanju unutrašnje pravne forme, te tako ona ista lica koja se inače svim ostalim ljudima javljaju upravo kao lica, dakle upravo kao ono što je određeno pravnom formom, iznutra se i unutar tog braka međusobno ne odnose kao lica, nego naprosto kao jednostavna neposredna prirodnost kojoj su se oni vratili nakon prethodnog posredovanja aktom zaključenja braka kao onim momentom u kome se oni sebi javljaju kao lica čiji je odnos pravni. Brak je jedini pravni institut u kome je prevaziđena apstrakcija u lice, u kome je ukinuta pravna razlika između jednog i drugog supružnika. Hegel ovo određuje tako što navodi: „Bračno pravo — to je pravo samog braka, ne individualnih osoba kao takvih”.¹⁶

* * *

U kontekstu ovako određenog autentičnog karaktera pravnog instituta braka možemo baciti jedno novo svetlo na razliku između Kantovog i Hegelovog shvatanja braka. Naime, Kantovo određenje braka kao „veze dveju osoba različitog pola za doživotno uzajamno posedovanje njihovih polnih svojstava” očigledno ne pogađa suštinu braka kao autentičnog pravnog instituta. Međutim, nedostatak tog određenja se ne sastoji u tome što takav brak pripada sferi apstraktnog prava u Hegelovom smislu te reči tj. sferi u kojoj se supružnici jedno drugom javljaju (tek) kao lica. Kao što je već izneto, u aktu zaključenja braka je upravo nužno da se supružnici jedno drugom pojavljuju kao lica, tj. da se uzajamno priznaju kao apstraktna — i utoliko apsolutno jednaka — lica. Nedostatak Kantovog shvatanja je veći od onoga na koji je ukazao Hegel — kod Kanta se naime, u jednom suštinskom smislu, supružnici zapravo ne priznaju kao lica jer bi to isključilo mogućnost zaključenja ugovora o intimnom ropstvu tj. o „uzajamnom posedovanju njihovih prirodnih svojstava”. Dakle, problem Kantovog shvatanja nije u tome što je on ostao na nivou braka kao ap-

¹³ Hegel, G. W. F.: *Osnovne crte filozofije prava*, Veselin Masleša — Svjetlost, Sarajevo, 1989, str. 291, § 162.

¹⁴ Bariko, A.: *Okean more*, „Filip Višnjić”, Beograd, 2001, str. 161.

¹⁵ Radbruh, G.: *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980, str. 194. Na istom mestu Radbruh dalje navodi: „Erotika, najčudljivija i najsamovoljnija pojava, i pravo, najracionalniji i najdosledniji poredak ljudskog života, ne mogu se uklopiti kao materija i forma. Erotika može da bude ekstaza ili svesno uživanje bez strasti, može biti mistika ili laka i vedra igra; jedino protiv čega se ona celim svojim bićem opire da bude, to je bračna dužnost”.

¹⁶ Hegel, G. W. F.: *Osnovne crte filozofije prava*, Veselin Masleša — Svjetlost, Sarajevo, 1989, str. 288, napomena uz § 159.

straktnog prava, kao što smatra Hegel, nego u tome što Kant do tog nivoa shvatanja braka zapravo nije ni dospeo. S druge strane, Hegel u izvesnom smislu previđa upravo značaj tog apstraktnog momenta braka time što brak neposredno — i u celom opsegu prostiranja — smešta u sferu običajnosti, dakle izvan sfere apstraktnog prava. Apstraktno pravo kod Hegela doduše jeste momenat razvoja prava kao duha, ali ne i momenat razvoja braka kao instituta prava. Brak dakle, kod Hegela u jednom suštinskom smislu u celosti svog opsega prostiranja sasvim pada izvan apstraktnog prava (u njegovom smislu te reči), ne sadrži ga u sebi, nego se javlja tek izvan tog opsega apstraktnog prava — u običajnosti. Međutim, kao što je ovde izneto, brak kao institut autentičnog prava apstraktno-pravnu komponentu (u Hegelovom smislu te reči) obuhvata kao svoj vlastiti momenat. Hoću da kažem da brak ne nastaje tek nakon što smo istupili iz sfere apstraktnog prava, nego tu sferu upravo obuhvata u sebi tako što u njoj počinje (aktom zaključenja braka) i njoj se u aktu svog prestanka vraća, tako da je sadrži u ova dva različita momenta (polja) između kojih se prostire treći koji je izvan te sfere „apstraktnog prava” (još jednom u Hegelovom smislu). Tako i Kantu i Hegelu zapravo nedostaje ovaj „apstraktni momenat” braka — Kant do njega nije ni dospeo a Hegel ga je neopravdano izostavio¹⁷ iz samog instituta braka kao takvog (dakle ne i iz razvoja prava kao duha uopšte).

U kontekstu ovde određenog autentičnog karaktera pravnog instituta braka možemo baciti jedno novo svetlo i na poznato Hegelovo određenje običajnosti kao jednog momenta u razvoju duha kao prava. U svom određenju običajnosti, hegelovski rečeno „u razvoju pojma običajnosti”, Hegel na jednom mestu navodi: „u jednostavnom identitetu sa zbiljnošću individua pojavljuje se ono običajnosno kao njihov opći način postupanja — kao običaj — njihova navika kao druga priroda, koja je postavljena na mesto prve prosto prirodne volje [...]”.¹⁸ Dakle, običajnost je navika, znači zapravo moja vlastita priroda koja izvire iz mene, ali da bih do nje kao svoje vlastite druge prirode dospeo, moram najpre prevazići svoju „prvu prirodu” svoju neposrednost kao „prosto prirodnu volju”. Kada je reč o institutu braka, akt napuštanja vlastite neposredne prirode kao volje („prve prirode”) sastoji se upravo u preduzimanju čina zaključenja braka, sam taj čin je apstraktno zaključenje ugovora, priznavanje supružnika kao lica ali odmah iza toga sledi prihvatanje svoje druge prirode kao vlastite prirode, tj. otvaranje prostora koji Hegel određuje kao običajnost ali koji mi ovde prepoznajemo kao tek momenat te običajnosti koja započinje još pre zaključenja braka i obuhvata ceo taj proces o kome je ovde reč. Ali, da bismo bili zaista pravedni prema Hegelu i da se ne bismo toliko oslanjali na njegove reči koliko na sam smisao njegovog filozofskog sistema, mora se reći da upravo iz njegovog shvatanja proizilazi ovakvo određenje

¹⁷ Hegelovski rečeno, pokušao je da ga prevaziđe.

¹⁸ Hegel, G. W. F.: *Osnovne crte filozofije prava*, Veselin Masleša — Svjetlost, Sarajevo, 1989, str. 281, § 151.

položaja braka i običajnosti a ne onakvo o kakvom eksplicitno¹⁹ čitamo u njegovim napisanim redovima.

* * *

Aktom zaključenja braka, kojim supružnici ukidaju svako svoje pravno određenje u onom uzajamnom odnosu *inter partes* — oni istovremeno uspostavljaju svojevrsno i samo institutu braka poznato *jedno* prema onome što je izvan braka. Dok su supružnici unutar tog *inter partes* odnosa jedno koje se u sebi ne razlikuje, oni upravo na tome zasnivaju svoj odnos prema svemu izvan njih, u kome se oni svemu izvan tog braka više ne pojavljuju kao dvoje, nego upravo kao jedno. U svakom odnosu prema onome izvan njih samih, u koji oni stupaju sa stanovišta braka, oni se javljaju kao ono što se ne razlikuje u sebi, kao ono što je jedno i što pravni poredak tako i uzima — brak sagledan spolja.

Kada je brak jednom zaključen, kada se prevaziđe ta apstraktna ugovorna tačka njegovog nastanka, tada se odvija nešto analogno jednom drugom procesu koji je građanskom pravu dobro poznat. Naime, kao što obligacioni ugovor u institutu svojine prerasta u stvarno pravo, kao što u građanskom pravu time ono *inter partes* otvara svoje dejstvo *erga omnes* — tako i ovde ono *inter partes* samoga braka nakon što je brak već zaključen, otvara svoj odnos takoreći *erga omnes*, tako što prema svemu izvan tog braka ti supružnici — sa stanovišta instituta braka — istupaju kao ono što više nije dvoje nego jedno. Ono, što kao ono jedno, unutar braka u odnosu između supružnika ukida svaku njihovu pravnu razliku i pravnu ličnost, istim tim aktom prema svima izvan tog braka izgrađuje jedan naročit omotač koji jednim zahvatom u svojevrsni takoreći krug obuhvata oba supružnika, naime njihov brak kao celinu. Tako njihov ugovor o zaključenju braka kojim oni ugovaraju da ukidaju sebe jedno prema drugom kao lice, sada obavezuje i sve one izvan braka da ih u pravnom smislu poštuju kao jedno lice, kao lica koja su međusobno ukinula svoje ličnosti, kao bračnu zajednicu.

Pravno posmatrano, zaključenjem braka supružnici se uzajamno ni na šta nisu međusobno obavezali, jedino su se pravno dogovorili da ukidaju svaku mogućnost međusobnog pravnog tretiranja. U pravnom smislu supružnici se dakle ne obavezuju na ljubav ili bilo šta drugo. Oni se na ljubav, vernost, odanost i poverenje obavezuju sasvim izvan pravne ravni — kao moralne ličnosti. Kao pravni subjekti oni ukidaju svaku mogućnost međusobnog obavezivanja i u tome se sadrži suština pravnog smisla braka. Pravnu obavezu oni time uspostavljaju prema svima ostalima, tako što ustanovljavaju dejstvo svog braka kao celine prema svima, tako što sve ostale dovode u pravnu obavezu da poštuju to njihovo pravno zajedništvo a to opet supružnici ona lica izvan mogu obavezati samo u pravnoj dimenziji.

¹⁹ Ne i ekskluzivno!

Ona emotivna, lična, neposredna, intimna sfera u pravnom smislu ostaje uvek tek unutar instituta braka, tek *inter partes*. To znači da supružnici ni sa kim izvan braka ne mogu — niti ovaj može sa njima kao licima u braku — zaključiti ugovor kojim bi nastala pravna obaveza onog naročitog tipa koji karakteriše brak u njegovoj unutrašnjoj dimenziji. Jednostavno rečeno: nije moguć ugovor jednog od supružnika sa nekim trećim licem o međusobnom ukidanju pravnih ličnosti, dakle nije moguć upravo onakav ugovor kakav je po svojoj prirodi ugovor o braku. U tome se sastoji svojevrstan negativan odnos braka prema onome izvan njega, odnos isključivosti.

To znači da se Kantovo stanovište da je brak lično pravo na stvaran način može u izvesnom smislu zapravo prihvatiti, naime zapravo na jedan u suštinskoj meri izmenjen način: brak je lično pravo koje deluje *erga omnes* dok kao ono *inter partes* treba da bude sasvim unutar onog apstraktnog, da pripada samoj neposrednoj prirodi i na taj način da bude izvan prava, tačnije unutar prava kao njegov prirodni sadržaj, kao određenost njegove slobode. Kod Kanta dakle nailazimo na ispravnu iskru, koja je njemu ipak pogrešno osvetlila put.²⁰

Brak svoju instinski pravnu stranu ima samo prema onima izvan njega, u odnosu prema kojima „brak istupa” kao ono jedno što je u sebi celovito. Kod uspostavljanja odnosa braka prema onima izvan jasno se manifestuje priroda braka kao istinski liberalna ustanova, kao zaista autentičan institut prava: supružnici nemaju nikakva prava u pravnom smislu jedno prema drugom, nego se njihovo pravo kao pravo javlja tek u odnosu njihove zajednice, u odnosu njihovog braka prema onome izvan te zajednice koja je brak.²¹

Pozitivan odnos prema onima izvan braka razlaže se u više slojeva: to je odnos supružnika prema zajedničkoj deci, međusobni imovinski odnos supružnika i najzad odnos supružnika kao onoga što je posmatrano kao jedno prema svima ostalima.

* * *

Ono što je do sada rečeno o pravnoj prirodi braka naročito dolazi do izražaja u komparaciji sa pravnim institutom porodice. Naime, dok se zaključenjem braka ukida svaka mogućnost daljeg pravnog međusobnog odnošenja, nastankom porodice nastaju upravo određena prava i obaveze u sasvim sadržajnom smislu. Dakle, dok supružnici zaključenjem svog braka isključuju mogućnost međusobnih pravnih odnosa, dotle se s druge

²⁰ Kant možda ni u jednom svom stanovištu nije neprihvatljiv u toj meri kao što je to slučaj sa njegovim određenjem braka.

²¹ U tom smislu Hegel piše: „Pravo koje pripada pojedincu na temelju jedinstva porodice [...] ispoljava se samo utoliko u obliku prava, kao apstraktnog momenta određene pojedinačnosti, ukoliko porodica prelazi u raspadanje [...] dakle samo po spoljašnjim stranama (imovina, alimentacija, troškovi odgoja itd.).” (Hegel, G. W. F.: *Osnovne crte filozofije prava*, Veselin Masleša — Svjetlost, Sarajevo, 1989, str. 288, § 159).

strane rađanjem zajedničke dece upravo uspostavljaju novi i specifični pravni odnosi. Sasvim kratko rečeno: dok supružnici u iznetom smislu — može se reći — uopšte nisu u pravnom odnosu — i to je jedini odnos u kome oni ne mogu biti — oni već sa svojom decom istovremeno jesu u pravnom odnosu. Onaj pravni subjektivitet koji je na *inter partes* relaciji ukinut u braku, sada se ponovno budi sa stupanjem u institut porodice. Odnos između supružnika nije pravni ali njihov odnos prema deci jeste takav. Supružnici se sebi ne pojavljuju kao lica ali roditelji i deca već opet uspostavljaju odnos lica. U tome je suštinska pravna razlika između instituta braka i instituta porodice.

Kao što je navedeno, supružnici jedno prema drugom nemaju nikakva prava u pravnom smislu i čak su tu mogućnost uspostavljanja prava potpuno isključili upravo međusobnim zaključenjem braka. Nasuprot tome, roditelji prema deci s jedne strane, kao i deca prema roditeljima s druge strane, imaju sasvim određena prava. Pri tome mislim na prava isključivo lične prirode, ne i na imovinska o kojima će biti reči kasnije. Naime, roditelji imaju *pravo* da vaspitavaju svoju decu, da sa njima budu u kontaktu, da sa njima provode određeno vreme, da ih zauvek pravno priznaju kao svoju decu, pa čak i nakon smrti taj roditeljski odnos ostaje kao nešto pravno relevantno, kao nešto pravno postojeće. Deca takođe imaju niz ličnih prava prema svojim roditeljima. Supružnici, nasuprot tome, u autentičnom braku uzajamno nemaju nijedno pravo lične — dakle istinski supružanske — prirode. Time se svakako ni najmanje ne pokušava osporiti onaj odnos roditelja i dece za koji u jednom opšteljudskom smislu možemo reći da nadilazi pravni odnos, kao što je roditeljska ljubav i sl. Ali, to je nešto što je pravno irelevantno i što ne spada u problematiku porodice kao pravnog instituta. Sa ovog stanovišta razlika između braka i porodice je u tome što se brak u celosti svog opsega u ličnoj ravni iscrpljuje u toj izvan-pravnoj sferi, dok porodica već opet sadrži oba sloja na ličnom planu — i pravni i izvan-pravni. U autentičnom pravnom institutu braka supružnici nemaju u pravnom smislu pravo da bilo šta zahtevaju od onog drugog: niti pravo da se viđaju, niti da zajedno provode vreme, niti da se priznaju kao supružnici. Ovo je nužna posledica toga što oni međusobno sebi nisu pravne ličnosti.

* * *

Kada je reč o međusobnim imovinskim odnosima supružnika tokom braka, pre svega treba reći da se prelaskom na imovinske odnose već čini prvi korak u istupanju iz onoga što izvorno pripada bračnom pravu, čime se okrećemo građanskom pravu kao takvom. Specifičnost tog prelaza iz bračnog u građansko pravo — prelaza koji se odvija u institutu imovinskih odnosa supružnika — sastoji se pre svega u njegovoj imovinskoj prirodi. To znači da supružnici nisu na prvom mestu suvlasnici, kao nosioci vlasničkih prava, nego su oni kao supružnici pre svega nosioci imovinskih prava. Tako onaj unutrašnji sadržaj instituta braka u izvesnoj meri i

ovde ostaje očuvan — naime, u meri u kojoj se nosioci vlasničkih prava kao suvlasnici razlikuju od nosilaca imovinskih prava. Bračna zajednica je u imovinskoj sferi pre svega imovinska a mnogo manje zajednica suvlasnika.

Možemo reći da se supružnici obavezuju da međusobno uspostave jednu obligacionu relaciju koja će prema svima koji su ostali izvan imati stvarno-pravno dejstvo. Tako se u bračnoj imovini sreću obligaciono i stvarno pravo — u tome što imovina supružnika ima pre svega obligacionu, imovinsku prirodu između njih samih dok se prema onima spolja ona distancira uspostavljanjem stvarno-pravne prirode. Tako i na području imovinskih odnosa ponovo — sada u izmenjenom liku — srećemo onaj *inter partes* odnos između samih supružnika, kao i onaj *erga omnes* odnos njihovog braka prema onima izvan. Upravo je ova složenost prirode bračne imovine ono što uspostavlja razliku prema celokupnoj preostaloj sferi građanskog prava.

Na taj način, nadalje, supružnici čak ni u ovoj imovinskoj sferi ne uspostavljaju onaj odnos apstraktnih lica koji ljudi inače imaju izvan braka u svakoj autentičnoj pravnoj zajednici. Ta specifičnost naročito dolazi do izražaja — pa čak možemo reći da stiče čist lik očiglednosti — momentom prestanka braka.

* * *

Prestanak braka se u ontološkom smislu sastoji u ponovnom vraćanju pravnom subjektivitetu. Dok su supružnici u aktu zaključenja braka jedno u odnosu na drugo ukinuli onu liniju koja ih je razdvajala na dve ličnosti u pravu, dotle se oni u aktu prestanka braka vraćaju svom izvornom pravnom liku, naime ličnosti kao subjektu prava. Oni u aktu prestanka braka prestaju jedno drugom da budu ono neposredno, ono što se unutar braka ne razlikuje u odnosu na ono drugo, ono što se u onom drugom potvrđuje kao vlastito — i ponovno postaju ono jedno nasuprot onom drugom, koje u drugom sada ponovno prepoznaje svoju granicu i svoju negaciju. To je pravna suština prestanka braka.

U ovom pogledu je sasvim irelevantno na koji način je došlo do prestanka braka — da li razvodom, poništajem braka ili smrću. Razlika je samo u tome što se kod razvoda i poništaja braka obe ličnosti supružnika uzajamno uspostavljaju, dok kod prestanka braka smrću nadživeli supružnik uspostavlja odnos tek prema imovini preminulog ali tako što se preminuli tretira kao bivša ličnost. Razlika je sasvim nebitna jer se i u situaciji *inter vivos* i u situaciji *mortis causa* odnos supružnika ponovno otvara kao pravni odnos s obzirom na ličnost kao ono apstraktno.

Na ličnom planu, u ravni istinskog sadržaja²² instituta braka, *prestanak* braka se svodi na jednu jedinu stvar: uzajamni *nastanak* ličnosti kao

²² Na ličnom planu, kao zajednica prirodnih bića, kao emotivni odnos i odnos intimne topline brak naime ima određenost sadržaja, dok kao pravni fenomen brak unutar sebe kao instituta zapravo svoju punoću ispoljava time što u njemu izostaje svaki sadržaj — dakle, svaki sadržaj koji bi bio pravni.

pravnih subjekata. To što u jednom faktičkom smislu prestanak braka najčešće podrazumeva veoma dramatične događaje, pre svega na emotivnom planu, pravno je sasvim bez značaja.²³ U pravnom smislu, prestanak braka je dakle više nastanak nego prestanak nečega. Na ličnom planu ona sfera neposredne intimnosti, ono odsustvo svakog pravnog sadržajnog određenja nestaje da bi se time omogućio upravo nastanak pravnih relacija između supružnika. Težište na onom „nestajanju” je u pravnom smislu više kod zaključenja braka, o čemu je već bilo reči. Ovde je pak u pravnom smislu više reč o nastajanju.

Na imovinskom planu prestankom braka započinje prerastanje onoga *inter partes* imovinskog odnosa u *erga omnes* odnos tipičnih vlasnika. Ali, na prvom mestu upravo sama obligaciona, dakle imovinska relacija između dotadašnjih supružnika takoreći podleže ospoljavanju, tako što se između supružnika kao sada već ponovno konstituisanih pravnih subjekata otvara imovinski odnos u jednom čisto građansko-pravnom smislu, a to znači kao odnos pojedinačnih i jasno različitih pravnih ličnosti. Iz ove promene naprosto kao unutrašnja nužnost izvire težnja ka prerastanju imovinskih odnosa u vlasničke. Potraživanja između supružnika, koja su za vreme trajanja braka u najvećoj meri potisnuta u nešto tek latentno, sada u prvi plan istiskuju svoju istinski obligacionu²⁴ prirodu kojoj — bez obzira što je reč o *inter partes* odnosu — ipak dominantnu notu daje apstraktni lik lica kao subjekata prava. Ono što iz svega toga naprosto izranja kao neka unutrašnja priroda jeste upravo ta već pomenuta težnja prerastanja imovinskih u stvarna prava, koja je zapravo imovinska strana ukidanja svakog *inter partes* odnosa između supružnika i koja je druga strana uspostavljanja njihovih apstraktnih ličnosti i utoliko ponovnog izjednačavanja (apstraktnog nerazlikovanja!) supružnika u odnosu na sva druga lica. U ovom smislu možemo reći da je na imovinskom planu prestanak braka vezan sa potiskivanjem sfere *inter partes* u korist sfere *erga omnes*. Ona naprosto „spontana”, „prirodna” težnja svakog imovinskog prava u građanskoj sferi — težnja ka ukidanju imovinskog, odnosno obligacionog i ka uspostavljanju vlasničkog, odnosno stvarno-pravnog — ovde se u institutu prestanka braka ponovno naglašava nakon što je tokom trajanja braka bila gotovo „zaboravljena”.

* * *

Najzad, prema trećim licima pored onog ličnog plana na kome se uspostavlja već naveden odnos ekskluzivnosti u kome su svi ostali isključeni iz mogućnosti ukidanja pravnih ličnosti u odnosu na jednog ili drugog supružnika, dakle pored tog ličnog plana, na nivou imovinskog se brak

²³ Posmatrano sa stanovišta pravne prakse nije uvek tako ali bi trebalo da bude tako. To na primer znači da krivica za razvod braka, sama po sebi, ne sme da dovodi do bilo kakvih posledica u imovinskim pravima supružnika ako se želi konstituisati autentični institut braka.

²⁴ Hegel bi rekao — apstraktnu.

prema svim licima izvan postavlja kao ono što je jedno, u sebi neizdiferencirano jedno. Supružnici u pojedine imovinske odnose doduše stupaju i individualno kao pojedinačni subjekti ali to onda čine indiferentno prema instituciji braka, dakle ne kao supružnici nekog braka. Kao supružnici oni za sve vreme trajanja braka prema svim licima izvan čine ono jedno koje se u sebi ne razlikuje.

* * *

Kada Radbruch piše o suštinskoj protivrečnosti braka koja se sastoji u odnosu prirodnog sadržaja (erotike, ljubavi, itd.) i pravne forme,²⁵ on uopšte ne zahvata ništa bitno u određenju braka. Suštinska razlika prirodnosti i apstrakcije, koja je zaista karakteristična za brak, uopšte nije ništa specifično za ovaj pravni institut. Ista ta „protivrečnost” proteže se celokupnim područjem pravnog fenomena, bez obzira da li je reč o institutu braka, stvari, lica, svojine, štete. Ontološka diskrepancija te dve odredbe — prirodne i apstraktne — ovde samo dospeva do očiglednosti: ovde naprosto niko ne može da je ne vidi. Međutim, ne postoji nijedna institucija pravnog fenomena u kojoj ne bi bile zastupljene obe odredbe — prirodna i apstraktna. Kod određenja pravnog instituta lica mi čak vidimo da se upravo u tome sastoji jedna takoreći prednost pravnog fenomena s obzirom da upravo jasno razlikovanje prirodnosti i apstrakcije predstavlja ontološki temelj za uspostavljanje prava kao instituta slobode. Ali, mi smo u ovom radu videli da prirodna odredba braka (erotika, ljubav) uopšte nije u odnosu protivrečnosti nego upravo u komplementarnom odnosu sa „pravnom formom”, tj. sa brakom kao institutom autentičnog prava.

Nakon svega što je izneto, setimo se teze sa početka ovoga rada — da je brak jedini institut lica kojim se bavi građansko pravo (koje se inače bavi samo institutima stvari), te da to nije rezultat slučajnosti nego upravo suštinske prirode braka. Takvo stanovište nas je pre razmatranja iznetih u ovom radu možda moglo podsetiti na Kantovo određenje bračnog prava kao „ličnog prava na stvaran način”. Ali, sada to više nije tako. Brak naime pripada građanskom pravu jer ugovorom uređuje odnos supružnika. Nadalje i time što taj ugovor, kao i svaki drugi ima dejstvo *inter partes*. Ali, taj ugovor, za razliku od svakog drugog ugovora građanskog prava ne uspostavlja nikakva prava nego zapravo u potpunosti ukida svaku njihovu mogućnost *inter partes*. Kao što je izneto, time se s jedne strane otvara unutrašnji prostor za isključivo prirodni, ne-apstraktni odnos između supružnika (koji već sasvim pada izvan građanskog prava) ali i uspostavlja njihovo uzajamno dostojanstvo. Time je ono pravo lica a ne stvari. Ovakvo stanje stvari svakako nema ničeg zajedničkog s Kantovim

²⁵ „Ali brak iz ljubavi i pravna forma nalaze se u teško savladivoj protivrečnosti. Erotika, najčudljivija i najsamovoljnija pojava, i pravo, najracionalniji i najdosledniji poređak ljudskog života, ne mogu se uklopiti kao materija i forma. Erotika može da bude ekstaza ili svesno uživanje bez strasti, može biti mistika ili laka i vedra igra; jedino protiv čega se ona celim svojim bićem opire da bude, to je bračna dužnost.” (Radbruch, G.: *Filozofija prava*, Nolit, Beograd, 1980, str. 194—195).

stanovištem: „time što jedna osoba stiće drugu kao stvar, ova opet uzajamno stiće nju; jer tako ona opet dobija sebe samu i uspostavlja opet svoju ličnost”.²⁶ U institutu braka, kao autentičnom pravnom institutu, osoba ne samo da „ne stiće drugu kao stvar”, nego upravo ukida svaku mogućnost uzajamnog prava kao bračnog da bi se upravo time omogućilo stvaranje dostojanstva kao druge strane jednog istog procesa.

MARRIAGE

Janko Kubinjec, PhD

Summary

Marriage is the only legal concept related to persons regulated by the civil law, since the civil law deals primarily with objects. Historically, marriage developed from the most personal type of slavery to marriage understood as freedom. By entering into the marital agreement the spouses abolish their own legal entity and all legal relations based on marriage as such. Spouses' legal entity will be reestablished at the time of termination of marriage. At the time of entering into marriage the spouses eliminate the possibility of internal legal relationship, while on the other hand, the new, specific legal relationship will be established when their children are born. The property relations are considered as a transition from marital to civil law.

Keywords: Marriage, legal being, person, contract, inter partes, erga omnes, slavery, freedom, family, property at the time of entering into marriage/termination of marriage

²⁶ Kant, I.: *Metafizika morala*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, 1993, str. 79, § 25.