

Д-р БЛАГОТА М. ГАРДАШЕВИЋ

СКЛАПАЊЕ БРАКА ПРЕКО ЗАСТУПНИКА

Скоро сва законодавства која говоре о браку, како црквена тако и грађанска, слажу се у томе да постоје три главна и битна услова, који се морају испунити при склапању брака, да би брак био ваљан и пуноважан. То су они битни брачни фактори и чиниоци који стварају брак: а) два лица разнога пола; б) слободна изјава воље или слободна сагласност брачних другова да желе ступити једно са другим у брак и б) законом прописана и установљена форма за склапање брака. И Брачна правила Српске православне цркве (БП) у § 11 траже те исте услове. Ако нема и само једног од тих битних услова, онда и брака нема. Тако, ако нема два лица разнога пола, него је брак закључен са два лица истог пола¹ или нема пуноважне изјаве да младенци желе

¹ Тешко је претпоставити да може доћи до закључења брака између два лица истог пола, пошто законодавства обично траже строге превентивне мере, којима морају бити подвргнута брачна лица пре него закључе брак по форми која се за то тражи. Код црквеног брака у Православној цркви још мање се може десити таква околност, пошто сем превентивних формалних радњи и докумената постоји у њој и институт оглашавања, где се најлакше отклањају такви недостаци. Али, нема правила без изузетака и са тим се изузецима мора рачунати.

До склапања брака између два лица разнога пола могло би доћи, када би једно лице у случају стицаја околности прикрило свој пол и обукло се у мушко или женско одело супротно другом лицу и тако извршило обману. Тако закључена брачна заједница сматра се непостојећом, а лице које би извршило такву обману морало би бити кажњено по закону напр. код нас по чл. 258 или 286 Кривичног закона. Ако би такав брак био склопљен и у Православној цркви кривац би морао бити кажњен и од црквене власти не само као преступник против црквеног учења и морала него и за јавно ругање обреду. Ту се већ не ради о заблуди истоветности брачног лица, него о грубој превари о полу.

ступити у брак² или брак није склопљен по прописаној форми, која важи на извесној територији или у некој религијској или друштвеној заједници за чланове тих друштава, а које је закон овластио да по својој форми склапају бракове, ако дакле нема и једног од тих услова онда ту нема ни брака и ту нема шта да се ништи, јер брак уопште *de facto* не постоји *ex lege* и ту никаква судска одлука о поништењу брака није потребна³.

До данас су познати свега два пола — мушки и женски. Истина, неки сматрају да постоји и средњи пол, у који убрајају хермофродите тј. лица која нису ни мушког ни женског пола — ни мушко ни женско или су и једно и друго. Али тај израз средњег пола не одговара потпуно бићу тих лица (Д-р Живојин Перић, Лично брачно право, Београд 1934, 8). Зато не може бити брака ни између једног нормално способног човека, било мушког или женског лица са хермофродитом, како ни између хермофродита међу собно. (Ж. Перић, цит. дело, 8)

Само у погледу начина на који ће се констатовати неважење или непостојаност таквог брака у науци постоје различита гледишта. Стога и поједина законодавства то различито решавају. Једни заступају гледиште да ту недостаје један од битних брачних услова и да су такви бракови непостојећи, док други мисле да ту постоје сви брачни услови, али да се налази само брачна сметња и такву брачну сметњу решавају по начелима која важе за сметњу због полне неспособности. (Ср. Д-р Мехмед Беговић, Породично право, Београд 1952, 28)

Наша Брачна правила а исто тако и Основни закон о браку ФНРЈ изрично не решавају ово питање. По БП овакви случајеви могли би се решавати или по § 38 т. 1 ако би се стало на становиште да не постоје битни услови за брак из § 11 т. 1, те би такав брак био ништаван или по тачки другој истог § 11, ако би се узело да постоји само брачна сметња из § 27 т. 5, где се говори о превари или заблуди о способности брачног друга за вршење брачних дужности. А по Основном закону о браку такав случај морао би се решавати било по чл. 38 т. 1 (брак који нема једног од битних услова) или по чл. 48 т. 2, где се говори о заблуди о битним особинама брачног друга.

² Још у римском праву налазимо правила која говоре да саме странке стварају брак *Nuptiae solo affectu fiunt* или *Consensus facit nuptias*. — Брак ствара само љубав или сагласност ствара брак [Таква се мисао доследно спроводила и касније скоро кроз цело византско законодавство. (Cod. Theod. III.7, 3, Ed. Pharr Clyd, New Jersey S. 70; Just. Cod V, 4, 21, 22, 26; V, 5, 5,8; Dig. XXIII, 6 2; Nov. 20, 3; 74, 114; 117, 4). Тога се гледишта дуго држала и хришћанска црква. Бог је дозволио склапање првога брака у рају. Он доводи жену Адаму и Адам сам објарљује брачни савез, који је извршен са „Божјом милошћу“ (Мoj. 2,34; Мат. 19, 6) (Ср. С. Троицки, Хришћанска философија брака, Београд, 1934, 165; Исти, Црквени или грађански брак, Београд, 1926, 8). Господ Исус Христос осветио је такав брак са својим пасивним присуством на свадби у Кани Галилејској (Јн. 2, 1—11). То исто говоре и многи свети оци, а нарочито то наглашава св. Јован Златоуст кад каже: „Брак се не склапа ничим другим до пристанком по законима“. (J. Crisost, Homil. in Mat, 32, с. 1 и 5; с. 27, q, 2; Hom. 56, in I Moj. MG. 54, с. 488. Ambros. Med., De ins. virg. cap. 6, MG. 16, 316; Avgust. Serm. 51, 13. M. L. 38, 344—5 То је црква касније и својим канонима потврдила. Тако 1 правило Лаодикиског сабора тражи да брак буде склопљен „слободно и по законима“ тј. слободни пристанак брачних другова да буде потврђен са законитом формом. И данас православна црква сматра подједнако важним сва три услова за брак, док је у римокатоличкој цркви изјава слободне воље — сагласност брачних другова — много важнија од трећег услова — форме за закључење брака. Стога Codex Iuris canonici и данас са својим 1098 и 1099 канонима дозвољава и признаје као ваљан брак у неким случајевима ако је и склопљен без венчања и без присуства свештеника, само ако постоји слободно изјављена сагласност брачних другова пред сведоцима (D-г A. Crnica, Priručnik Kanonskog prava katoličke crkve, Zagreb, 1945, 214).

³ Брачна правила Српске православне цркве кажу у § 38 т. 1 за брак који „нема свих брачних услова из § 11“ да је то „ништавни“ брак, а исто тако и у последицама поништења брака према §§ 6 и 48 изједначају непостојећи са ништавним браком. Изједначаје се брак код кога нема брачних услова са браком код кога постоје само брачне сметње. Али последице постојања брачне сметње и непостојање брачних услова

Међутим може се десити да формално и привидно постоје сви ти битни услови, па ипак да се само у једном или више од њих налази неки недостатак, било у виду брачне сметње или брачне забране које брак чини ништавним или недозвољеним, ако је постојао у часу склапања брака, јер оне „чињенице, које би се јавиле после склапања брака не утичу на ваљаност тога брака“. (Види § 5 у вези са § 4 ст. 2. БП). Највећи број тих недостатака су доста јасно и таксативно наведено у §§ 12, 13, 27, 33, и 37 БП⁴. Иако су БП „први покушај систематске кодификације брачног права у Православној цркви“, пошто таквих радова још нема у законодавству других православних цркава⁵, она су ипак сасвим добро регулисали материју о брачном праву, тако да се и Основни закон о браку ФНРЈ у главним линијама у велико ослања на њих. Али ипак и у БП, као и у сваком другом закону, постоје ту и тамо извесна питања, која нису јасно истакнута, постоје наиме извесне празнине које се тичу чак и битних услова за брак. Овде ћемо се осврнути само на оне које су у вези са нашим питањем.

Кад је реч о битним условима за брак два лица разнога пола и њихова пуноважна изјава да желе ступити у брак, БП нису јасно прецизирала извесне моменте о томе на који ће начин та два лица дати своју сагласност за ступање у брак. Ту постоји читав комплекс питања за које се не налази тачан одговор као: да ли ће та сагласност бити изражена писмено или усмено; како ће се прибавити сагласност од глупонемих лица која не знају ни читати ни писати; како пак од лица која говоре неки страни језик, а који не разуме свештеник који обавља тајну венчања и као најтеже питање — да ли се увек и у свакој прилици мора тражити лично присуство оба брачна друга у часу венчања и склапања брака тј. дали једно или оба брачна друга могу склопити брак и преко заступника? Ово последње питање је и предмет овога чланка.

Брачна правила ово питање нису директно, непосредно и јасно решила. У канонима православне цркве о том питању се не говори ништа. Велики број канониста такође то питање обилази. Вероватно, да су сви они претпостављали као потпуно разумљиво, да у једном од најважнијих момената човекова живота, кад склапа брак и прима једну свету тајну, мора лично присуствовати и учествовати у томе чину. И заиста на први поглед изгледа изlišно питање: да ли онај који прима свету тајну брака, који се венчава, мора присуствовати лично, са својим будућим брачним другом, обреду венчања? Позитиван одговор се намеће

нису једнаке. Код последњег више би могао да се примени § 126 БП, јер „непостојећи брак не повлачи никакве последице брака, а супрузи из таквог брака сматраће се као да никада нису били брачни другови“ (Чл. 28 ст. 2 Основ. Зак. о браку). Тако ако напр. нема трећег битног брачног услова — „венчања у законом прописаној форми“ — то није брак него блуд, а „блуд није брак, пак ни основа за брак“, каже св. Василије Велики у свом 26 правилу. (Ник. Милаш, Правила II, 382). За раскид такве везе не треба никаква судска пресуда како по БП СПЦ тако и по Осн. Зак. о браку; ту би се таква лица гонила по другом основу: било да се приволе на брак или да се раставе (§ 126 БП).

⁴ Ма да су и многи пропуштени те се и не спомињу у горњим параграфима, него се узгред налазе у §§ 110, 112, 113 и 116, или се не налазе нигде.

⁵ С. Троицки, Чудновата полемика г. проте Љ. Влацића, Хришћанско дело, св. 5. Скопје, 1940, 399.

и он посредно резултира и из БП где се за форму брака тражи, „венчање прописано црквом“ (§ 11 т. 3). А „венчање се врши по прописима у Требнику“ (§ 66 т. 1), где опет стоји, да свештеник на венчању пита младенце и то прво мушко лице: „Имаш ли ти Н. добру и ничим не изнуђену вољу да узмеш себи за жену ову Н. коју пред собом овде видиш“. А такође и младу пита: „Имаш ли ти Н. добру и ничим не изнуђену вољу да узмеш себи за мужа овога Н. који овде пред тобом стоји“⁷ па тек ако је добио потврдан одговор од једног и другог лица приступа обреду венчања, којим се по црквеном учењу брак освећује и закључује⁸.

Истина таква питања у обреду венчања каснијег су датума. Она су дошла код нас из Русије заједно са штампаним богослужбеним књигама рускословенске рецензије, а тамо су доспела са запада. Први пут у Русији су унета ова питања у обред венчања 1677 г. и од тада се стално налазе у сваком њиховом штампаном Требнику. Међутим у старим обредима за венчање таквих питања нема. Исто тако тих питања нема ни данас у обредима за венчање у Грчкој православној цркви.⁹

Има још и других посредних сведочанстава, како у БП тако и у другим званичним и незваничним зборницима цркве који индиректно говоре да брачни другови требају лично да присуствују венчању и склапању свога брака. Тако у § 2 стоји: „Лица која ступају у брак морају у православном храму, пред надлежним свештеником и пред најмање два сведока, изјавити своју слободну жељу да ступе једно с другим у брак“. А многи црквени зборници траже, „да свештеник наложи жениху и невести, да се исповеде од својих грехова и ако је могуће, да се припреме са постом и молитвом за свето причешће и тада да приступе к светој тајни супруштва и благослову као што правом хришћанину приличи да присуствује“.¹⁰ Али све то директно и непосредно не говори о томе да младенци морају лично дати ту изјаву своје слободне воље у једном истом храму и пред истим свештеником и то у часу кад се врши венчање. Постоје разни видови могућности да се осведочи „изјава своје слободне воље“. Може она бити дата у храму и пред надлежним свештеником и писмено потврђена, а да венчање изврши други свештеник са писменим овлашћењем, што и БП дозвољавају (§ 56). Дакле, у БП немамо нигде директно и јасно наглашено, да жених и невеста морају лично присуствовати у часу венчања и склапања брака. Напротив, у § 67 каже се: „На венчању морају, осим свештеника, бити присутни најмање два сведока“. Претпоставка је да се ту подразумевају и брачни другови у нормалним приликама, али пошто то закон изрично не каже, то се може извести и други закључак. Јер код предбрачног испита је на пр. јасно речено: „О предбрачном испиту саставиће парох записник, који потписује он, вереници, (њихови родитеља или стараоци) и брачни сведоци“. (§ 61 ст. 2 БП).

⁶ Д-р Драгољуб Аранђеловић. „Архив“ за правне науке, бр. 2 1937, 126.

⁷ Фірмилианъ, Требникъ, Београд 1890, 24; А. Павловъ, Брачное право прав, церкви, Богослов. Вѣстникъ, Сер. Тр. С. Лавра 1901, I, 606.

⁸ Др Л. Мирковић, Православ. литур. II део Београд 1926, 136.

⁹ Види у Εὐχολόγιον.

¹⁰ Крмчија Књига (штампана) II, гл. 50, Москва 1787 л. с/2.

Пошто БП не говоре ништа о питању — да ли одсуство једног брачног друга и венчање преко пуномоћника, са писменом „изјавом своје воље“ да жели ступити у брак са одређеном особом, може бити дозвољено у православној цркви и у макаквом изузетном случају, то се морамо обратити другим изворима за црквено законодавство и пракси, која се спроводила у хришћанској цркви. Ово тим пре што се и са многим другим питањима, која су чак изрично наглашена у БП као: „венчање у храму“ у одређене „дане“ и одређено „време“ и „прописани обред венчања“ може понекад отступити од прописа, некад дозволом, а некада, у случају преке потребе чак и без дозволе надлежног архијереја (§§ 64 и 66 БП), а тамо пак где постоји празнина у закону — као што је ово питање, где се „брачни случај не може решити по прописима Брачних правила, ни по јасном духу у смислу тих прописа, држаће се црквена власт општих црквених прописа назначених у чл. 7 Устава Српске православне цркве“ (§ 134 БП).

Код склапања брака преко заступника постојали би сви битни услови који се траже по § 11 БП. Ту су два лица разнога пола, ту је изјава воље да желе ступити у брак, потпуно „одређена и без икаквих услова“ (§ 2, 11 т. 2 и 35 БП), а ту је и форма са „учешћем цркве — венчање“.

О ваљаности или неваљаности прва два услова потпуно се слажу погледи православне цркве и права, док о последњем од ових услова, о форми за брак, настаје разилажење погледа цркве и права, израженог преко грађанског законодавства. Право гледа на форму брака као на један уговор за уређење животне заједнице једног мушкарца и једне жене.¹¹ Правно узевши склапање брака преко пуномоћника била би једна нормална ствар, јер правна максима гласи: Оно што неко сам собом може учинити лично, то може учинити и по другоме.¹² „Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum“ или „Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum“.¹³ То би било могуће тим пре ако је у питању прека потреба једног лица да пренесе своје право на другог. Православна црква пак гледа на брак и на форму за брак као на свету тајну, у којој се са свештеничким благословом освећује споразум и узајамно обећање између два лица разнога пола.¹⁴ У „Православном исповедању вере“ каже се, — да за часни прави брак није довољно само узајамни споразум између мужа и жене, него да то потврде пред свештеником који ће својим благословом утврдити тај споразум.¹⁵ Ту се видљивом радњом (свештенички благослов) даје благодат Божја, која освећује брачну везу. Отуда је код цркве преовладало учење, да брак склапа не само воља брачних другова него и воља цркве. Не само *consensus facit nuptias* него и *consensus ecclesias* преко свештеничког благослова. Ту су сем благослова и друге радње

¹¹ Др М. Беговић, Породично право, Б. 1952, 24.

¹² Иако је то правна максима, ипак треба напоменути, да и ту у праву постоји извесни изузетак, па се тражи да поједини акти где се изражава последња воља морају бити лично потврђени. Тако напр. тестамент се мора лично потписати и потврдити. (Др Fra Vitomir Jeličić, *Капопско-Зендешко право*, Сарајево 1930, 166.

¹³ Ј. А. Ритер, *Пандекте или данашње римско право*, превод А. Борђерин и Др Др. Мијушковић, Б. 1890, 638.

¹⁴ Н. Милаш — *Православно црквено право*, Београд, 1927, 613.

¹⁵ *Православно исповедање* I, 105.

и символични знаци, као: чаша са вином, венци и друго, који су везани за лично присуство оба брачна друга, јер је тим предметима и радњама дат религијски карактер.

Да ли свештеник може дати благослов и благодат Божју, једном брачном другу, било жениху или невести и склопити брак, ако једно од њих није само телесно присутно, јер је изванредним околностима спречено, а има исправне све друге услове? У историји развитка црквеног законодавства, у зборницима црквеног права и у пракси појединих цркава, нашли би се примери који говоре за такву могућност.¹⁶

У првим вековима историје хришћанске цркве хришћани су склапали брак по постојећим грађанским прописима римског права. Тај и тако склопљени брак црква је признавала и, као награду добрим хришћанима, благословом епископа или свештеника га потврђивала.¹⁷ А по римском закону довољна је била сагласност жениха и невесте на брак па да буде пуноважан. Та сагласност могла је бити изражена усмено речима, писменим актом и самим делом тј. преласком невесте у дом младожење. На ова два последња начина, тј. писменим актом и преласком невесте у дом младожење, брак је бивао пуноважно склопљен и онда ако жених није лично присутан моменту склапања таквог брака, него се налазио на осуству и далеко од места где се брак склапа.¹⁸ Значи да је писменим или усменим путем, преко пуномоћеника морао читавати пре свега своју сагласност, а затим и сам пристанак да млада дође у његов дом, што је опет, ако је отсутан, морало бити једнако давању слободне сагласности за брак. Такве и сличне законске одредбе, по који се сагласност могла читовати и брак склопити преко заступника, налазимо скоро у свим каснијим зборницима грађанског византиског законодавства.¹⁹

За нас пак од тих одредаба византиског грађанског законодавства је најинтересантнија одредба Прохирона, која је ушла како у рукописну тако и у штампану Крмчију.

Та одредба у Крмчији гласи: *Мужъ зъко ѿшестви си ѿ дому своѣмъ, мѡжетъ ходѣти, или послѣнѣмъ писѣнѣмъ, сирѣчь, грамѣтами бракъ сотворѣти, и жѣноу в домъ своѣй привести. Иже жѣнѣ вѣсть в домъ своѣмъ не мѡжетъ бракъ быти, ни мѡужъ в домъ еѣ вѣсти*,²⁰ То значи да је само жених могао дати пуномоћије и послати изасланика у циљу склапања брака. Невести, пак, то није законом било дозвољено. Само је законодавство предвиђало, да такво пуномоћије мора садржавати све оне главне моменте који се тичу овога брака и мора

¹⁶ С. Троицки, Склапање брака у осуству мушке стране „Просветни гласник“ 1944, св. 3, 150; Позивање Н. Милаша на Валсамоново тумачење 27 пр. Василија Великог као да говори о таквом браку није исправно, јер поменуто правило и Валсамоново тумачење на њега говори само о неправилном браку свештених лица, а о браку преко заступника нема ни речи. (Види Милаш, Црквено право, 687, пр. 6).

¹⁷ Athenagorae, Legatio pro chris. c. 33, MG, 6, 965—6. Theod. Studitae Epist. 50 и 192 MG. 99, 1092, 1584; Symeon Thessal. MG 155, 513; J. Chrysostomi; hom ad 1 Tim. MG. 62, 597. Сравни С. Троицки, Филозоф брака, 54—55.

¹⁸ Cod. Theod. III. 7, 3; Nov. Jus. 22. c. 3; А. С. Павловъ, Брачное право, 253; С. Бобчевъ, Церковно право, София 1917, 342.

¹⁹ Digest. XXIII, 1, 5, 6 и 7; L. 14, 3; Ecloga XXIII, II, 13, 8; II, 2; Prohiron 6. 4; Basil. XXIII, 1, 3, 14; XXVIII, 4, 4; LIV, 15, 3. С. Троицки, цит. дела Склапање брака..., 148—9.

²⁰ Крмчија (штамп. II. гл. 48, гр. 4 чл. 5, Москва 1787 л. 86/2 — рукописна морачка) Гл. 48 грана 4, стр. 484 (e—s).

бити потврђено од надлежне власти. То мора бити специјално пуномоћије, везано само за тај случај и за одређене услове. Исто тако у Крмчији се и за обручење то дозвољава: „Обручѣніе творѣтъ кто и самъ собою и ходатаи, и посланіим писаніа.“^{20а}

Рукописну Крмчију је приредио лично Свети Сава и она је отада па кроз читав средњи век служила и данас служи са штампаном Крмчијом као званични зборник за Српску цркву.²¹ Исто тако овај Зборник византиског грађанског законодавства, који се налази у Крмчији под називом „Закон градски“, служио је као главни извор за приватно право у Српским земљама све до половине XIX века.²²

Оваква одредба Крмчије морала је имати утицаја на закључење брака са заступником и у православним црквама код словеначких народа. Свакако не у нормалним приликама него кад су то захтевале изванредне прилике и изузетни случајеви. Та одредба Крмчије и пракса утицала је што је Св. синод Руске православне цркве, иако је стајао на становишту да је потребно лично присуство брачних другова приликом склапања брака,²³ па је ипак донео одлуку № 17505 од 9 септембра 1796 год. „да се изузетно члановима царске породице допушта да могу закључити брак преко пуномоћника.“²⁴

^{20а} Крмчија гл. 48 гр. 1 чл 11.

²¹ Св. архијерејски сабор Српске православне цркве у својој седници од 25 маја 1939 године, усвојио је предлог законодавног одбора у коме се налази следеће становиште:

а) Да „Крмчија књига као официјелни канонски зборник свих православних словенских цркава није дерогиран и данас важи као официјелан“ и „као таква у потпуној крепости“.

б) „Партикуларни закони свих држава имају се ускладити у универзалне законе и прописе садржане у Крмчији, као свесловенском официјелном зборнику и не могу дерогирати прописе истог од општег канонског значаја, освештавне древног вековном употребом, а при колизији истих превалира партикуларно право само у случајевима који не додирују основну суштину канона и црквено државних закона, стално примењиваних у појединим православно словенским црквама, а у брачним случајевима држаће се црквена власт опште црквених прописа (§ 134 Б. П) од којих се ини старијега времена сви налазе у Крмчији, па их ова сва обухвата као еминентни формални канонски извор“.

в) „Наша Брачна правила не могу заменити Крмчију у потпуности јер овде важи правило римског правника: *unius positiō non est alterius exclusio* и § 134 који у случају указане потребе, услед празнине која би се показала — упућује *expressis verbis* на опште црквене прописе, садржане изузевши само најновије — у Крмчији (Чл. 6 Устава) тј. Чл. 7 данашњег Устава.“

И на основу тог предлога Сабор је донио своју следећу одлуку: „да Крмчија има важити као официјелни наш канонски зборник, све док се не замени новим“ (Гласник Сл. лист Срп. прав. цркве 1939, 356).

Образлажућу свој предлог законодавни одбор на једном месту каже: „На приго говор да су у Бизантији цареви мимо цркве наметали законе и за цркву, који се као такви и због застарелости не могу узети у обзир не стоји, јер их је држава увек доносила у потпуној сагласности са црквом“. (Гласник Службени лист Српске православне цркве 1939 г. стр. 454-5).

На пракси баш у брачним питањима — особито у бракоразводним узроцима, црквени суд се више пута користио и после ступања на снагу Брачних правила, прописа из Крмчије, чак и оним који потичу из зборника византиског грађанског законодавства. Н. пр. по Брачним правилима „недостатак невиности“ не узима се као бракоразводни узрок. Међутим, црквени судови су и због тога досуђивали развод брака, на штету жене пошто се тај бракоразводни узрок налази у Крмчији.

²² С. Троицки, Како треба издати светосавску Крмчију, Београд, 1952, 1.

²³ Св. Закона част I. Т. X, 31; А. Павловъ, цит. дела 261; И. С. Бердниковъ, Кратки курсъ церковнаго права, Казань 1913 Т. I, 322; Суворовъ Н., Курс Церковнаго права, Ярославль 1889, Т. II 327.

²⁴ Зборникъ матеріаловъ по вопросамъ о смѣшанныхъ бракахъ, С. Петербургъ 1906, 39; А. С. Павловъ цит. дело 261; Суворовъ Н. цит. дело 327.

Свети синод Руске православне цркве при доношењу такве одлуке, о венчању преко заступника, позива се на Св. писмо Старога завета, и примере из историје хришћанске цркве код грчког и словенских народа, па је нашао да такав начин склапања брака „Православной церкви противности не заключаєть.“ „То какъ обрученіе, такъ и браковѣнчаніе по чиноположенію церковному совершатъ безпрепятственно можно по обрядамъ... из Требника о чиноположеніи браковѣнчанія.“²⁵

Ван сваке је сумње, да су се и такви бракови преко пуномоћника код царске породице у Русији, склапали у цркви као света тајна са венчањем и благословом цркве преко епископа или свештеника. Ближе одредбе о начину склапања таквога брака изгледа да Св. синод није доносио, сем што је нагласио „по чиноположенію...“ из Требника.“ Даље, из одлуке би се дало закључити, да је такав брак могао склопити не само „муж“ као што говори одредба Крмчије него и оба брачна друга. Оваква одредба била је на снази и важила је у Русији све до 1917 године.

У Римокатоличкој цркви, по канону 1089 Codexa дозвољава се склапање брака преко заступника (per procuratorem)²⁶ и не само једног, него, у изванредним случајевима и оба брачна друга.²⁷ И у таквим случајевима црква даје благослов исто онако као да су оба брачна друга лично присутна. Само ради сигурности и да би се избегле могућности преваре или склапања несигурног брака, по прописима општег и партикуларног права римокатоличке цркве, постављани су осим уобичајених превентивних мера, које се траже при склапању бракова где су оба лица присутна, још и специјални услови који се тичу пуномоћја и свештеника који склапа такав брак.²⁸

Пуномоћје за склапање брака мора бити специјално писмено пуномоћје. Оно мора бити дато као посебан налог у сврху склапања једног брака а никако не може бити неко опште пуномоћје и које би важило и за нека друга пословања.²⁹ Такво пуномоћје мора бити потписано својеручно од лица које га даје и оверено и потписом потврђено од стране жупника или бискупа места где живи стално лице које издаје такво пуномоћје а у крајњој нужди вреди ако је потписано и пред бар два сведока.³⁰ Ако је пуномоћитељ неписмен то се у пуномоћју мора назначити и тада је потребно да присуствује

²⁵ Зборник матеріалов 39.

²⁶ Codex Juris canonici Romae 1920 S. 298; O. Dr. A. Crnica, Priručnik kanonskog prava kat crkve. Zagreb 1945, 211.

²⁷ Dr Emil Funczik, Katoličke Manženske pravo v Trnave 1944, 112. Мада и Римокатоличка црква признаје и сматра брак као св. тајну, што је и саборски прогласио још на Флорентинском и на Триденском сабору. Триденски сабор је донио одлуку да се избаци из цркве сваки, који би устврдио, да брак није прави и истински сакрамент (св. тајна) успостављен од Господа Христа и да „између крштених не може бити ваљаног брака, који није у исти мах и сакрамент“. (Ср. А. Crnica цит. дело, 192). Само по римокатоличком учењу сматра се — да саме странке склапају бракове и да је довољна и само assistantia pasiva свештеника па да брак постане св. тајна. (Codex слп. 1098, 1096) Међутим православна црква ставља зависност пуноважности брака од акта венчања. (С. Троички, Црквени или грађ. брак 29; Исти, Хришћ. филозофија брака, Београд, 1934, 177)

²⁸ Dr E. Funczik, цит. дело, 116.

²⁹ Dr Fra V. Jeličić цит. дело, 166.

³⁰ A. Crnica, цит. дело, 211.

издавању пуномоћја и да га потпише још један сведок више него кад је издаваоц пуномоћја писмен.³¹

У пуномоћју се мора означити тачно одређена особа са којом се намерава и жели склопити брак, тако јасно да мора бити искључена свака могућност заблуде. Потребно је у њему назначити место и по могућности дан и сат где ће се и кад ће се склопити тај брак. Оно мора бити на снази, да није опозвано и не може се пренети на треће лице, него заступник мора лично присуствовати склапању брака.³² Опозивање пуномоћја може бити само док заступник није склопио брак, али ако га је већ склопио са исправним пуномоћјем, онда опозив не важи него брак мора остати на снази.³³

Услови који се тичу свештеника (жупника), који такав брак склапа могу се углавном свести на ово: пре свега мора водити рачуна о обичају места где се такав брак склапа; затим треба ако му време дозволи прибавити сагласност од надлежног ординарија (Codex cap. 1090 и 1091); даље, мора обуставити венчање ако примети ма какву сумњу у исправност пуномоћја и најзад видети неки оправдан разлог за склапање таквог брака (као велику удаљеност, немогућност доласка и личног присуства или неки другу важан случај).³⁴

Грађанска законодавства у многим државама су имали такве одредбе, по којима се брак могао склопити и преко пуномоћника, особито тамо где су се та законодавства више ослањала на римском него на црквеном праву. Такве одредбе уношене су у поједина законодавства појединих држава било као стални, било као привремени прописи за поједине периоде или случајеве. Тако напр. Аустриски грађ. законик у § 76 то наводи као стални пропис³⁵, док је у Италијанском грађ. закону клаузула о склапању бракова преко пуномоћника била унесена само за време рата Италије са Етиопијом³⁶.

И наш Основни закон о браку ФНРЈ предвидио је „у нарочито оправданим случајевима“, да „може“ срески народни одбор надлежан за место пребавиштва односно последњег боравишта једног од вереника „дозволити му да закључи брак преко пуномоћника“ (чл. 34). Закон дозвољава осуство само једног од вереника да би брак могао бити пуноважан (чл. 34 ст. 2). Али и осуство оба брачна друга закон не третира као недостатак битних услова за закључење брака, те га не сматра као да није ни постојао, већ само као ништав (чл. 43). „Пуномоћје мора бити издано у облику јавне исправе и у њему мора бити тачно означено лице с којим издаваоц пуномоћја намерава закључити брак“ (чл. 34 ст. 3). А важност таквог пуномоћја траје највише три месеца по издању.

³¹ Исто

³² V. Jeličić, цит. дело, 166.

³³ Dr E. Funczik, цит. дело, 115.

³⁴ Исто 115.

³⁵ Аустриски Грађ. законик § 76; Прото Љубо Влацић (Аустриско брачно право, Сплит 1909) наводи читав низ случајева, како су се у Котору 1876 год. склапали бракови преко пуномоћника (стр. 116).

³⁶ Dr E. Funczik, цит. дело 116.

Начелно узевши са црквеноправног гледишта не може се узети да је брак преко заступника апсолутно недозвољив, ако би се то слагало са догматским учењем и погледом православне цркве на брак. Црквеноправна максима гласи: „Што је закон јасно забранио то треба избегавати, а што није забранио то треба дозвољавати“ — како каже Матија Властар⁸⁷. Скоро на истом становишту стоје и наша БП у § 8, где се каже: „Док се не докаже противно узима се да је брак ваљан“. А као што смо видели не само у БП него ни у другом ма ком црквеноправном зборнику нема такве забране, напротив има више прописа и примера где се дозвољавало.

• О таквим случајевима код нас би решавао Св. арх. синод по чл. 70 т 18 Устава Српске православне цркве у чију надлежност спада тумачење Брачних правила. А приликом ревизије и допуне наших БП Св. архијер. сабор морао би унети клаузулу из које би се јасно видело да се тражи лично присуство оба брачна друга приликом склапања брака у православној цркви или пак у изузетним случајевима уз извесну резерву дозволити и склапање брака преко заступника.

R e s u m é

Dr. BLAGOTA GARDAŠEVIĆ

DIE EHESCHLIESSUNG DURCH DES VERTRETERS

Alle Ehegesetze fordern drei wesentlichen Bedingungen für die Ehe und zwar: a) zwei Personen verschiedenes Geschlechtes; b) freier Wille und Ehekonsens und c) die Form für die Eheverbindung, aber diese Ehegesetze, demnach auf welche Art und Weise diese wesentlichen Bedingungen ausführen werden, sich unterscheiden. So griechisch-katholische Kirche fordert in der Praxis die persönliche Gegenwart der Ehegatten während der Eheschliessung, weil sie die Ehe zur Rangstufe des Sakramentes erhoben hat. Indessen viele Ehegesetze erlauben die Eheschliessung durch den Vertreter. Das man in der Altkirche und einzelnen Ortskirchen nur in Ausnahmefällen erlaubte und das auch die römisch-katholische Kirche erlaubt. Grundsätzlich gibt es in der griechisch-katholische Kirche kein kanonischer Beschluss, der das verbieten würde und deshalb zuständige kirchliche Behörde in Ausnahmefällen darüber beschliessen könnte.

⁸⁷ Ат. Симтагма VI, 129.

Резюме

Д-р БЛАГОТА ГАРДАШЕВИЧ

БРАКОСОЧЕТАНИЕ ЧЕРЕЗ ЗАМЕСТИТЕЛЯ

Все законодательства о браке требуют три основных условия для брака: а) два лица разного пола; б) свободную волю для вступления в брак и в) способ для заключения брака. Но законодательства различаются в том каким образом будут исполняться эти основные условия. Так православная церковь в практике во время венчания требует личное присутствие особ которые вступают в брак, потому что она брак возвысила на степен святой тайны. Между тем многия законодательства позволяют вступление в брак через заместителя, заочно. В древней церкви и в некоторых поместных церквях в особенных случаях это позволялось. Это позволяет и римокатолическая церковь. Принципиально взявши и в православной церкви нет канонического решения которое бы это запрещало и в исключительных случаях об этом могла бы решать соответствующая церковная власть.