

Мр Ненад Тешић

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

„ЉУБАВ НА ПРВИ ПОТПИС“ – О МОРАЛНОСТИ БРАЧНИХ УГОВОРА*

Породични закон (2005) враћа у српско право могућност да супружници изјавама воље уреде брачно-имовинске односе, на начин који одговара њиховим потребама. Норме о имовинским последицама брака постају тако диспозитивна правила, која се имају применити, само ако супружници нису уговорили другачије. Брачни уговор, дакле, доживљава своју ренесансу у српском праву, што отвара читав низ моралних, али и правних дилема: Зашто се парови уопште одлучују да своје имовинске односе уреде уговором? Води ли могућност закључења брачног уговора комерцијализацији брака? Уноси ли брачни уговор семе раздора у брак и да ли се таквим стипулисањем нарушава равноправност полова?

Аутор указује на два могућа приступа ваљаности брачних уговора. Према једној концепцији, брачни уговор је ништав по својој природи. Овај институт је као такав противан јавном поретку и моралу, јер води комерцијализацији брака, охрабрује развод и нарушава равноправност полова (општа ништавост).

*Према другом становишту није сваки брачни уговор ништав; евентуална ништавост таквог уговора или неких његових одредби мора се ценити од случаја до случаја (конкретна ништавост). Дакле, брачно-имовинско уговарање је законом допуштено, али је могуће утврдити ништавост таквог уговора *in concreto*.*

Аутор даље закључује да брачни уговор, нити охрабрује склапање брака, нити га руши. Без обзира на одређене недоумице моралне природе, брачни уговор је друштвено користан институт, јер иде у сусрет потенцијалном проблему; имовинске односе супружника измешта из суднице и ублажава утицај брачних несугласица на заједничку децу.

Кључне речи: *Брачни уговор. – Субјекти брачног уговора. – Ништавост. – Равноправност полова.*

* Овај рад је настао као плод истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду: „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“.

1. УОПШТЕ О УГОВОРИМА БРАЧНИМ

Брак се у савременом праву обично схвата као јавни статус, заснован на интимном односу. Они који примат дају статусној природи брака, тврде да држава прописује услове за улазак у брак и престанак брака, па јој, у складу с тим, следује и улога креатора правила о расподели имовине стечене у браку. С друге стране, они који истичу лични карактер брака у први план стављају приватну аутономију супружника.¹ Као последица овог другог становишта у породичном праву јављују се брачни (матримонијални)² уговори (*pacta nuptialia*). Све већа стварна равноправност супружника, индивидуалистички приступ животу и друге промене у друштву стварају повољан амбијент за брачно-имовинско уговарање. Док је Закон о браку и породичним односима (1980) допуштао само законски режим имовине стечене у браку,³ Породични закон (2005)⁴ враћа у српско право могућност да супружници изјавама воље уреде брачно-имовинске односе, на начин који одговара њиховим потребама.⁵ Норме о имовинским последицама брака постају тако диспозитивна правила, која се имају применити, само ако супружници нису уговорили другачије. Брачни уговор,⁶ дакле, доживљава своју ренесансу у српском праву, што отвара читав низ моралних, али и правних дилема.

¹ Вид. В. Н. Вих, *Premarital Agreements in the ALI Principles of Family Dis-solution*, *Duke Journal of Gender Law & Policy* 8/2001, 231.

² Овај назив за брачне уговоре употребљава А. Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права*, Београд 1996, 231.

³ Брачни другови „не могу међусобно склапати само оне уговоре којима се мења имовински режим утврђен овим законом, као и уговоре којима се унапред одричу права која им по овом закону припадају (на пример на законско издржавање, на удео у заједничкој имовини и друго)“, вид. чл. 326, ст. 2 – ЗБПО (*Службени гласник РС*, бр. 22/80, 24/84 – др. закон и 11/88, *Службени гласник РС*, бр. 22/93, 25/93 – испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001.)

⁴ Вид. чл. 188 Породичног закона – ПЗ (*Службени гласник РС* бр. 18/2005).

⁵ Српски грађански законик – СГЗ (1844) у глави XXVIII „О уговорима брачним“, даје дефиницију брачних уговора (чл. 759 СГЗ). Од ових уговора је свакако најважнији био уговор о миразу. О брачним уговорима према СГЗ, В. Станимировић, *Брак и брачна давања у историји*, Београд 2006, 208–225.

⁶ Неки правни писци користе израз „брачни уговор“ за уговор о браку, који по њима треба разликовати од уговора којим се утврђује брачно-имовински режим. Вид. З. Поњавић, „Брачни уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, (*Анали ПФБ*) 5/1995, 519. По другим ауторима термин брачни уговор у ПЗ није најсрећније изабран, јер се овај уговор може закључити и пре брака, а изостављени су и ванбрачни партнери као потенцијални уговорници, тако М. Игњатовић, „Имовински уговор брачних другова у праву Републике Србије, Несклад теорије и праксе“, *Правни живот* 10/2008, 490–491. Међутим, ауторка не нуди другу, адекватнију законску формулацију или синтагму, која би удовољила потреби ширег одређења, нпр. „предбрачни и брачни уговор“ или „имовински уговори брачних и ванбрачних другова“. У праву САД, у Принципима о праву престанка брака (погл. 7) употребљени термин

Зашто се парови уопште одлучују да своје имовинске односе уреде уговором? Води ли могућност закључења брачног уговора комерцијализацији брака? Уноси ли брачни уговор семе раздора у брак и да ли се таквим стипулисањем нарушава равноправност полова? Особеност личних односа у којим се већ налазе уговорне стране, налаже да се приликом процене пуноважности брачних уговора нарочито води рачуна о равномерној заштити начела аутономије воље, с једне, те јавног поретка и морала, с друге стране. Овај рад представља покушај да се из угла правне науке помогне у изналажењу такве функционалне равнотеже.

1.1. О субјектима брачних уговора

Као уговорне стране у брачном уговору се могу појавити само парови: а) будући супружници, б) супружници и в) ванбрачни партнери. Међутим, није сваки уговор ових лица уједно и брачни уговор. Парови у правном промету склапају и друге уговоре, на пример, уговор о продаји, размени, зајму, поклону... Притом, брак утиче на сваки уговор супружника кроз алтерацију општих правила облигационог права (на пример, застој застарелости потраживања),⁷ али се само за брачни уговор може казати да је утемељен на брачној вези.⁸ То неке ауторе наводи на закључак да је брачни уговор акцесоран у односу на уговор о браку.⁹

Брачни уговор може бити закључен и пре брака (*ante nuptias*), али у том случају производи правна дејства само ако одложни услов наступи,¹⁰ тј. ако заиста дође до брака између уговорних страна.¹¹ Ако уговорне стране нису искључиле такву могућност, овај услов је алтернативан. Правна дејства посла ће наступити и ако супружници заснују

уговор укључује предбрачни (*premarital agreements*), брачни (*marital agreements*), уговор између садашњих и будућих ванбрачних партнера (*agreements between current or prospective domestic partners*). Вид. § 7.01 (3) Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, The American Law Institute, May 16, 2000. (даље: ALI Principles).

⁷ О алтерацији која представља измену неке установе облигационог права узроковану брачним својством субјеката вид. С. Панов, „О заједничкој својини у браку“, *Анали ПФБ* 1–3/1998, 60.

⁸ I. Majstorović, *Bračni ugovor – novina hrvatskog obiteljskog prava* – Zagreb 2005, 89.

⁹ З. Поњавић, (1995), 519.

¹⁰ По осталим својим особинама закључење брака је позитиван и мешовити услов, јер су дејства правног посла стављена у везу са наступањем неке неизвесне околности, која опет зависи од воље учесника посла и воље неког трећег лица. О подели услова вид. О. Станковић, В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 1996, 185–187.

¹¹ „Супружници односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор)“. Вид. чл. 188, ст. 1 ПЗ.

заједницу трајнијег карактера која се сходно Закону може сматрати ванбрачном.¹² Ово из разлога што истоветан уговор могу закључити и ванбрачни партнери.¹³ Разлика између брачно-имовинског уговора будућих супружника и истог таквог уговора закљученог од лица која живе ванбрачној заједници је у томе, што у овом другом случају правни посао производи дејства и пре заснивања брака.¹⁴

Лица чији је брак окончан не могу закључити брачни уговор.¹⁵ Чини се да је губитак овог правног потенцијала у непосредној вези са престанком заједнице живота супружника, без обзира да ли њихов брак формално још траје.¹⁶

Супружници ће органу надлежном за оверу брачног уговора релативно лако доказати своју подобност за његово закључење, одговарајућим изводом из књиге венчаних. Међутим, законодавац, а ни судска пракса, не нуде тумачење садржине појма „будући супружници“ који такође имају могућност да своје имовинске односе уреде уговором.¹⁷ Ако су два лица на путу да ступе у брак, на ком делу тог пута две личности у емотивној вези треба да се нађу, да би их правни поредак сматрао подобним за закључење брачног уговора? Будући супружници су свакако лица која имају у виду брак и кују планове о венчању, али се од њих не тражи да буду верени,¹⁸ тј. да су се једно другом обећали.¹⁹

¹² О ванбрачном партнерству у француском и немачком праву вид. О. Цвејић Јанчић, „Да ли је брак превазиђен? Нови облици заједничког живота у савременим правима“, *Правни живот* 9/2001, 448–456.

¹³ Вид. чл. 191, ст. 2 ПЗ.

¹⁴ У хрватском праву брачни уговор такође могу закључити и ванбрачни партнери, дакле неудата жена и неочењени мушкарац чија је заједница трајала најмање три године или краће, ако је у њој рођено заједничко дете. Вид. чл. 258 и чл. 3. Обитељског закона – ОЗ (2003).

¹⁵ Чини се да би супружници чија је заједница живота престала могли закључити споразум о деоби заједничке имовине (чл. 178 ПЗ), али и споразуме о управљању и располагању заједничком имовином (чл. 189 ПЗ). За хрватско право упоредити: I. Majstorović, 174,

¹⁶ О правно релевантним последицама престанка заједнице живота вид. М. Јањић Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд 1999, 344.

¹⁷ С тим у вези, Панов сматра да је синтагма „будући супружници“ нејасна и да формулација по којој брачни уговор (поред супружника) могу закључити и вереници (женик и невеста) доприноси сужавању круга потенцијалних уговорника на оне субјекте који у тренутку закључења брачног уговора, по годинама живота, имају брачну способност. Вид. С. Панов, *Породично право*, Београд 2008, 662.

¹⁸ СГЗ не помиње веридбу изричито, већ разговоре „његовог и њенога рода“ поводом брака у који су „ради ступити“ и дарове који значе да се овако даривани не могу с другим лицем у преговоре брачне упусти, док примљени дар не врате. Вид. §§ 61, 62 СГЗ.

¹⁹ „Веридба наступа узајамним обећањем мушкараца и жене да ће склопити брак“. Веридба се затим сматра као период који „заузима сво вријеме од дане ријечи до вјенчања“. В. Богишић такође предвиђа и термин заручење (прстеновање).

Како објективни критеријум није понуђен, изгледа да се, у овом случају, мора посегнути за субјективним мерилом; суд ће оверити брачни уговор оним лицима која непосредно или посредно искажу озбиљну намеру за закључење будућег брака.²⁰ Код будућих супружника ова намера може бити исказана, на пример, подношењем захтева за склапање брака матичару,²¹ приступањем предбрачном испиту,²² или веридбом у складу са обичајима средине.²³ На овом месту је могуће поставити питање да ли категорија будући супружници обухвата и ванбрачне партнере, ако ванбрачна заједница у савременим условима, по правилу, представља припрему за брак. Изгледа да су у погледу постојања брачне намере у овом случају могућа два правца резоновања: један приступ по коме се брачна намера не тражи од ванбрачних партнера, и друго становиште да је брачна намера и овде нужан услов пуноважности брачног уговора, али је ванбрачни пар исказује посредно (конклюдентним радњама). Трајнија заједница живота је, дакле, чињеница која представља основ (*basis*) правне претпоставке да међу уговорницима постоји намера за закључења будућег брака.

Ипак, чини се да критеријум за препознавање будућих супружника не може бити искључиво намера уговорника. Поред ове субјективне околности, суд мора водити рачуна и о законом утврђеним ограничењима. Међу уговорницима не смеју постојати неотклоњиве брачне сметње: на пример, лица истог пола не могу закључити брачни уговор.²⁴

1.2. О садржини брачних уговора

Супружници који не желе да се законодавац меша у њихове имовинске односе, уговором прилагођавају режим стицања имови-

Вид. Т. Никчевић, „Богишићеве припреме за Закон о браку у Црној Гори“, *Анали ПФБ* 4/1958, 472.

²⁰ ЗБПО користи формулацију „Лица која намеравају да ступе у брак...“, вид. чл. 51 ЗБПО.

²¹ Захтев супружника може бити писмени и усмени, с тим да матичар о усменом захтеву сачињава записник. Вид. чл. 292 ПЗ.

²² Опширније о предбрачном испиту као једној припреми за обред венчања у складу са црквеним правилима Д. Перић, *Црквено право*, Београд 1999, 280–281.

²³ У овом случају, значај веридбе се огледа у посредном исказивању брачне намере, иако веридба као таква није правно обавезујућа. О правном значају веридбе вид: Ж. Перић, *Породично право*, Београд 1928, 5.

²⁴ Наше право не придаје правни значај заједници лица истог пола, као што је то случај у неким другим правним системима. О правном статусу истополних заједница у упоредном праву вид. З. Мршевић, „Истополне породице у светлу динамике компаративно правних промена“, *Правни живот* 10/2008, 387–388 и О. П. Прокеш, „Ванбрачна заједница – права ванбрачних партнера“ *Ново породично законодавство, Зборник радова са саветовања*, Крагујевац 2006, (даље: *НПЗ 2006*), 204–209.

не у браку сопственим потребама. Садржина брачног уговора може бити веома разнолика. Ипак, *exempti causa* се обично наводе одредбе којим уговорници стипулишу:

- *шта од постојеће имовине чини заједничку, а шта посебну имовину супружника*. Уговарање искључивог права на одређеним покретним или непокретним стварима за једног супружника обично подразумева одрицање другог супружника од било каквог стварноправног или облигационоправног захтева у погледу ових ствари. Поред права својине, супружници могу уговорити и заснивање неког ужег права, нпр. плодуживања или права прече куповине једног супружника на непокретности из посебне имовине другог супружника.
- *на који начин супружници деле будућу имовину*. Супружници могу искључити законом установљени режим заједничког стицања, тако да сви приходи од индивидуалног рада улазе у посебну имовину. Поред тога, брачни другови могу и ограничити дејство законског режима; па да нека права која по закону доспевају у заједнички фонд, на основу уговора, заврше у посебној имовини супружника.²⁵
- *удели супружника*, када је на садашњим или будућим добрима уговорен режим сусвојине.²⁶
- *начин управљања заједничком имовином ако режим заједничког стицања није у потпуности искључен*; У том контексту, један супружник може дати на управљање оном другом своју посебну имовину у целини, или неке њене делове.
- *одговорност за преузете обавезе и*
- *друге имовинскоправне последице закључења и(или) престанка брака*.²⁷

Брачним уговором се обично шири посебна имовина супружника на уштрб брачне тековине. Ипак, није забрањено да уговорници у односу на законом установљени режим стицања предвиде

²⁵ На пример, супружници могу уговорити да сви приходи које један уговорник оствари коришћењем ауторских права улазе у посебну имовину, док ће остали његови приходи које оствари као предузетник у трговачкој радњи ући у заједничку имовину.

²⁶ Супружници могу уговорити различите уделе у заједничкој имовини. Вид: чл. 1520. Француског грађанског законика – ФГЗ.

²⁷ Аустријски грађански законик – АГЗ (1811) дефинише брачне уговоре као уговоре који се закључују у намери да се склопи брак, углављују о имовини, и тичу се нарочито: мираза, узмираја, јутарњег дара, заједнице добара, управљања и уживања властите имовине, реда наслеђивања или доживотног уживања имовине једног супружника за случај смрти другог и удовичког издржавања. Вид. § 1217 АГЗ.

сужавање посебне имовине. На пример, брачним уговором се може стипулисати да ствари и права која су супружнику дарована или их је наследио пре брака (и у току брака) чине брачну тековину, као и да сви приходи из посебне имовине брачних другова улазе у њихову заједничку имовину.

1.3. О предностима брачно-имовинског уговарања

Ако су имовински односи супружника у браку неминовност, онда неки аутори могућност супружника да уопште разговарају на ову тему виде као одраз стабилности везе и зрелости брачних другова.²⁸ Овај уговор омогућава прилагођавање материјалне основе брака жељама супружника, а самим тим и боље планирање будућности. Примена једног модела за све брачне заједнице не мотивише на примерен начин супружника са већим потенцијалом да уложи више напора и повећа своју зараду.²⁹ Предност брачно-имовинског уговарања за правичну расподелу брачне тековине је, у таквим ситуацијама, очигледна. Ако брачни уговор изостане, супружник који на суду захтева да се његов удео одреди сразмерно доприносу, обара законску претпоставку о једнаким уделитема брачних другова у заједничкој имовини, што се у савременим друштвеним условима, мирна срца, може назвати „ђаволским доказивањем“ (*probatio diabolica*).³⁰

Супружници чији је брак „на умору“ суочавају се с најмање две дилеме економске природе: једно је питање деобе заједничке имовине, а друго је питање издржавања супружника након развода. Брачни уговор омогућава супружницима да се венчају без страха, да ће се, ако љубав једног дана престане, „повлачити по судовима“ и тако изложити јавном понижавању.³¹

Брачне уговоре у већем проценту закључују они супружници који по други пут „стају на луди камен“. Непријатно искуство дељења по престанку првог брака свакако доприноси овој тенденцији, али

²⁸ I. Majstorović, 225.

²⁹ На закључењу брачног уговора, по правилу, инсистира онај супружник који очекује да ће његов имовински допринос брачној заједници бити знатно већи у односу на другог супружника. На пример, један од супружника је кошаркаш који вредно тренира и верује да ће му такво залагање на терену и ван њега, донети милионски уговор са чувеним кошаркашким клубом.

³⁰ Наравно отворена је и могућност споразума о деоби брачне тековине, који нема за последицу измену законског режима стицања имовине у браку. Споразум о деоби се искључиво тиче стечених добара и делује *ex tunc*. О разликама између брачног уговора и споразума о деоби заједничке имовине супружника вид. Б. Пајтић, „Брачни уговор у српском породичном праву“, *Правни живот* 10/2008, 343.

³¹ A. L. Reiss, „The \$20 Million Question“, *The New York Times (NYT)*, February 3, 2006, A.

не треба занемерити ни околност да се у нови брак улази у нешто зрелијем добу.³²

Поред непосредне предности коју доноси уговорним странама, брачни уговор је од користи и лицама која ступају у имовинске односе са супружницима. Заједничка имовина отежава јасне дужничко-поверилачке односе трећих лица наспрам брачних другова.³³ Састав имовине којом супружници заједно, односно сваки од њих појединачно, одговорају за преузете обавезе је извеснији и њена вредност се може лакше проценити, ако су имовински фондови супружника одређени одговарајућим брачним уговором.

1.4. Аргументи против брачних уговора

Савремени човек улази у брачну заједницу у све каснијем животном добу.³⁴ Основни разлози одлагања брака су продужено школовање, давање приоритета каријери и окретање материјалним вредностима. Мушкарац и жена у породицу уносе мноштво амбиција инсистирајући на својим правима, али и обавезама партнера.³⁵ Стална медијска промоција индивидуализама полако претвара супружнике у немилосрдне и самољубиве јединке склоне разводу,³⁶ у истој мери, колико и очувању брака.³⁷ Стога, није без основа тврдња да се савремено право нарочито труди да „либерализује развод и права супружника“, а да истовремено не чини довољно да заштити породицу од распада.³⁸

³² J. G. Sherman, „Prenuptial Agreements: A New Reason to Revive an Old Rule“, *Cleveland State Law Review* 53–2005/2006, 373.

³³ J. Салма, „О уговорном режиму имовине супружника (системи у упоредном праву)“, *Право – теорија и пракса*, 9/1996, 95.

³⁴ М. Рашевић, „Зашто је идеја о рестрикцији абортуса погрешна“, *Правни живот* 10/2008, 361.

³⁵ „Док су раније породице биле и економске заједнице, данашње се заснивају само на љубави. Пошто је тиме прожетост чланова породице сведена само на један чинилац када љубав опадне брак се распада“, вид. Б. В. Марковић, „Ограниченост нормирања у брачно породичним односима“, *Правни живот* 9/1996, 579.

³⁶ Брак се све више посматра као серија моногамија, а не као посвећеност за читав живот. Вид. В. Вix, „Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think about Marriage“, *William and Mary Law Review* 40/1998, 161.

³⁷ „На пример, у САД се 50% закључених бракова оконча разводом. D. Hurdley, Divorce Rate: It's Not as High as You Think, *NYT*, Apr. 19, 2005, D7. Слично је и у Немачкој, где су разводи постали тако учестали да многи парови уопше не размењују прстење. Истраживања показују да 51,9% Немаца не улази у брак пре тридесте, као и да половина венчања заврши разводом. Вид. „Све већи број развода“, <http://www.sarajevo-x.com/clanak/071213084>, 19. фебруар 2009.

³⁸ Б. В. Марковић, (1996), 580.

Ако је брак закључен „из рачуна“, супружници никада не могу истински рачунати једно на друго. Шта је сврха брака, ако не узајамно поштовање и пожртвованост.³⁹ Једнакост, а не субординација. Емоционална приврженост, а не максимизација користи. Заједничка својина подстиче ове вредности и доприноси породичној посвећености супружника. Заједница добара ублажава нагон за присвајањем који у „браку може бити узрок и увод у брачно несагласје“.⁴⁰ Брак није крајње разумно уговарање правних субјеката, већ (и) романтична заједница двоје људских бића. Поверење је неопходно да би брак остваривао своју основну функцију, а инсистирање на брачно-имовинском уговору је јасан сигнал да супружници не верују једно другом. Брак је целина; дељење добра и зла, па се не може окачити цена на брак и бити у љубави са пола срца.

2. О НИШТАВОСТИ БРАЧНИХ УГОВОРА

Закон о облигационим односима се изричито изјашњава за двоврсну поделу неваљаних послова – на ништаве и рушљиве послове.⁴¹ У савременој теорији чини се преовлађује схватање, по коме је појам непостојећи уговори апсорбован теоријом о ништавим уговорима, па сходно томе нема већи практичан значај.⁴²

Ништавост правног посла је специфична санкција за повреду законских и моралних правила, чији је циљ заштита јавног интереса. Ништав посао се не поништава, већ судија само констатује његов недостатак који је неизлечив.⁴³ „Могуће је једино срушити илузију о уговору, ослободити се његовог привида, како би заинтересована лица могла своје односе да граде на сигурним правним темељима“.⁴⁴ Апстрахујући појединачне узроке ништавости брачних уговора који се истичу у правној књижевности и судској пракси може се извести закључак о постојању два приступа пуноважности брачних уговора. Према једној концепцији, брачни уговор је ништав по својој природи. Овај институт је као такав противан јавном поретку и моралу, јер

³⁹ И. Шугајев, *Једном за цео живот*, Београд 2007, 22.

⁴⁰ Вид. С. Панов, (1998), 57.

⁴¹ О ништавости уговора због предмета (чл. 47 ЗОО); о ништавости уговора без основа (чл. 52 ЗОО), уопште о ништавости (чл. 103 ЗОО) и кад је уговор рушљив (чл. 111 ЗОО).

⁴² Вид. Љ. Ђуровић, „Непостојећи и ништави уговори“, *Правни живот* 10/1996, 436–437. В. Круљ такође не прихвата категорију непостојећих уговора. Вид. В. Круљ, *Ништавост правних послова (Последице ништавости)*, (докторска дисертација), Београд 1954, 24.

⁴³ В. Круљ, 36.

⁴⁴ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Београд 2004, 173.

води комерцијализацији брака, охрабрује развод и нарушава равноправност полова (општа ништавост).

Према другом становишту није сваки брачни уговор ништав; евентуална ништавост његових одредби мора се ценити од случаја до случаја (конкретна ништавост). Дакле, брачно-имовинско уговарање је законом допуштено али је могуће утврдити ништавост таквог уговора *in concreto*.

Предмет нашег истраживања у овом раду свели смо на проучавање оног приступа који држи да је брачно уговарање неморално. Обзиром да и друго по реду становиште такође заслужују одговарајућу пажњу правне науке, овим најављујемо да ћемо се у нашем следећем раду позабавити неким конкретним случајевима ништавости брачних уговора.

2.1. Ништавост брачног уговора као таквог (општа ништавост)

2.1.1. Брачни уговор је ништав јер води комерцијализацији брака

До ступања на снагу Породичног закона 2005. године, сваки уговор којим би се мењао законом установљени режим стицања имовине у браку је био противан јавном поретку.⁴⁵ На брачну тековину се једноставно гледало као једну од законских последица брака.⁴⁶ Наша судска пракса је проглашавала ништавим и све уговоре којима се у извесном степену ограничава слобода у погледу одлуке да се ступи у брачну заједницу.⁴⁷ У образложењу донетих пресуда суд се углавном позива на повреду правила морала. Овде се „у суштини ради о купопродаји туженикове кћери тужиоцевом сину, јер су новац и ствари дате туженику под условом да се тужиочев син ожени тужениковом кћерком, што представља *неморалан правни посао*. Према томе, с обзиром да се овде ради о потраживању које потиче из једног неморалног правног посла, то се тужиоцу не може пружити правна заштита, односно тужилац не може тражити повраћај новца и ствари које је дао туженику по основу таквог правног посла“.⁴⁸

⁴⁵ Теорија о јавном поретку се нарочито разгранала у француској доктрини. Приказ различитих теоријских схватања о овом вечито актуелном правном питању вид. С. Перовић, *Забрањени уговори*, Београд 1975, 99–154.

⁴⁶ Вид. Ј. Салма (1996), 90.

⁴⁷ О личној слободи код акта закључења брака, вид. С. Перовић (1975), 67.

⁴⁸ Вид. Пресуду Врховног суда НР Србије, Гж. 2940/56, од 20. јануара 1957, Збирка судских одлука књ. II, св.1, бр. 76. Наведено према А. Гамс, „Повраћај у пређашње стање код неморалних правних послова“, *Анали ПФБ* 2/1958, 206.

У једном другом случају суд такође испитује моралност уговора и каже:⁴⁹ „свој захтев за доживотно уживање туженикових некретнина тужилац заснива на уговору који је сколопио са туженим пре ступања с њим у брак, а којим је тужени примио на себе извесне обавезе према тужиоцу, између осталог и право које тужилац тражи тужбом, под условом да исти ступи у брак с њим, као и под условом да безразложно не напусти туженог након склапања брака; овакви уговори нису уопште допуштени и на њима се не могу заснивати никакава права ни обавезе уговорника; ово због тога што се према прописима Основног закона о браку ступање у брак врши слободном вољом брачних другова, а регулисање имовинских обавеза које је везано личним односима у браку одређено је искључивим и принудним прописима и не може уопште бити предмет уговорања између странака; из тих разлога овакав тужбени захтев треба одбити, јер се он заснива на *неморалном уговору*.“⁵⁰

Са своје стране, наша правна наука се једногласно изјашњавала у прилог таквог становишта; према Перићу „брак је не само економска него и морална заједница, ако међу супрузима не би било љубави, онда би брак био само имовинска, рачунска, заједница: брак не би имао моралне подлоге нити би одговарао појму и бићу брака“.⁵¹ Стојановић такође сматра да су ништави уговори који ограничавају слободу при закључењу брака, који закључење брака чине зависним од новчане чинидбе и противрече обавезама брачних другова.⁵² По Ђурђевићу „до поништења правних послова којима се настоји утицати на неко друго лице да донесе одлуку о ступању у брак, не долази ради тога што се ти послови квалификују као атак на уставом и законима загарантовану слободу закључења брака, већ ради тога што је према владајућим моралним схватањима недопуштено везивање одлуке о ступању у брак са финансијским добитком“.⁵³

Редовна санкција за повреду моралне норме је грижа савести уз евентуалну осуду средине.⁵⁴ Међутим, код оцене пуноважности

⁴⁹ „Морал је приватна ствар грађана, и право се у то начелно не меша, али ако повреда морала у једном одређеном случају вређа и јавне интересе, право је дужно да интервенише.“ Вид. Л. Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 208.

⁵⁰ Пресуда Врховног суда БиХ 156/63 објављена у Билтену овога суда 1963 бр. 6, стр. 7. нав. према С. Перовић, (1975), 67–68.

⁵¹ Ж. Перић, *Лично брачно право, по Српском грађанском законнику*, Београд 1934, 52.

⁵² Д. Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр 3/1968, 387.

⁵³ Д. Ђурђевић, *Апсолутна ништавост завештања* (докторска дисертација), Београд 2004, 98.

⁵⁴ Спољашња обавезност морала се обезбеђује кроз морални презир и морално гађење (специфичне санкције) али и друге неспецифичне друштвене санкције у

правних аката, суд шири њену примену уносећи тако ванправне заповести у право. Судија искључује неморалан посао из правног промета и на тај начин спречава злоупотребу слободе уговарања.

Повреда добрих обичаја постоји и када саме странке нису свесне неморалности свог понашања:⁵⁵ „Врховни суд је прихватио закључак нижестепених судова уз образложење да се неосновано у ревизији тужиоца истиче да се у конкретном случају радило о традиционалним обичајима Рома који се не могу искоренити путем судске одлуке, јер обичаји не могу имати јачу правну снагу од Устава и закона, нити могу бити супротни њиховим изричитим одредбама, посебно ако су засновани на полној дискриминацији. Уколико то и јесу, они као такви не уживају правну заштиту“.⁵⁶

Није сваки обичај средине у исти мах и добар обичај: „Давање новца у циљу закључења брака према обичајима средине у којој живе парничне странке представља правни посао који је ништав у смислу чл. 104, ст. 2 ЗОО јер је по свом циљу противан принудним прописима јавном поретку и добрим обичајима“.⁵⁷ Дакле, уговор није ништав самим тим што је противан било каквом устаљеном понашању чланова заједнице, већ само ако вређа обичајно правило које по вредносној оцени суда улази у круг добрих обичаја.⁵⁸ Судија

односу на прекршиоца. Вид. Р. Лукић, *Социологија морала*, Сабрана дела, Београд 1995, 124–127.

⁵⁵ Вид. Д. Стојановић, 392. Судија у неким случајевима може једну радњу, однос између два поједница огласити за неморалан, мада би ту радњу или однос, народ сматрао за моралан“. Вид. Ж. Перић, *Утицај судије на јавни морал, Приватно право – Скупљене расправе из грађанскога права*, Београд 1912, 272.

⁵⁶ „Према утврђеном чињеничном стању странке су закључиле уговор по коме се тужени обавезао да тужиоцу преда своју усвојену кћи Н. ради удаје за његовог сина, а тужилац као противвредност да му плати новчани износ и преда дукате из изреке ове пресуде. Тужени је своју обавезу испунио, Н. је постала супруга тужиоцевог сина, а тужилац је туженом предао уговорену суму динара и златнике. Међутим, туженикова усвојена кћи се после извесног времена вратила кући, а новац и дукати су остали у поседу туженог. Стога је тужилац поднео тужбу са захтевом да му се врати исплаћени новчани износ и предају дукати, тј. њихова противвредност.“
Нижестепеним пресудама одбијен је тужбени захтев тужиоца којим је тражио да суд обавезе туженог да му врати 126.000,00 динара са законском каматом почев од 1.12.2000. године до исплате, као и да му преда осам великих златних дуката и 40 малих златних дуката, сви са ликом Фрање Јосипа, небрушених, произведених 1915. године или исплати њихову противвредност, као и да му плати трошкове парничног поступка, као неоснован и у изреци пресуде је наложено туженоме да ова новчана средства и дукате преда општини. Вид: Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 3341/04 – *Правни информатор*, 4/2005, Београд, аутор сенценце: Љубица Милутиновић, судија ВСС.

⁵⁷ Решење Савезног суда Гзс. бр. 64/98, од 24. 12. 1998. године, *Анали ПФБ* 1–2/2002, 232–233.

⁵⁸ Ј. Салма, *Облигационо право*, Нови Сад 2007, 400.

је онај који одваја добро од рђавог; добре обичаје од оних који нису у складу са прихваћеним системом вредности.⁵⁹

Наша судска пракса је идентично становиште заузела и поводом уговора којим се очување брака везује за неку имовинску корист. „Ништав је уговор о поклону учињен ради тога да би се супружник задржао у брачној заједници. Упркос учињеном поклону брачна заједница се ипак распала. Такав мотив је у супротности са јавним поретком и добрим обичајима јер се брачна верност не може обезбеђивати материјалним добрима.“⁶⁰

Културна представа у нашој средини је таква да се благонаклоно гледа само на „брак из љубави“.⁶¹ Брак заснован на економским мотивима – брак из „чистог интереса“, у коме нема личне привlačности супружника, је друштвено неприхватљив. „Ако се пође од тога какву узвишену улогу има установа брака, са становишта владајућег морала и добрих обичаја је неприхватљиво да се закључење брака или његов опстанак на било који начин комерцијализују“.⁶²

2.1.2. Брачни уговор је ништав јер охрабрује развод

Други аргумент у прилог ништавости брачних уговора почива на тези да је брачно-имовинско уговорање ништа друго до припрема терена за развод.⁶³ Тако је, у једном случају, амерички суд сматрао да је предбрачни уговор ништав, ако стране нису очекивале да ће брак

⁵⁹ Код обичаја давања мираза или обрнуто куповања невесте постоји сукоб старих обичаја и новог морала, који разара обичаје. Тако да се стари обичаји под притиском новог морала повлаче и ишчезавају. Вид. Р. Лукић, 560.

⁶⁰ Пресуда Врховног суда Србије, Рев 393/99, од 24. марта 1999. године, Збирка судских одлука, књига 27, свеска 1/2001, стр. 118 – 119, одлука бр. 98; Суд остаје привржен овом ставу и у каснијим одлукама: „Побуда за закључење уговора о поклону улази у основ тог уговора. Тужичева побуда за закључење уговора о поклону била је да му тужена пружи љубав, пажњу и негу и да се о њему стара јер је као слепо лице неспособан да то чини сам, што се према утврђеним чињеницама није остварило. Када се побуда због које је уговор о поклону закључен не оствари, отпада и основ тог уговора због чега је исти у смислу члана 52. ЗОО ништав. Како је према утврђеном чињеничном стању побуда због које је тужилац са туженом закључио уговор о поклону отпала јер тужена са тужиоцем није остала у браку нити се о њему старала и бринула, већ су то чинила друга лица, то је правилно усвојен тужбени захтев.“ Вид. Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 1147/2005 од 1. 12. 2005. године, Параграф.нет.

⁶¹ Вид. С. Weisbrod, „The Way We Live Now: A Discussion of Contracts and Domestic Arrangements“, *Utah Law Review* 1994, 798.

⁶² Вид. Д. Ђурђевић, 101. Такав приступ је у складу и са Општом декларацијом о правима човека, по којој се брак може закључити само уз слободан и потпун пристанак лица која ступају у брак. Вид. чл.16, ст. 2 Опште декларација о правима човека.

⁶³ Вид. К. Servidea, „Reviewing Premarital Agreements to Protect the State’s Interest in Marriage“, *Virginia Law Review* 91/2005, 537.

трајати до смрти. „Ако је споразум сачињен само за случај развода, он подржава такав расплет и због тога вређа јавни поредак“ (*public policy*)⁶⁴. У једном другом случају је закључено да пуноважан предбрачни уговор мора бити уговорен у доброј вери (*in good faith*). При том, суд дефинише „добру веру“ као намеру уговорних страна да од склапања брака живе заједно, док их смрт не растави.⁶⁵

Ако се брак разуме као заветовање на „вековечиту љубав“,⁶⁶ „света тајна“ и „доживотна телесна и духовна веза“,⁶⁷ онда је закључење брачног уговора само по себи лицемерје, на који се надовезује заједнички живот у лажи и самообмани.⁶⁸

„Уговор није само инструмент гарантовања слободе појединца, већ и акт који може рачунати на пуноважност само уколико је у складу са јавним добром“.⁶⁹ Традиционална породица са оба родитеља је, по правилу, најбоље окружење за подизање деце, па је сходно томе јавни интерес да се бракови не разводе.⁷⁰ Деца трпе значајан психолошки и економски губитак због развода родитеља, дакле одлуке на коју не могу утицати.⁷¹ Ипак, ако су брачни односи поремећени у толикој мери да је живот у заједници неподношљив, развод може представљати бољи избор по заједничку децу од продужења „брачне агоније“. Стога је један од правнополитичких циљева модерног права и ефикасно окончање неуспешног брака. Супротно поступање је окретање леђа реалности и одбијање да се живот прихвати онаквим каквим јесте. Лица која улазе у брачну заједницу се често недовољно познају. Брак склопљен на пречац може бити грешка од самог почетка. Чак и ако је испрва све изгледало као бајка. Економски проблеми, сукоби у вези са децом, неверство, неспојиве каријере, па и засићеност (досада) подстичу удаљавање супружника.⁷² Понекад се супружници током година толико промене да више не деле исте вредности и

⁶⁴ Вид. *Re Marriage of Higgason* (1973) 10 Cal 3d 476, 110 Cal Rptr 897, 516 P2d 289.

⁶⁵ Вид. *Oliphant v. Oliphant* (1928) 177 Ark 613, 7 SW2d 783.

⁶⁶ Вид. § 60. СГЗ.

⁶⁷ Вид. чл. 1 Брачних правила Српске православне цркве (1933), Београд 1934.

⁶⁸ Циљ праве заједнице је да буде вечна и непрекинута. „Ако си ушао у заједницу и хоћеш после да је прекинеш, то значи да си у почетку био неискрен. Искрено би било да си ушао у заједницу тако да ни по коју цену нећеш да се прекине“ Вид. Епископ захумско-херцеговачки и приморски Григорије, *Радост живота*, Бања Лука 2009, 82.

⁶⁹ Д. Стојановић, 388.

⁷⁰ Вид. В. Вих, (1998), 172.

⁷¹ Вид. Е. S. Scott, „Rational Decisionmaking about Marriage and Divorce“, *Virginia Law Review* 76/1990, 11.

⁷² Вид. Е. Scott, 39.

циљеве.⁷³ Брачни другови који нису у стању да преброде ове тешкоће, трагају за што безболнијим излазом.⁷⁴ Посматран из овог угла, брачни уговор чини развод мање компликованим.⁷⁵ Ако брак престане са мање тензија, последице по заједничку децу ће бити подношљивије. Сходно наведеном, не може се прихватити тврдња да је брачни уговор (адекватан) узрок развода.⁷⁶ Такво искључиво резонување наводи и на сасвим супротан закључак, да брачни уговор охрабрује склапање брака који неки партнери избегавају, ако нису сигурни у очување својих имовинских интереса и интереса њихове деце.⁷⁷

2.1.3. Брачни уговор је ништав, јер нарушава равноправност полова

Неки аутори сматрају да је основна сврха брачног уговора заштита имања једног супружника од деобе са економски слабијом страном⁷⁸. „Пошто је у просеку приход који имају жене мањи од прихода мушкараца, ови уговори се морају посматрати као оно што они јесу, као начин да се изиграју друштвене норме о равноправности полова“.⁷⁹ Народна је веровање да муж брачним уговором штити своје имање од супруге, а да, с друге стране, она прихватањем овог уговора уверава мужа да је занима само љубав, а не „његов новчаник“. Чини се да ово становиште наглашава само једну страну медаље. Чак и ако се прихвати теза да је сврха брачног уговара искључиво заштита супружника који ће у перспективи више зарађивати, није нужно да је имућнији уговорник мушког пола.⁸⁰ У судској пракси се постављало и питање пуноважности брачних уговора у којима су супруге биле

⁷³ Личност супружника се неповратно мења сазревањем, али и услед других фактора као што су: искуство из рата, породична трагедија, болест, алкохолизам, промена вере или пола. Вид. Е. Scott, 61.

⁷⁴ Вид. Е. Scott, 9.

⁷⁵ Вид. В. Вих, (1998), 150.

⁷⁶ То је исто тако погрешно, као и тврдити да уговарање животног осигурања доводи до тога да се уговорник разболи. Вид. А. G. Dubin, „In Praise of Prenups“, *The New York Times*, June 16, 2002, 3. И пре ступања на снагу новог Породичног закона, у Србији се према подацима Савезног завода за статистику годишње у просеку разводило око 9.000 бракова. Вид. „У Србији нико не плаћа алиментацију“, *Глас јавности*, <http://arhiva.glas-javnosti.co.yu/arhiva/2004/09/26/srpski/D04092501.shtml>, 12. фебруар 2009.

⁷⁷ Брачни уговор омогућава примерену заштиту деце из претходног брака, али и одговорност за нову породицу. Вид. „Developments In The Law: V. Marriage as Contract and Marriage as Partnership: The Future of Antenuptial Agreement Law“, *Harvard Law Review* 116/2003, 2084.

⁷⁸ Вид. G. F. Brod, *Premarital Agreements and Gender Justice*, *Yale Journal of Law & Feminism* 6/1994, 279.

⁷⁹ Вид. G. F. Brod, 279.

⁸⁰ J. G. Sherman, 366.

богатија уговорна страна.⁸¹ Сходно томе, могуће је извести закључак да се ништавост брачног уговора услед нарушавања равноправности полова може утврђивати искључиво од случаја до случаја: на пример, уговорена је обавеза верности само за једног супружника или је висина удела у заједничкој имовини различито одређена у зависности од тога да ли је неверство починила жена или мушкарац.⁸² Равноправност полова би нарушавала и уговорна одредба по којој је нека имовинска корист условљена девичанством супруге, на пример, да муж дугује жени одговарајући дар након прве брачне ноћи, ако се увери да је он једини мушкарац у њеном животу.⁸³

Ако прихватимо да се данас „принцип равноправности, као некада принцип доминације, интерпретира као главни гарант стабилности брака“,⁸⁴ онда није спорно да су апсолутно ништави они брачни уговори који овај принцип нарушавају; али се не може бранити становиште да је брачни уговор замишљен као инструмент којим се прокламована равноправност супружника заобилази.

* * *

Чини се да брачно-имовинско уговарање не лепи нужно цену на брак. Супружници који на време рашчисте с тим да је брак не само емоционална, него и економска заједница можда имају више шансе да „конац“ њихове везе буде, ако не бајковит, онда макар рационалан, као што је уосталом био и почетак. Брачни другови који улазе у брак трезне главе и чији је однос заснован више на реалности, а мање на илузији,⁸⁵ виде брачни уговор као кључ за решавање евентуалних спорова у будућности.⁸⁶ Кад развод „закуца на врата“ супружници често поступају *mala fide*, што продубљује њихов сукоб

⁸¹ На пример, брачни уговор у којем је у тренутку венчања супруга (73 године) располагала значајном имовином, док је муж (48) радио као конобар са минималном зарадом – 2 долара по сату, плус напојница. Вид. *In re Marriage of Higgason*, 516 P.2d 289, 290 (Cal. 1973), као и случај брачног уговора између богате удовице и таксисте. Вид. *Gould v. Rafaeli*, 822 S.W.2d 494 (Mo. Ct. App. 1991).

⁸² О апсолутној ништавости уговорних одредби које промовишу полну неравноправност, вид. С. Панов, (2008), 681.

⁸³ На пример АГЗ уређује институт јутарњег дара (лат. *donum primae noctis*, нем. *Morgengabe*), вид. §1232 АГЗ. СГЗ такође познаје дар који муж може први дан жени учинити (§770 СГЗ); У шеријатском праву је могуће уговорити да венчани дар (мехр) буде већи, ако се потврди да је девојка у брак ступила као невина. Вид. У. Новаковић, „Дејства брака на личне односе супружника у шеријатском праву“, *Правни живот* 10/2008, 511.

⁸⁴ С. Панов, „Брак – равноправност или слобода“, *Правни живот* 9/1997, 672.

⁸⁵ А. G. Dubin, 3.

⁸⁶ М. Игњатовић, 488.

и оставља несагледиве последице по заједничку децу. Можда је онда боље да се о имовинском аспекту брака супружници договоре док су у љубави, него када „шапутање на јастуку“ замене сузе и жучне расправе.

Породица није чисто приватна ствар. Друштво кроз норме породичног права исказује свој избор.⁸⁷ Промена климе у друштву, може довести до тога да нешто што је у једном друштвеном контексту недопуштено, већ у другом тренутку постане морално прихватљиво.⁸⁸ Брачни уговор нити охрабрује склапање брака, нити га руши. Доступност развода није изменила природу брака, па сходно томе ни могућност закључења брачног уговора не утиче пресудно на одлуку о разводу. Брачни уговор је друштвено користан институт, јер иде у сусрет потенцијалном проблему, што имовинске односе супружника измешта из суднице и ублажава утицај брачних несугласица на заједничку децу.

Nenad Tešić, LL.M.

Lecturer

Belgrade University Faculty of Law

LOVE AT THE FIRST SIGNATURE – ON MORALITY OF MARITAL AGREEMENTS

Summary

Under Serbian Civil Code (1844), prospective spouses and extra-marital partners were permitted to agree on their actual and future property relations according to their needs. Serbian legislator re-introduced this possibility in 2005.

The norms that regulate the proprietary consequences of marriage have thus become default rules that apply only if marital partners did not agree otherwise. This so-called *renascence* of marital (nuptial) agreements in Serbia raises the whole line of related legal and ethical issues: Why the

⁸⁷ З. Поњавић, 2006, 17.

⁸⁸ Времена се мењају и ми са њима (*Tempora mutantur et nos in illis*). Тако се кроз историју мењала и морална прихватљивост брачно-имовинског уговарања. На пример: према Хамурабијевом закоником младожења је давао оцу младе предбрачни поклон – *тирхату*, у хомерско доба младожења је жени морао дати женидбени поклон – *hedna*, а у Византији посебно место у брачном праву добија установа брачног поклона – *hypobolon*. Вид. С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2008, 74–75, 119, 176.

couples decide to govern their property relations by the agreement? Does the possibility of the marital agreement induce the commercialization of the marriage? Do the marital agreements implant the seeds of discord in marriage, or do they jeopardize the gender equality?

The author points out two possible approaches to the issue of validity of marital agreement. According to the first conception, marital agreement should be null and void by its sole nature. It is against public policy and moral, as it allegedly leads to commercialization of marriage, encourages divorce and destroys the equity of spouses (general nullity). According to the other opinion, not all marital agreements should be null and void (*per se*). Its potential nullity be judged from case to case. Consequently, the contractual distribution of marital property is generally permitted by the Law, but this fact does not preclude the court from finding that the contract at hand is null and void (nullity *in concreto*).

The author concludes that marital agreements neither encourage the conclusion of marriage, nor destroy its prospects. Regardless of some moral controversies concerning the marital agreements, it is without a doubt a socially useful phenomenon, since it regulates before hand the potential sources of problems between the spouses: it displaces court resolution of property issues between ex-spouses and mitigates the negative effects of divorce on mutual children.

Key words: *Marital (Nuptial) Agreements. – Parties to Marital Agreement. – Nullity of Contract. – Gender Equality.*