

Мр Ненад Тешић*

КО ПЛАТИ ДУКАТ ДА У БРАК УЋЕ, НУДИ ДВА ДА ИЗ БРАКА ИЗАЋЕ

Породични закон (2005) враћа у српско право могућност да супружници уговором 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. Два су 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 (које прихвата и српски законодавац), евентуална ништавост брачног уговора мора се ценити од случаја до случаја (конкретна ништавост). Дакле, брачно-имовинско уговарање је законом допуштено, али је могуће утврдити ништавост таквог уговора, односно неке његове одредбе, in concreto.

Аутор из угла српског права анализира споразуме супружника чија је пуноважност и извршивост спорна и у уговорној пракси САД, нпр. клаузуле о брачној верности и клаузуле о учесталости сексуалних односа супружника. Ови споразуми су по својој природи мешовити, јер везују имовинске последице за одређени начин вршења личних права супружника. Као противне јавном поретку, аутор нарочито наводи погодбе којим се уговорне стране трајно одричу права на репродукцију или из верских разлога ускраћују заједничкој деци медицински индиковано лечење.

Брачни уговор је уговор међу ближњима, па суд мора приступити његовом тумачењу са посебном обазривошћу. Приватно право је овде прожето јавним интересом. Стога пажња суда код закључења брачног уговора и процене његове ваљаности, мора бити нешто већа него код других уговора имовинског права. Суд мора водити рачуна о заштити основних вредности и суштине брачне заједнице, а нарочито о најбољем интересу деце.

Кључне речи: Брачни уговор. – Ништавост. – Лични односи супружника. – Верско васпитање деце. – Уговор међу ближњима.

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, *nenad.tesic@ius.bg.ac.rs*.

1. УВОД

У свом претходном раду у овом часопису, навели смо и објаснили разлоге због којих је у српском праву напуштено становиште о неприхватљивости брачно-имовинског уговарања.¹ Ово, међутим, не искључује дужност суда да води рачуна о томе да ли је одређени брачни уговор или нека његова одредба противна јавном поретку или моралу.² Чини се да су покушаји уговорног преобликовања саме суштине брака у новије време нарочито изражени у праву САД. Стога ће се, нарочито на примерима из праксе америчких судова, трагати за критеријумима за препознавање ништавости таквих погодби супружника и у српском праву.

Најпре, неопходно је нагласити да смо синтагму „брачни уговор“ у овом (и претходном раду) користили у ширем значењу од значења које јој придаје наш законописац,³ по коме:

„Супружници, односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор). Брачни уговор мора бити закључен у писменом облику и мора бити оверен од стране судије, који је дужан да пре овере супружницима прочита уговор и упозори их да се њиме искључује законски режим заједничке имовине“.⁴

Чини се да се упориште за овде прихваћени (шири) приступ може наћи у нашој правној традицији. Српски грађански законик у глави која носи наслов „О уговорима брачним“,⁵ дефинише брачни уговор као „уговор који би између мужа и жене, или између женика и невесте у одношењу на брак о имању закључен био“ (чл. 759). Уговор овај може гласити о миразу (чл. 760), „може и муж жени први дан какав дар учинити“ (чл. 770), али овим уговором може и заручник својој заручници (или ова ономе) шта поклонити, или обећати на случај брака (чл. 778). Према овоме изгледа да појам „уговор брачни“ за имовинска давања супружника поводом брака није уведен у српско право 2005. године, већ још 1844. године, а по узору на (и данас важећи) Аустријски грађански законик. Према АГЗ брачни уговори (*Ehepakte*) се закључују у намери да се склопи брак, уређујући

¹ Ненад Тешић, „Љубав на први потпис – о моралности брачних уговора“, *Анали Правног факултета у Београду (Анали ПФБ)* 2/2009, 229–246.

² Тако је и амерички суд у једном случају закључио да будући супружници могу уговорити њихова права у погледу имовине (*in relation to property*); „предбрачни уговор који предвиђа поделу имовине је пуноважан, ако није супротан моралу или јавном поретку“ (*good morals or public policy*). Вид. *Holliday v Holliday* (1978, La) 358 So 2d 618.

³ Породични закон – ПЗ *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

⁴ Чл. 188, ст. 1, 2 ПЗ.

⁵ Вид. XXVIII §§ 759–788 СГЗ.

имовинске односе и тичу се нарочито (дакле не искључиво): мираза, узмирајза, јутарњег дара, заједнице добара, управљања и уживања властите имовине, реда наслеђивања или доживотног уживања имовине једног супружника за случај смрти оног другог и удовичког издржавања.⁶

У праву САД, брачни уговор је сваки уговор супружника (односно вереника) који потврђује или на било који начин мења редовне имовинске последице престанка брака.⁷ Судећи по богатој судској пракси у САД, у брачне уговоре се, поред одредби о расподели имовине у случају престанка брака и издржавању, интегришу и погодбе о начину контроле рађања, о последицама брачног неверства, о начину одгајања деце и др.⁸

Сходно томе, сматрали смо да је генерички појам „брачни уговор“ (у ширем смислу) прикладнији за расправу о различитим брачно-имовинским аранжманима који се јављају у упоредном праву,⁹ па сходно томе и о ништавости уговорног везивања имовинске користи или уштрба за личноправне односе супружника.¹⁰ При том није

⁶ Вид. § 1217 АГЗ. У праву Шпаније, брачним уговором уговорници могу уговорити измену имовинског режима у браку, али и сва друга располагања из разлога брака. „En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones po razón del mismo“, чл. 1325 ШпГЗ.

⁷ Вид. § 7.01 (1) (a),(b) *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations*, American Law Institute Washington, D.C. 2002.

⁸ Тако о садржини брачних уговора у САД вид. Tatiana Seliazniova, „Marital Agreements: Comparative Analysis of legal regulations in the USA and in some post-socialist countries“, *Правни живот* 9/2004, 944–945. Можда је таква учесталост лично-имовинског уговарања условила став проф. Драшкић по коме ни љубав није могућа без имовинске компоненте: „моје је мишљење, да су напротив, имовински односи интегрални део свих људских односа, укључујућу и љубавни однос“, на који се надовезује закључак: „Коначно ако је могуће заљубити се у нешто вредно („романсирати камен“), зашто онда није могуће заштитити саму љубав кроз добровољан и узајаман финансијски аранжман („финансирати романсу“)“. Вид. Марија Драшкић, „Financing the Romance: Marriage Cotract in the Serbian Family Act“, *Family Finances* (ed. B. Verschraegen), Vienna 2009, 393.

⁹ Тако се у француском праву брачни уговори тичу брачних режима (*du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*), чл. 1387–1399 ФГЗ, али се исти термин користи и за споразум супружника о пригодном дару (чл. 1091–1094 ФГЗ). У руском праву, брачни уговор (*брачный договор*) је споразум вереника или супружника којим се дефинишу имовинска права и обавезе супружника у браку и (или) у случају развода (чл. 40 Породичног закона Руске Федерације – ПЗРФ). Супружници могу брачним уговором изменити законски режим заједничке имовине установљавајући режим заједничке имовине, сусвојине или посебне имовине у погледу целокупне имовине супружника, у погледу одређених добара или у погледу имовине неког од супружника. Супружници, такође могу брачним уговором дефинисати права и обавезе у погледу узајамног издржавања. Вид. чл. 42, ст. 1, тач. 3 ПЗРФ.

¹⁰ Тако Беговић дели брачне уговоре на уговоре личне природе и уговоре имовинске природе. „На тај начин муж и жена могу изменити донекле своје личне

спорно да се брачни уговор (у ужем смислу), по последицама које креира у имовинским фондовима супружника, мора јасно разликовати од других (грађанскоправних) уговора,¹¹ те да је *prima causa* тако схваћеног брачног уговора – *causa bonorum modificandi*.¹²

2. НИШТАВОСТ НЕКИХ ЛИЧНО-ИМОВИНСКИХ ПОГОДБИ СУПРУЖНИКА

Поред индивидуалне слободе предузимања правних послова, правни поредак штити и друге друштвене интересе који заслужују заштиту.¹³ У брачном уговору породична заједница односно заједничка деца су „трећа лица“, која не учествују у уговарању, али овај уговор често утиче и на њихову судбину. Друштво мора сачувати суштину брака и обезбедити одговарајућу заштиту деце од неразумних располагања њихових родитеља. Суду је стога остављено да, узимајући у обзир све релевантне околности, оцени пуноважност конкретног уговора. Покушај обједињавања свих појединачних случајева ништавости лично-имовинских погодби у један целовит и затворен систем, чини се не може уродити плодом. Стога ће се указати само на неке такве погодбе о чијој ваљаности се расправљало и у праву САД, у намери да њихову (не)допуштеност сагледамо и из угла нашег позитивног права.

2.1. Задирање у лична права и односе супружника

Према једном моделу, супружници не могу мењати права и дужности које произилазе из брака.¹⁴ Уговором се могу регулисати само имовински односи супружника, односно будућих супружника, а никако њихови лични односи.¹⁵ С друге стране, постоји и станови-

и имовинске односе у браку“, Мехмед Беговић, *Шеријатско брачно право*, Београд 1936, 96–97.

¹¹ У аустријском праву, брачни уговор уређује имовинске односе (*Vermögensverhältnisse*) супружника. Међутим, није сваки уговор између супружника брачни уговор, нпр. продаја, размена, закуп. Вид. Helmut Koziol, Rudolf Welser, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, II, Wien 2000, 431.

¹² Тако је у аустријској пракси најважнији брачни уговор – споразум о заједници добара (*Gütergemeinschaft*). Међутим, „уговорна слобода оставља уговорницима могућност да постојеће врсте уговора модификују или развију нове“, Н. Koziol, R. Welser, 431.

¹³ Дејан Ђурђевић, *Апсолутна ништавост завештања* (докторска дисертација), Београд 2004, 22.

¹⁴ Вид. чл. 1388 ФГЗ.

¹⁵ Вид. Марија Игњатовић, „Имовински уговор брачних другова у праву Републике Србије“, Несклад теорије и праксе, *Правни живот* 10/2008, 496.

ште да је савремена породица ослобођена државног модела. „Права и обавезе субјеката породичних односа данас свој извор све више налазе у индивидуалној вољи. Укратко један објективни оквир породичног права узмиче пред снагом субјективног права и налетом индивидуалне воље“.¹⁶ Степен ове приватизације мери се увођењем уговорног модела у породицу, где супружници својом вољом не само заснивају брак, него и уређују његову садржину.¹⁷ Према Поњавићу, уговори којима се регулишу лични односи супружника су „инструменти за очување породичног мира“.¹⁸ Породични живот је пун таквих ситуација, на пример споразум о презименима супружника, споразум о имену детета, као и други споразуми кроз које се конкретизује вршење родитељског права.

Закон каже да супружници споразумно одређују и место становања.¹⁹ Међутим, поставља се питање могу ли супружници неку имовинску корист или губитак, уговором везати за обавезу једног супружника да следи оног другог, на пример, ако овај због промене посла мора да промени и боравиште. По једном приступу овој дилеми такво уговарање је противно императивној норми и својеврсно враћање на правило СГЗ, по коме муж одређује место становања.²⁰ Према другом становишту, нема разлога да ови углавци буду генерално забрањени. Један од стубова брака је пуна морална подршка супружника.²¹ Емотивна сигурност коју доноси актуелно присуство супружника је у неким случајевима услов за професионални успех. Сходно томе, ако у конкретном случају није нарушена равноправност супружника, или неки други принцип породичног права изостаје јавни интерес да се овај споразум огласи ништавим.

Брачни другови договарају место становања, али и стан у коме ће живети.²² Чини се да дужност вођења заједничког живота не значи да супружници морају живети у истом стану.²³ Они неко време могу

¹⁶ О тенденцији „контрактуализације“ породичног права вид. Зоран Поњавић, „Ново породично законодавство – Процес приватизације породичног права“, *Ново породично законодавство – НПЗ* 2006, 7.

¹⁷ Зоран Поњавић, „Уговори којим се уређују лични односи у породичном праву“, *Правни живот* 9/1998, 671.

¹⁸ З. Поњавић (1998), 671.

¹⁹ Вид. чл. 27. ПЗ.

²⁰ Вид. § 110 СГЗ. Жена је дужна са мужем „ићи где он за добро нађе, с њим онде живети...“ уз одређене изузетке. Она може да одбије да иде тамо где би за њу то било немогућно или штетно са гледишта њенога доброга гласа, сигурности живота или здравља, вид. и Живојин Перић, *Лично брачно право, по Српском Грађанском Законику*, Београд 1934, 65–66.

²¹ „Жена има да дели судбину свога мужа као и муж своје жене свуда тамо где им њихова брачна обавеза моралне потпоре то наређује“, Ж. Перић (1934), 66.

²² З. Поњавић (1998), 679.

²³ Вид. чл. 25 ПЗ.

живети одвојено из објективних разлога (нпр. издржавање затворске казне) или субјективних разлога (нпр. жеља за пресељењем у „већу средину“).²⁴ Ипак, супружници не могу закључити уговор којим се један од њих ослобађа дужности вођења заједничког живота.²⁵ У једном случају из америчке судске праксе је пресуђено да је уговор који искључује суштинске аспекте брака закључен зарад изигравања имиграционих прописа и као такав противан јавном поретку (*public policy*).²⁶ На овом месту се рађа и недоумица: да ли су сексуални односи супружника суштинска одлика брака. Другим речима, да ли је пуноважан споразум којим се супружници трајно одричу сексуалних односа или прецизирају њихову учесталост. СГЗ је, на пример, прописивао дужност полног општења супружника.²⁷ Перић се тим поводом пита: „Каква је то дужност? Да ли је само морална?“²⁸ „Одржавање полних односа међу људима и женама је по државу корисно, а оно је корисно ако се врши кроз брак, што опет појачава снагу државе и њен међународни значај.“²⁹ Ова обавеза је дакле законска, не само морална,³⁰ али је њена особеност, према Перићу, у томе што санкција није непосредна, посредством принуде од стране власти, као што је, по правилу, случај са законским обавезама, него посредна – тражење раскида брачне заједнице услед невршења брачне дужности.³¹ Породични закон РС не прописује дужност полног општења супружника, али је извесно да је одрицање супружника од сексуалних односа у браку супротно његовој природи. Остваривање заједнице живота поред узајамног поштовања и помоћи подразумева и полно општење супружника. Сходно томе, не може се сматрати пуноважним уговор којим се овај аспект брачних односа вољно искључује.³² Да ли то онда важи и за уговорну одредбу којом се нека имовинска корист или уштрб везује за редовност сексуалних односа у браку?

²⁴ Ако међу брачним друговима нема сагласја о овим питањима, посредан излаз из такве ситуације је у разводу брака, пошто државни орган не може наметнути решење, као што то чини у случају недостатка споразума о личном имену заједничког детета. Вид. чл. 344, ст. 4 ПЗ.

²⁵ Вид. Марија Драшкић, *Породично право и право детета*, Београд 2009, 409.

²⁶ Вид. *Heilbut v. Heilbut*, 746 N.Y.S.2d 294 (App. Div. 1st Dep't 2002).

²⁷ Вид. § 108 СГЗ.

²⁸ „...и у том случају не би било друге санкције до савести супругове“, Ж. Перић (1934), 49.

²⁹ Ж. Перић (1934), 59.

³⁰ „Како држава може другачије схватити полне односе без којих не би било људи, а без ових не би било ни ње државе“, Ж. Перић (1934), 60.

³¹ Ж. Перић (1934), 51.

³² Уговор који је у супротности са природом брака и брачних односа не може егзистирати. Вид. Марина Јањић Комар, Радоје Кораћ, Зоран Поњавић, *Породично право*, Београд 1999, 354.

Иако је генерално одрицање од полног општења супротно природи брака, узајамна сагласност мора постојати за сваки појединачни сексуални чин.³³ Обљуба супружника која није заснована на сагласности воља је, штавише, санкционисана као кривично дело.³⁴ У савременом праву се, дакле, напушта концепција о брачној дужности полног општења и приклања схватању о сексуалним односима супружника заснованим на консензусу. Само по себи се намеће питање – шта је онда кауза (разлог обвезивања) код таквог уговора?³⁵ Чини се да је кауза сексуалног чина објективно-субјективне природе. Отуд је готово немогуће дефинисати је, пре свега зато што је ова биолошко-социолошка активност људи нераскидиво повезана са двоструким моралом.³⁶ „Неморалност уговора може непосредно проистицати из садржине његове, а може се налазити и у циљу који хоће да се постигне дотичном чинидбом“.³⁷ Суд, дакле, мора пажљиво приступити сагледавању каузе којом се уговорници руководе, испитујући нарочито да ли је разлог обвезивања једне стране на сексуални однос имовинска накнада коју даје друга страна.³⁸ Ако се поклон учињен конкубини, да би се придобила или одржала њена наклоност тра-

³³ Сексуални однос, у својој правној суштини, несумњиво има уговорну природу. Вид. Слободан Панов, *Право на родитељство*, Београд 1998, 229.

³⁴ Према Кривичном законнику Србије, учинилац и пасивни субјект кривичног дела силовања могу бити и лица која живе у брачној заједници. Кривично дело силовања чини онај ко принуди другог на обљубу или са њом изједначен чин употребом силе или претњом да ће непосредно напасти на живот и тело тог или њему блиског лица. Радња извршења кривичног дела јесте принуда на обљубу у ширем смислу, а то је вагинални, анални и орални коитус. Вид. Коментар уз чл. 178 КЗ, Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2006, 434–437.

³⁵ Опширније о појму и правној природи каузе вид. Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2011, 244–281.

³⁶ „Ако игде оно у полним (и можда политичким) односима важи двоструки морал – једно се прича, захтева и јавно усваја, а друго се тајно ради“, Радомир Лукић, *Социологија морала*, Сабрана дела, VII, Београд 1995, 556.

³⁷ Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд 1997, 209. Правна историја бележи различите циљеве нормирања редовности сексуалних односа. Да се не би угасила породица пуноправног грађанина, у старој Атини, кћерка наследница (епиклера) се удавала за стрица или другог најближег сродника по очевој линији. Како је главни циљ ове установе било рођење мушког детета, Плутарх тврди да је, ако муж епиклере не општи са њом бар три пута месечно, епиклера (али и било ко трећи) могла поднети посебну врсту јавне тужбе – графе и захтевати развод. Вид. Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2008, 120; Сима Аврамовић, „Епиклера, *kadestai* и *epibalontes* – спорне установе античког грчког права“, *Анали ПФБ* 5–6/1979, 475–490.

³⁸ Тако је амерички суд разматрајући случај две жене које су уговориле да ће једна (материјално) подржавати другу закључио да је такав уговор извршив (*enforceable*). Без обзира што закон не прописује било каква права и обавезе за ова лица, не постоје препреке да се стране у ванбрачном односу договоре о одређеним правима и обавезама. Такав уговор је извршив, осим ако је разлог уговарања недвос-

диционално сматра неморалним (ништавим),³⁹ онда нема разлога да се уговарање имовинске награде за сексуални однос у браку сматра моралним и производи другачије последице. За правни поредак је свако новчано подстицање сексуалног чина неприхватљиво,⁴⁰ па макар уговорне стране биле и супружници.⁴¹ Међутим, Гамс о правним пословима који су у супротности са полним моралом пише да је то „једна група правних послова који се додуше не сматрају природним облигацијама, али се у неку руку изједначају по свом дејству са њима: не заштићују се судски али се толеришу, и ако се добровољно изврше не може се тражити повраћај датог“.⁴² Ако кроз призму овог становишта Гамса посматрамо уговор којим се нека имовинска корист или уштрб везује за учесталост сексуалних односа у браку, може се извести закључак да и у овом случају има места сходној примени правила о натуралним облигацијама. Ако таква погодба не вређа императивна правила о издржавању супружника или брачној равноправности, не постоји јавни интерес да се утврди њена ништавост.⁴³ Учињено

мислено заснован на сексуалним услугама. (*inseparably based upon illicit consideration of sexual services*). Вид. *Posik v. Layton*, 695 So.2d 759 (Fla. 5th DCA 1997).

³⁹ Слободан Перовић, „Правне последице неморалних уговора“, *Анали ПФБ* 2/1966, 205.

⁴⁰ Свако изнуђивање сексуалног чина, па и новчано, сматра се нарушавањем интегритета. „Равноправни односи између жена и мушкараца у питањима полних односа и репродукције, укључујући и пуно поштовање интегритета особе, захтевају међусобно поштовање, разумевање и дељење одговорности за полно понашање и његове последице.“ Вид. пара. 96 Платформе за акцију донете уз Пекиншку декларацију (1995) на Четвртој Светској конференцији о женама, 15 септембра 1995.

⁴¹ Подвођење супружника трећим лицима уз накнаду се у правној књижевности такође наводи као пример неморалног посла. Вид. Марко Младеновић, Слободан Панов, *Породично право*, Београд 2003, 204.

⁴² Андрија Гамс, „Повраћај у пређашње стање код неморалних правних послова“, *Анали ПФБ* 2/1958, 209.

⁴³ У једном случају амерички суд (*Louisiana Court of Appeals*) није прихватио уговорну одредбу која се односила на учесталост сексуалних односа супружника, вид. *Favrot v. Barnes*, 332 So. 2d 873 (La. Ct. App. 1976), *rev'd on other grounds*, 339 So. 2d 843 (La. 1976). У овом случају стране су на инсистирање мужа унеле у предбрачни уговор одредбу о лимитирању сексуалних односа (*limiting sexual relations to once per week*). У поступку развода муж је тврдио да је супруга повредила уговор (*violating the agreement by wanting to have relations three times a day*). Суд је одлучио стао на страну супруге држећи да стране не могу уговором одступити од брачних дужности заснованих на разумним очекивањима (*a party cannot contractually modify the marital obligation to „fulfill the reasonable and normal sex desires of each other“*). Опширније Jonathan E. Fields, „Forbidden Provisions in Prenuptial Agreements: Legal and Practical Consideration for the Matrimonial Lawyer“, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 21/2008, 431–432. Ипак, у правној књижевности постоји и супротно становиште, Laura P. Graham, Comment, „The Uniform Premarital Agreement Act and Modern Social Policy: The Enforceability of Premarital Agreements Regulating the Ongoing Marriage“, *Wake Forest Law Review* 28/1993, 1039.

обећање овде није остатак неке цивилне облигације, али ни морална дужност лишена било какве правне санкције.⁴⁴ Ово из разлога што уговору верна страна увек може захтевати развод због поремећаја брачних односа. Ако неморалност таквог уговора, није очигледна, правни поредак га трпи, али му одриче непосредну санкцију.⁴⁵ Брачна обзирност налаже супружницима да поштују дату реч, тако да се једном испуњена престација не може натраг тражити.⁴⁶ Другим речима, не сматра се неоснованим обогаћењем оно што је учињено на име дуга савести.⁴⁷ Тако заснована облигација има карактер неправне (квази-) натуралне облигације.⁴⁸

Може се казати да је везивање имовинских ефеката за вршење неког личног права супружника релативно често у уговорној пракси САД. Брачни уговори познатих личности, по правилу, садрже обавезу мање познатог супружника да се уздржи од писања о браку и учешћа у телевизијским емисијама на ову тему (тзв. *confidentiality clause*).⁴⁹ Забележен је чак и углавак којим се супруга обвезује да телесну тежину утврђену на дан венчања неће повећати у току брака за више од 20 фунти и да ће, ако ово обећање не одржи, њеном

⁴⁴ О теорији по којој су натуралне облигације у ствари несавршене (неуспеле) цивилне облигације и схватању које објашњење натуралних облигација преноси у домен морала (тзв. теорији о моралним дужностима), Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд 1990, 81–85.

⁴⁵ „Можемо казати да је законодавац радње појединца моралу противне поделио на две велике групе, на оне којима он управља (неморалне радње које су кажњиве, тј. кривична дела) и оне које оставља влади морала и савести (неморалне радње које трпи), стога што су ове последње...тако људима природне... да би свако законодавство које би те радње апсолутно забрањивало и кажњавало било бесциљно, оно се не би могло извршити јер му се појединци не би повиновали.“ Вид. Живојин Перић, „Утицај судије на јавни морал“, *Приватно право – Скупљене расправе из Грађанскога Права*, Београд 1912, 271.

⁴⁶ Према Закону о облигационим односима, не може се тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности. Вид. чл. 213 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁴⁷ Према проф. Константиновићу: „Не може се тражити натраг оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обвезе или неке моралне или друштвене дужности, или *дуга савести*“, чл. 172 Скица за Законик о облигацијама и уговорима.

⁴⁸ Ова облигација је увек двострано-личне природе. Само изворни поверилац може примити испуњење и само изворни дужник може извршити уговорену обавезу. Тражбина и дуг, у овом случају, настају с обзиром на лична својства уговорника (*intuitu personae*), па нису подобни за уговорни пренос и наслеђивање. О подели облигација према интензитету везе између престације и дужника, вид. О. Антић, 93–95.

⁴⁹ Вид. Jan Hoffman, „The Rich, How They Keep It“, *The New York Times (NY)*, Sunday, November 19, 1995, sec. 6, 104.

супругу припасти одговарајуће имовинско добро.⁵⁰ Отвара се питање, да ли је такво уговарање прихватљиво у српском праву? Марковић пише: „Ако би дужник преузео обавезу која би потчинила туђој власти макар један део његове личне сфере активности у толикој мери да би његов живот или тело или његова лична и економска слобода или његова част... били спутани и везани на начин који би био у противности са појмом слободне личности и њеног достојанства, или са начелом правне једнакости такав уговор, као неморалан, био би без икакве правне важности“.⁵¹

Заиста, ако повреда морала вређа јавни интерес, правни поредак је дужан да је санкционише. Међутим, ако се супружници самоограничавају, тако да део приватности не износе у јавност, тада се наспрам слободе једног супружника да породични живот подели са светом, налази једнако такво право другог супружника да његова интима остане скривена. Слично је и ако су супружници уговорили да се током брака не „запусте“, па за то вежу одговарајући имовински подстицај. Јавни интерес ни у једном од ова два случаја није нужно повређен, а страна која сматра да је њен правни интерес доведен у питање може захтевати поништај уговора у складу са општим правилима. Ако у конкретном случају један супружник не користи „стање нужде“ другог супружника, чини се да би и у српском праву могла бити допуштена погодба по којој је одређени начин уживања неког личног добра утаначен као будућа неизвесна околност од чијег наступања или ненаступања зависи дејство брачног уговора.⁵² Супружник чије је лично добро у питању тако се не одриче свог права, већ само прихвата одређени начин његовог вршења.⁵³ Ово лично право мора по својој природи бити такво да супружник може њиме располагати.⁵⁴ При том, уговорени услов не сме угрожа-

⁵⁰ Изјава адвоката Ј. Барнета (*J. Barnett*), у *Lisa W. Foderaro*, „Prenuptial Contracts Find New Popularity“, *The New York Times (NY)* August 21, 1997, B.

⁵¹ Вид. Л. Марковић (1997), 208.

⁵² Нпр. одредба брачног уговора да ће 20 % зараде једног супружника сваког месеца ући у посебну имовину другог супружника под условом да овај престане са „конзумирањем дрога“ (одложни услов), или да 20 % зараде једног супружника улази у посебну имовину другог супружника, све док се овај уздржава од уступања својих фотографија модним часописима (раскидни услов).

⁵³ Супружник таквим уговарањем само прилагођава свој животни стил потребама заједнице. Отуда се у уговорној пракси САД ове уговорне одредбе и називају „lifestyle clauses“. Shanna Hogan, „Conditional love“, *Times Publications*, <http://www.timespublications.com/mar08-feature1.asp>, посећено 24. маја 2010.

⁵⁴ По својој природи такав услов је потестативан, дакле зависи од воље оног супружника, чије је лично право у питању. Супружник се нпр. може „одрећи права на објављивање дневника“. Слобода располагања начелно зависи од тога да ли је „аутономија воље већа вредност од личног добра којим се располаже, не сужава ли се претерано слобода лица и не коси ли се са моралом“. Тако о фактичком и

вати достојанство и интегритет супружника, нити водити његовом економском или сексуалном искоришћавању.⁵⁵

2.2. Задирање у правила о разводу

Заједничка воља супружника није само услов заснивања, већ и опстанка брака.⁵⁶ Сходно томе, није допуштен споразум којим се супружнику привремено или трајно ускраћује право да захтева развод.⁵⁷ С друге стране, у САД је уобичајно уговарање тзв. „клаузуле о заласку“ (*sunset clause*), по којој брачни уговор у целини или неке његове одредбе остају без дејства неколико година по закључењу брака.⁵⁸ Потребе супружника се с временом мењају. Они се везивањем дејства брачног уговора за раскидни рок штите од изненађења на почетку, да би се када брак уђе у „мирније воде“ препустили у руке законодавца.⁵⁹ Иако такво уговарање можда, на први поглед, „провоцира“ развод пре престанка дејства уговора, чини се да ова одредба ни у српском праву није нужно противна јавном поретку.

У сличном контексту се намеће и питање могу ли супружници стипулисати обавезу неверног супружника да плати одређену новчану суму,⁶⁰ односно да ће удео у заједничкој имовини овог супружника бити мањи од оног који припада супружнику на чијој страни нема кривице за развод. Према Породичном закону РС евентуална кривица супружника за поремећај брачних односа није релевантна код тужбе за развод.⁶¹ Другим речима, кривица за развод се у савременом праву не утврђује.⁶² Међутим, то још увек не значи да супружници не могу уговором везати одређене имовинске последице за прељубу

правном располагању личним добрима, Владимир Водинелић, у Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2007, 124–125.

⁵⁵ Вид. чл. 23, чл. 25, чл. 26 Устава Републике Србије *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

⁵⁶ З. Поњавић (2006), 8.

⁵⁷ Вид. Дарко Радић, *Имовинскоправне последице развода брака* (магистарски рад), Београд 2006, 200.

⁵⁸ Вид. Katherine E. Stoner, Shae Irving, „Prenuptial Agreements: How to Write a Fair And Lasting Contract“, 2008, 11, *books.google.com/books*, 10. март 2009.

⁵⁹ Чини се уговор овде није модификован само роком, него и условом јер за престанак дејства уговора неопходно да супружници остану у браку до истека рока.

⁶⁰ О тзв. *bad-boy* или (*bad girl*) клаузули која подразумева имовинску корист за превареног супружника (*requiring financial compensation if one party is caught cheating on the other*), вид. К. Е. Stoner, S. Irving, 11.

⁶¹ Олга Цвејић Јанчић, „Брак и развод“, *НПЗ* 2006, 154.

⁶² Озбиљна и трајна поремећеност брачних односа и објективна немогућност остварења заједнице живота супружника су општи и нескривљени бракоразводни узроци, М. Драшкић (2009), 146–148.

(браколомство).⁶³ Прељуба је један од најстаријих разлога за развод, који помиње и Свето писмо.⁶⁴ Уговарање обавезе верности у брачном уговору може се посматрати као узајамна заклетва супружника, па имовински губитак оног који такав завет повреди није „противан здравом осећају правичности и морала“.⁶⁵ Ако се прихвати став да се слобода човека мора афирмисати не само у закључењу брака, већ и у његовом трајању и развргнућу,⁶⁶ онда не постоје препреке да се верност супружника уговори као неизвесна околност од чијег ће наступања и ненаступања зависити дејства правног посла.⁶⁷ Морална заповест за сваког супружника која се интуитивно препознаје је да чува углед своје породице. Супротно резонување би значило да је онај ко се огрешио о дужност верности фаворизован.⁶⁸ Ништавост таквог углавка би представљала посредну награду за неверство и подстрек за чињење браколомства.⁶⁹ Нико не може уживати у правној позицији у коју је доспео на начин који је у супротности са моралним захтевом верности, јер би то онда значило позивање на сопствену срамоту (*exemptio doli generalis*).⁷⁰

⁶³ Према Перићу, брачна верност обухвата два појма: полну, телесну верност и верност духовну или психичку. Прекршење телесне верности назива се браколомство (прељуба), Ж. Перић, (1934), 51. Чини се да развој технике и Интернета доводи у питање традиционални приступ верности. Британка Еми Тејлор је тако затражила развод брака због виртуелног неверства пошто је затекла супруга у загрљају друге жене у виртуелном свету „Second Life“, (компјутерској игри са више од 15 милиона корисника). Вид. „Преварена у виртуелном свету тражи развод“, Извор: *Бема*, 21. новембар 2008, <http://www.emportal.co.rs/vesti/svet/70157.html>, 19 фебруар 2009.

⁶⁴ Свето писмо Новог завета наводи прељубу као једини разлог за развод: „Ко отпусти жену своју, осим за прељубу, и ожени се другом, чини прељубу“. (Мт, 19, 9).

⁶⁵ „Уопште може се рећи да је неморалан и сраман онај правни посао, чијем се правном признању противи здрави осећај правичности и морала.“ Вид. Б. Т. Благојевић, „Да ли је питање моралности уговора правно или фактичко питање“, *Правосуђе* 19–20/1933, 785.

⁶⁶ Зоран Поњавић, „Брачни уговор“, *Анали ПФБ* 5/1995, 521.

⁶⁷ Вид. Д. Радић, 199.

⁶⁸ У неким случајевима, суд је одбио захтев за издржавање узимајући у обзир управо ове аргументе: „У конкретном случају супруга је одржавала ванбрачне односе са другим мушкарцем што представља разлог за искључење права на издржавање“, вид Рев. 587/90 од 2. 03. 1990. године, *Билтен судске праксе Врховног суда* 1–2/1990. Према Породичном закону супружник нема право на издржавање ако би прихватање његовог захтева за издржавање представљало очигледну неправду за другог супружника. Вид. чл. 151, ст. 3 ПЗ.

⁶⁹ Према Општем имовинском законик у Црну Гору – ОИЗ правила благонравља и поштења су „она правила обичне људскости и правичности, на поковавање којима Власт у опште не може свагда управо да принуди, али за то народна савјест свагда осуђује оне који та правила престају“, чл. 785 ОИЗ.

⁷⁰ „Судија ће бити одјек општих појмова о моралу, он ће у својим одлукама дати израза мишљењу које сам народ има о моралности или неморалности дотичне

Општа граница слободе уговарања се овде усклађује са практикованим моралом који има упориште у свакодневном животу.⁷¹ Суд приликом оцене пуноважности брачног уговора мора пре свега водити рачуна о природи и циљевима брака које уговорни завет верности не угрожава. Сматрамо да се везивањем имовинске користи или уштрба за обавезу верности на примерен начин мири аутономија личности са јавним интересом очувања породице и достојанства брака.

2.3. Задирање у правила о родитељству

2.3.1. О рађању

Трошкови рађања и подизања деце везани, пре свега, за њихово образовање, здравствену заштиту, бављење спортом и различитим хобијима, све више одвраћају супружнике од репродукције.⁷² Нарочито је ово случај код оних брачних другова који имају децу из претходног брака. Ова тенденција је у праву САД довела до погодби у брачним уговорима којим супружници уређују питање рађања заједничке деце (тзв. *future children clauses*).⁷³ Право на слободно одлучивање о родитељству је код нас загарантовано Уставом. Сходно томе супружници се овог права не могу одрећи, али се поставља питање могу ли одговарајућим споразумом уредити начин вршења овог права. Наша правна традиција је у том погледу недвосмислена. Према *Крмчији* (*Законоправило*) светог Саве: „Брак је благословена веза између мужа и жене ради потпуне заједнице у свим животним односима између њих која служи као средство за умножавање људског рода“.⁷⁴ За Перића „Само заједница којој је циљ полно општење као средство да се имају и добију деца може бити брак“.⁷⁵

радње... Судија ће овде бити репрезент народнога схватања о моралу“, Ж. Перић (1912), 272.

⁷¹ Свако друштво ствара свој морал, тако да морал има временску и просторну димензију. Пракса Европског суда за људска права (даље: ЕСЉП) показује да још увек није изражен „европски концепт морала“, па се „ставови о моралу разликују у зависности од времена и места“. ЕСЉП је изнео ово мишљење утврђујући повреду чл. 10 Европске конвенције о људским правима поводом представке издавача књиге „Мала црвена читанка“ (*The Little Red Schoolbook*) која је подстицала младе људе на слободнији приступ сексу (*to take a liberal attitude in sexual matters*), *Handyside v. the United Kingdom* (5493/72) [1976] ECHR 5 (Decembar 7, 1976).

⁷² Вид. Мирјана Рашевић, „Зашто је идеја о рестрикцији абортуса погрешна“, *Правни живот* 10/2008, 361.

⁷³ Опширније Joline F. Sikaitis, „A New Form Of Family Plannig? The Enforceability Of No-Child Provisions In Prenuptial Agreements“, *Catholic University Law Review* 54/2004, 335– 372.

⁷⁴ Нав. према Чedomиљ Митровић, *Црквено право*, Београд 1929, 126.

⁷⁵ Ж. Перић (1934), 9.

Једна од најважнијих функција брака је подизање деце.⁷⁶ Брак доприноси друштву као целини и природно је окружење за остваривање права на родитељство. Инсистирање супружника на браку без деце или са ограниченим бројем деце је, по правилу, резултат њихове неспремности да психолошки и економски улажу у потомство. Отуда, суд при оцени пуноважности неког уговора мора водити рачуна не само о потребама појединаца, него и о општим интересима. Јавни интерес за рађањем и подизањем деце је на језгровит начин формулисан у СГЗ: „Уговори брачни, који би се на зло и штету деце клонили, немају силе и важности“ (чл. 788) Другим речима, јавни интерес за браком се, пре свега, огледа у рађању и васпитању деце од којих се очекује да постану корисни чланови друштва.⁷⁷

Расправа на ову осетљиву тему не допушта јединствен одговор, па је потребно направити одређену разлику између уговарања стерилизације (трајно лишење права на родитељство) и контрацепције (привремено лишење права на родитељство). Уговарање трајног (неповратног) лишење права на родитељство вређа јавни интерес⁷⁸ и као такво не производи правно дејство.⁷⁹ С друге стране, када је стицање неког имовинског права условљено коришћењем средстава за контрацепцију, која не угрожавају здравље корисника, такво уговарање се може разумети као споразумно уређење начина вршења личног права партнера које не вређа нужно јавни интерес.⁸⁰ Ако се коришћење средстава за контрацепцију у неким случајевима чак препоручује ради заштите репродуктивног здравља, зашто би онда било супротно јавном поретку на овај начин планирати породицу.⁸¹ Отуд би се под „уговорно планирање породице“ могла подвести и лично-имовинска погодба, по којој је пропуштање коришћења контрацептивних средстава раскидни услов, тако да страна која својим нечињењем доведе до остварења услова губи одређено имовинско право.

⁷⁶ У том смислу и једна одлука америчког суда, да је такво уговарање ништаво јер је стицање потомства примарна сврха брака (*marriage exists primarily for begetting offspring*). *Height v. Height* 187 N.Y.S.2d 260 (Sup. Ct. 1959).

⁷⁷ Вид. Karen Servidea, „Reviewing Premarital Agreements to Protect the State's Interest in Marriage“, *Virginia Law Review* 91/2005, 555.

⁷⁸ Упориште за такав став се релативно лако налази у разлозима хуманости. Према Брачним правилима Српске православне цркве, за развод је крива жена која хитимице побаци свој плод или трајно спречава своје оплођење. Вид: чл. 94. Брачних правила СПЦ.

⁷⁹ Вид. J. Sikaitis, 365.

⁸⁰ „Право на слободно родитељство подразумева рађање здравог и жељеног потомства“, Зоран Поњавић, „Право на прекид трудноће“, *Правни живот* 9/1995, 112, фн. 30.

⁸¹ О планирању породице као свесној, промишљеној и слободној активности човека, С. Панов (1998), 130–137.

Није тешко замислити ни споразум у коме супружници везују одређене имовинске последице за трајну немогућност добијања деце – стерилитет (*impotentia generandi*) или полну немоћ – ерективну дисфункцију (*impotentia coeundi*).⁸²

Насупрот споразуму којим супружници прихватају обавезу уздржавања од репродукције, налазе се споразуми који забрањују прекид трудноће или искључују могућност коришћења средстава за контрацепцију.

У савременој правној књижевности доминира становиште да је само жена законом овлашћена да одлучи о томе да ли ће трудноћу изнети до краја или не.⁸³ „Право на абортус је део корпуса репродуктивних права и слобода, и по својим обележјима је лично, диспозитивно, неотуђиво, и неимовинско право које припада искључиво трудници.“⁸⁴ Ипак, неки аутори одредбе закона којим је устоличено искључиво право жене да одлучује о прекиду трудноће сматрају полном дискриминацијом.⁸⁵ Очеви су лишени права да одлучују о судбини свог нерођеног детета, а да им се, с друге стране, намеће одговорност по рођењу.⁸⁶ Законодавац, дакле, даје примат биолошком факту

⁸² Занимљива је Богишићева белешка ради припреме Закона о браку Црне Горе: „Импотенција ако се догоди да, са увјерењем доктора, не може човек бити са женом и од вјенчања пошто прођу 3 године, слободан је развод брака. Био је случај назад 10 година у Његушима да је жена 7 година стајала са домаћином и по уверењу докторовом била је ђевојка“. Вид. Томица Никчевић, „Богишићеве припреме за Закон о браку у Црној Гори“, *Анали ПФБ* 4/1958, 476.

⁸³ Вид. чл. 2 Закона о поступку прекида трудноће у здравственим установама, *Службени гласник РС*, бр. 16/95 и 101/05 – др. закон. Овакав приступ је у складу са документима ОУН који говоре о праву жене да одлучује о свом репродуктивном здрављу на коме је засновано и право жене да одлучује о абортусу. Вид. и Декларацију УН од 5. марта 2005. године.

⁸⁴ Невена Петрушић, „Европски суд за људска права у заштити репродуктивних права“, *Правни живот* 10/2007, 328. У правној науци се наводе: медицинске, еугеничке, кривичне и социјалне индикације за абортус, С. Панов (1998), 178–182. Побачај ни према брачним правилима СПЦ није хотимичан кад се изврши на основу одлуке лекарске комисије у сврху очувања живота матере, Димшо Перић, *Црквено право*, Београд 1999, 295.

⁸⁵ Ако се не дозволи мушкарцу да одлучује о побачају, тиме је угрожено његово право на репродукцију, вид. Станка Стјепановић, „Ускраћивање права мушкарцу на учествовање у планирању породице“, *Правни живот* 10/2008, 335. Ово питање је постављено и пред ЕСЉП, у случају у коме је муж покушао да спречи прекид трудноће своје супруге уз тврдњу да је тиме повређено право фетуса на живот. По схватању Суда чл. 2. Европске конвенције није примењив и на фетус. „То би значило да је сваки абортус забрањен, па чак и ако је трудноћа ризична по живот труднице, а не може се тврдити да нерођени живот (фетус) има већу вредност у односу на живот труднице.“ Вид. *Paton v. United Kingdom*, App. No. 8416/78 (1980), Eur. Comm. H.R., 3 E.H.R.R. 408.

⁸⁶ „После рођења дете је правно везано за оба родитеља. Зашто би било другачије пре рођења?“, З. Поњавић (1995б), 117, фн.53.

да је дете у утроби мајке,⁸⁷ у односу на уставну норму, по којој су родитељи (отац и мајка) субјекти права на слободно родитељство.⁸⁸ Очева права су нешто сигурнија у поступку вештачке оплодње, где он може повући своју сагласност до тренутка имплантације ембриона у тело жене.⁸⁹ Тим поводом, ЕСЉП је недвосмислено потврдио да појам приватног живота обухвата и право на личну аутономију, која се манифестује у праву сваке личности да успостави и развија односе са другим људским бићима, те да то право у себи садржи како право да се буде родитељ, тако и право да се лиши родитељства.⁹⁰ Чини се да је посебну заштиту мајке могуће ускладити са правом детета на живот од самог зачећа, само превентивним и систематским деловањем. Ако је неки народ суочен са претњом биолошког нестанка, разумљиво је ангажовање цркава и верских заједница усмерено на развој свести о томе да је живот „божији дар“. Међутим, држава је та која кроз едукацију у погледу планирања породице, развој система здравствене заштите и одговарајуће мере економске помоћи младим родитељима, мора створати услове да остваривање права на родитељство буде заиста резултат слободне воље субјекта овог права, а не последица економских и других друштвених фактора.

На основу свега наведеног може се закључити да је недопуштен и не може имати било каква правна дејства уговор у коме се нека имовинска корист или уштрб везује за одрицање од права на прекид трудноће или коришћења средстава за контрацепцију.⁹¹ Овакво уговарање вређа равноправност полова, јер је улога жене по природи таква да само она може изнети трудноћу и порођај.

⁸⁷ „Може се са сигурношћу рећи да је дете у мајчиној утроби потпуно одвојен организам, који је мајци дат на привремено обитавање у њеној утроби ради исхране“, Илија Шутајев, *Једном за цео живот*, Београд 2007, 59.

⁸⁸ „Свако има право да слободно одлучи о рађању деце. Република Србија подстиче родитеље да се одлуче на рађање деце и помаже им у томе“, чл. 63, ст. 1 и ст. 2. Устава РС.

⁸⁹ Вид. *Evans v. The United Kingdom*, App. No. 6339/05 од 7. марта 2006. године. У овом случају, Суду се обратила госпођа Еванс (*Evans*), која је суочена са медицинском индикацијом одстранила јајнике, претходно започевши поступак *in vitro* оплодње са тадашњим партнером. Нешто касније пар се разишао па је партнер повукао своју сагласност на оплодњу. Евансова је, и поред тога, супротно британском Закону о хуманој фертилизацији и ембриологији захтевала да ускладиштене ембрионе, искористи за зачеће. ЕСЉП је нашао да упркос специфичним животним околностима госпође Еванс – право на породични живот загарантовано чл. 8 Европске конвенције о људским правима није јаче од права њеног партнера да своју сагласност повуче.

⁹⁰ Марија Драшкић, „Право на поштовање породичног живота у пракси Европског суда за људска права“, *НПЗ* 2006, 106.

⁹¹ „Уговор закључен под немогућим одложним условом је ништав, а немогућ раскидни услов се сматра непостојећим“, чл. 75, ст. 2 ЗОО.

2.3.2. О поверавању и издржавању заједничке деце

Ако оставимо по страни „рат око заједничке имовине“, старатељство над малолетном децом је, по правилу, главна тема брачних спорова. Недостатак добре воље да се „заостали рачуни“ из партнерског односа јасно разлуче од родитељског односа често доводи до злоупотребе деце у поступку развода.⁹² „Родитељи се не могу одрећи родитељског права, нити га уговором пренети на друго лице. Сваки споразум који би се тикао постојања самог права и обавеза био би ништав“.⁹³ Ипак, родитељи који не живе заједно могу постићи споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права.⁹⁴ Овде је реч о преносу вршења права, а не о уступању права као таквог.⁹⁵ У јеку економске кризе није тешко замислити ситуацију у којој један родитељ у замену за уговорену корист уступа другом вршење родитељског права. Стога, сваки споразум о вршењу родитељског права мора бити прихваћен од стране суда који *ex officio* цени и његову ништавост.⁹⁶ Ако најбољи интерес детета (*best interests of the child*) то налаже, суд је овлашћен да измени споразум супружника.⁹⁷ При оцени једног уговора не испитује се само садржина уговорног односа, већ и његово дејство на трећа лица.⁹⁸ Једно од права детета је право на личне односе са родитељима.⁹⁹ Из тог разлога не производи дејство ни уговор по коме супружник на

⁹² Опширније о овој врсти ривалитета између родитеља вид. Драгана Батић, „Развод као породична транзиција – Дисфункција или нормативни процес“, *Правни живот* 10/2008, 536.

⁹³ Зоран Поњавић, „Уговорно вршење родитељског права“, *Правни живот* 10/2008, 237. С друге стране, у САД су релативно честе и извесно се не противе јавном поретку одредбе брачног уговора којим се за случај развода супружника уређује поверавање и поступање са породичним љубимцима. (тзв. *pet clauses*), J. Hoffman, 104.

⁹⁴ З. Поњавић (2008), 240.

⁹⁵ З. Поњавић (2008), 244.

⁹⁶ Занимљива је Богишићева белешка у погледу поверавања деце у тадашњој Црној Гори: „Што се дјеце тиче, она обично остају код оца, а ако је дијете при сиси, онда му се одређује дио очинства за издржавање“, вид. Т. Никчевић, 477. О супротној склоности савремених судова да, у случају развода родитеља, децу поверавају мајкама, Мирко Живковић, „Поверавање деце на чување и васпитање после развода брака и принцип једнакости родитеља“, *Анали ПФБ* 3/90, 327–332.

⁹⁷ Тако у праву САД, вид. *Griffith v. Griffith*, 860 So.2d 1069 (Fla. 1st DCA 2003); *Feliciano v. Feliciano*, 674 So.2d 937 (Fla. 4th DCA 1996); *Kennedy v. Kennedy*, 583 So.2d 415 (Fla. 5th DCA 1991). У српском праву споразуми о заједничком или самосталном вршењу родитељског права могу призводити дејство само ако суд процени да су у најбољем интересу детета, чл. 76–78 ПЗ.

⁹⁸ Драгољуб Стојановић, „Слобода уговарања и јавни поредак“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1968, 393.

⁹⁹ Тако Конвенција о правима детета предвиђа право детета које је одвојено од једног или оба родитеља да редовно одржава личне и непосредне контакте с оба

чијој је страни кривица за развод губи право на личне контакте са дететом.¹⁰⁰

Ништава је и одредба уговора којом се искључује обавеза издржавања детета.¹⁰¹ Уговорници, такође, не могу фиксирати висину издржавања на које ће дете имати право.¹⁰² Суд би на захтев супружника коме је дете поверено или самог детета могао изменити дејства таквог уговора.¹⁰³ „Приликом оцене предлога брачних другова за споразумни развод брака у делу који се односи на издржавање малолетне деце, суд може испитивати чињенице и спроводити доказни поступак ради оцене да ли је такав споразум у интересу малолетне деце. Суд утврђује укупан износ средстава потребан за издржавање малолетне деце предлагача, материјалне могућности оба родитеља и њихов радни статус јер од свих ових чињеница зависи да ли је споразум о висини накнаде за издржавање малолетне деце, у њиховом интересу“.¹⁰⁴ Право детета на издржавање не може бити погођено уговором његових родитеља. „Ако је поверилац издржавања дете, висина издржавања треба да омогући најмање такав ниво животног стандарда за дете какав ужива родитељ дужник издржавања“.¹⁰⁵ Може се закључити да у погледу споразума којим се дира у права детета на издржавање или личне односе са родитељима у нашем праву и праву САД постоји својеврсни конзензус да је такво уговарање ништаво и у супротности са јавним поретком.¹⁰⁶

родитеља, осим ако је то супротно интересима детета. Вид. чл. 9, ст. 3 Конвенције о правима детета (1989) и чл. 61 ПЗ.

¹⁰⁰ У случају *Mengal v. Mengal*, суд је оценио да је противна јавном поретку одредба предбрачног уговора, по којој син, из претходног брака, једног од супружника неће живети са супружницима. Вид. *Mengal v. Mengal*, 108 N.Y.S.2d 992, 995–96 (1951).

¹⁰¹ Норме о издржавању детета (*child support*) имају императивну природу и у праву САД. Вид. § 7.06 ALI Principles и § 3(b) *Uniform Premarital Agreement Act* (UPAA).

¹⁰² Michael Kosnitzky, Keith J. Blum, „Antenuptial Agreements, Drafting Marriage Contracts in Florida“, Ch. 2, *The Florida Bar*, 2006, 18.

¹⁰³ Тако је, на пример, у једном случају из америчке судске праксе, суд огласио ништавим предбрачни уговор којим се ограничава (на \$300) висина издржавања за дете, чије је признање део споразума уговорника да се венчају и одмах потом раздвоје (*arrangement to marry and then immediately separate*). Прихватајући захтев за издржавање по тужби за раставу од стола и постеље, суд је објаснио да јавни поредак вређа то што су супружници уговорили да занемарују дужности за чије остварење друштво има јасан интерес. Вид. *Campbell v. Moore*, (1939) 189 SC 497, 1 SE2d 784.

¹⁰⁴ Решење Округног суда у Београду, Гж. 5107/03 од 12. 6. 2003. године, Параграф. нет.

¹⁰⁵ Чл. 162, ст. 3 ПЗ.

¹⁰⁶ *Provisions in a prenuptial agreement purporting to affect the rights of the parties' children are void as against public policy. Provisions limiting child support are un-*

2.3.3. О верском васпитању

Религијски идентитет је од нарочитог значаја за породични живот. У савременом праву верска разноликост није брачна сметња,¹⁰⁷ тако да брачни другови задржавају своју духовну независност и индивидуалност.¹⁰⁸ Чак и ако млада и младожења постигну договор о промени вере ради закључења брака према црквеном обреду, то обично нема негативну конотацију као „верско преубеђивање“ (прозелитизам),¹⁰⁹ већ се такав појединачни прелазак из једне вере у другу посматра као последица слободе вероисповести.¹¹⁰

Религија има важну улогу и за вршење родитељског права, јер снажно утиче на формирање вредносних ставова код деце.¹¹¹ По правилу, родитељи деле задовољство и одговорност у погледу верског образовања и васпитања заједничке деце.¹¹² Религијско уверење родитеља може одлучујуће утицати на живот и здравље детета. Познато је, на пример, да Јеховини сведоци одбијају трансфузију крви, чак и по цену живота.¹¹³ Сматрамо да се суд, у таквом случају, мора

enforceable, as are provisions that seek to dictate the custody of a child or a parenting schedule unless the disposition is also in the best interests of the child, J. Fields, 426

¹⁰⁷ Према Брачним правилима СПЦ, два лица различите вере не могу склопити брак, док је разлика у вероисповести отклоњива брачна сметња, Д. Перић, 284.

¹⁰⁸ Једнакост грађана пред брачним законом може се осигурати на један једини начин, а то је лаицизирањем брака. Вид. Милан Бартош, „Брачна правила појединих цркава“, *Архив за правне и друштвене науке* XXVIII, 1/1934, 59.

¹⁰⁹ О праву на јавно манифестовање верских осећања које подразумева и „агитовање“ за своју веру у односу на право на очување постојећег верског уверења, Сима Аврамовић, „Верска слобода и њена злоупотреба – историјски и актуелни правни аспекти“, *Анали ПФБ*, 4-6/1998, 350–353.

¹¹⁰ Право на слободу мисли, савести и вероисповести помиње и чл. 18 Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966). Ипак, чини се да постоји злоупотреба слободе исповедања вере у ситуацији, када је припаднику секте забрањено да полно општи са супружником који није припадник секте, па се на тај начин – „препреденом методом уцене и супружник утерује у секту“. Опширније Блажа В. Марковић, „Слобода вероисповести и породица“, *Правни живот* 9/1997, 644.

¹¹¹ Одлучујући је утицај вере на образовање морала, па самим тим и породице као заједнице утемељене на моралним начелима, Б. В. Марковић (1997), 652.

¹¹² Конвенција о правима детета прописује да ће државе уговорнице поштовати право детета на слободу мисли, савести и вероисповести, као и право и обавезу родитеља да дете у томе усмеравају, на начин који је у складу са његовим развојним способностима. Вид. чл. 14 Конвенције о правима детета (1989).

¹¹³ Ова околност је руководила неке судове код доношења одлуке о поверавању детета. Тако је у једном случају Општински суд у Великој Плани донео одлуку да се дете додели оцу на основу мишљења Центра за социјални рад. У образложењу мишљења да се дете повери оцу се наводи да „следбеници Јехове не смеју да дају нити да приме туђу крв, па би мајка, ако детету буде потребна трансфузија, могла његов живот да доведе у опасност“, „За Центар за социјални рад Јеховини сведоци неподобни за родитељство“ *Данас*, 16/08/2007, Београд, <http://www.danas.rs/vesti/hronika/>

приклонити ставу да родитељ који из верских уверења одбија медицинску индикувану интервенцију у погледу детета злоупотребљава родитељско право.¹¹⁴ „Здравље и живот детета родитељ не сме жртвовати ниједном свом интересу или уверењу“.¹¹⁵ Слобода родитеља да одлучују о властитом лечењу је неограничена, али је слобода одлучивања о лечењу деце ограничена интересима детета.¹¹⁶ Одлука родитеља којом се одбија предложена медицинска мера нема правну снагу ако испољавање њихове верске слободе угрожава претежнији друштвени интерес – очување живота и здравља детета.¹¹⁷ Ако је пацијент дете које није стекло способност да доноси одлуке о пристанку на лекарску интервенцију, сагласност његовог законског заступника мења одговарајућа судска одлука.¹¹⁸ Хитна медицинска

za centar za socijalni rad jehovini_svedoci_nepodobni_za_roditeljstvo.3.html?news_id=119460, 24. мај 2012. Расправа о утицају верског опредељења родитеља на одлуку о поверавању деце је вођена и пред ЕСЉП: „Ценећи интересе деце, Врховни суд Аустрије је размотрио какве би последице по њихов друштвени живот могла имати повезаност с једном одређеном верском мањином и опасност коју представља тотално одбацивање трансфузије крви карактеристично за подносиоца представке, и то не само трансфузије крви њој, већ – у одсуству судског налога – и њеној деци; другачије речено, узете су у обзир могуће негативне последице њене припадности верској заједници Јеховиних сведока.“

ЕСЉП стога прихвата тврдњу да је дошло до разлике у третману и да та разлика почива на разлозима вероисповести; тај закључак је подржан и тоном и формулацијама образложења пресуде Врховног суда у вези с практичним последицама вероисповести подносиоца представке. Таква разлика у третману је дискриминаторна с обзиром да за њу нема „објективног и разумног оправдања“, то јест, она није оправдана „леgitимним циљем“ па самим тим не постоји „оправдани однос пропорционалности између примењених средстава и циља чијем се остварењу тежило.“

ЕСЉП је закључио (с пет гласова према четири гласа) да је прекршен чл. 8 (право на поштовање породичног живота) у вези са чланом 14 Конвенције; који гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус“. Вид. *Hoffmann v Austria*, 17 E.H.R.R. 293. (1994); App. No. 12875/87.

¹¹⁴ Олга Јовић, „Злоупотреба родитељског права у контексту права детета на лечење“, *Правни живот* 10/2008, 461.

¹¹⁵ Јаков Радишић, „Непристајање на лечење деце из верских побуда“, *Правни живот* 9/2001, 88.

¹¹⁶ Ј. Радишић (2001), 92.

¹¹⁷ Када надлежни здравствени радник сматра да законски заступник пацијента не поступа у најбољем интересу детета или лица лишеног пословне способности дужан је да о томе одмах обавести орган старатељства, чл. 35, ст. 2 Закона о здравственој заштити, *Службени гласник РС*, 107/05.

¹¹⁸ Тако је у једном случају британски суд одобрио медицинску интервенцију у погледу десетогодишње девојчице, болесне од леукемије, чији су родитељи одбијали

мера у складу са лекарском етиком и начелима медицинске науке, може предузети и на основу конзилијарног налаза.

С тим у вези, поставља се питање да ли је пуноважан споразум родитеља којим се један од њих обавезује на нечињење (уздржаност) у праву да децу подиже у складу са својим верским убеђењем? Ако је по својој слободној вољи могуће прихватити другу веру, не постоје правне препреке за споразум по коме се један или оба родитеља обавезују да неће вршити верски утицај на децу. Родитељи се, у овом случају, не одричу своје вере нити религијских уверења, већ једног овлашћења да своје учење преносе на заједничку децу.¹¹⁹ У пракси нису ретки договори о уздржавању родитеља од било каквог религијског утицаја на дете, све док оно не достигне одговарајућу психичку зрелост да самостално одлучи о верском опредељењу.¹²⁰ Изгледа да код таквог споразума, али и у случају када један родитељ добровољно препушта верско васпитање заједничке деце другом родитељу, уговорници заснивају квазинатуралну облигацију коју правни поредак трпи али је могуће само добровољно извршити.¹²¹ Санкција за неизвршење је посредна и огледа се у могућности развода.¹²²

трансфузију из религијских разлога, *Re R (a Minor Blood Transfusion)* [1993] 2 F.L.R. 757, [1993] 2 F. C. R. 544.

¹¹⁹ „Родитељи и законски стараоци имају право да својој деци обезбеде верско и морално образовање у складу са својим уверењима“, чл. 43, ст. 5 Устава РС и чл. 71, ст. 2. ПЗ.

¹²⁰ Ови, као и неформални споразуми родитеља да једно дете крсте у једној, нпр. православној цркви, а друго дете у складу са верским правилима друге, нпр. католичке цркве се појављују у пракси, код тзв. „мешовитих“ бракова. Став СПЦ је да се деца из мешовитог брака морају крстити у православној вери ако је један од родитеља православне вере. „Противан уговор родитеља о крштењу деце нема никакве важности за Православну Цркву“, Д. Перић, 298.

¹²¹ Тако је у једном случају, амерички суд (*Pennsylvania Superior Court*) одбио извршење одредбе предбрачног уговора о начину верског васпитања заједничке деце (*refused to enforce a verbal provision of a prenuptial agreement stipulating the religious upbringing of children from the marriage*), *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. Super. Ct. 1990). Међутим, суд у Њу Јорку је случају *Ramon v. Ramon* прихватио уговор који је наметао обавезу одгајања деце у католичкој вери, *Ramon v. Ramon*, 34 NYS 100 (Fam. Ct. 1942); На сличан начин је поступљено и код неких споразума о престанку брака (*separation or divorce agreements*), *Stevenot v. Stevenot*, 520 N.Y.S.2d 197, (App. Div. 1987) и *Mester v. Mester*, 296 N.Y.S.2d 193 (Sup. Ct. 1969). Опширнију расправу о бројним случајевима у којим су судови у САД сматрали клаузуле о верском васпитању деце допуштеним или супротно ништавим, те критеријумима којим су се при том руководили, вид. Martin Weiss, Robert Abramoff, „The Enforceability of Religious Upbringing Agreements“, *John Marshall Law Review* 25/1992, 655; Jocelyn Strauber, „A Deal is a Deal: Antenuptial Agreements Regarding the Religious Upbringing Agreements Should be Enforceable“, *Duke Law Journal* 47/1998, 971.

¹²² Суд мора задржати „неутралност“ у односу на овај споразум и у случају развода. Код доношења одлуке о поверавању детета, не сме дати предност једном

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Подела имовине стечене у браку на једнаке делове има и симболичан значај, јер је у складу са библијским учењем „и биће двоје једно тело“.¹²³ Ипак, могућност избора у погледу уређења имовинских односа супружника доноси нови квалитет у наше породично право. Приликом нормирања законодавац пред собом има слику просечне породице, што у неким ситуацијама води деоби брачне тековине која се не може баш назвати правичном. Брачни уговор допушта да се правила о расподели заједничке имовине скроје по мери конкретних супружника. У брак се често путује са одушевљењем, а стиже у разочарење, па је боље имовинске односе уредити док постоји хармонија, него у условима поремећености брачних односа. Наша јавност је недовољно информисана о могућности закључења брачног уговора. Такво уговарање се и даље сматра авангардом – забавом за богате и славне, што, на неки начин, спутава овај институт да добије ширу примену и у потпуности заживи у српском праву.

Слобода уговарања је и у овом случају ограничена. Правни поредак одриче дејство уговору који није човечан (људски).¹²⁴ Један правни посао не може бити ваљан ако није поштен и закључен у доброј вери.¹²⁵ Судија врши контролу усклађености брачног уговора са јавним поретком и моралом.¹²⁶ Он, дакле, штити јавни поредак по службеној дужности,¹²⁷ и даје оцену, да ли је садржина одређеног брачног уговора у складу са моралним схватањима средине или пак изазива колективну моралну осуду.¹²⁸

верском убеђењу наспрам другог, већ искључиво мора водити рачуна о најбољем интересу детета.

¹²³ „...И биће двоје једно тело. Тако да нису више двоје него једно тело; а што је бог саставио човек да не раставља“. (Мт., XIX, 9).

¹²⁴ Према Лукићу морал се садржински најбоље може одредити појмом човештво (или чојство), на основу чега би се могла пронаћи одговарајућа српска реч за морал (рецимо човечност, чојственост, чојственица, чојковање, чојствовање или људскост, људскоћа и слично), Р. Лукић, 111.

¹²⁵ Према Општем имовинском законнику за Црну Гору: „ништав је уговор који би се углавио о нечем што ... је забрањено законом, или је противно поштењу и благонарављу“, чл. 513 ОИЗ.

¹²⁶ „Предмет уговора може бити све што није законом забрањено и што није противно јавном поретку и моралу“, чл. 22 Скице за Законик о облигацијама и уговорима. Константиновић користи синтагму „јавни поредак и морал“ и када говори: о ништавости уговора због предмета (чл. 25, ст. 1 Скице), о дозвољености основа уговорне обавезе (чл. 31, ст. 1 Скице) и недозвољеној побуди за закључење уговора (чл. 32, ст. 2 Скице за Законик о облигацијама и уговорима).

¹²⁷ Јавни поредак је синтеза друштвених интереса која омогућава смислено разумевање мноштва законских норми, Д. Стојановић, 396.

¹²⁸ „Правни поредак не може штитити посао, који се противи моралном схватању друштва“, Иван Букљаш, „Уговори противни праву и моралу“, *Наша законитост* 1–2/1957, 108.

Уговорно везивање имовинских последица за личне односе супружника, по правилу, вређа јавни интерес.¹²⁹ Међутим, санкција ништавости не погађа нужно сва лично-имовинска уговарања у браку. Тако, на пример, споразуми супружника којим се нека имовинска корист или губитак везује за брачну верност (*fidelity clause*),¹³⁰ за учесталост сексуалних односа (*intimacy clause*),¹³¹ или коришћење средстава за контрацепцију као начин планирања породице (*no diaper clause*),¹³² чини се улазе у поље породичне аутономије и неприкосновене брачне интимае. Ако овим уговарањем није угрожена равноправност супружника нити право на слободно родитељство, настају квази-натуралне облигације, које правни поредак трпи, али не могу бити принудно извршене. Друго је питање, да ли се такве погодбе, које се у праву САД честе у брачним уговорима, могу и у нашем позитивном праву појавити као споредни елементи (*accidentalia negotii*) у неком брачном уговору? Према чл. 188, ст. 2 ПЗ брачни уговор је она сагласност двају воља која „искључује законски режим заједничке имовине“. Ипак, ову норму би требало системски тумачити, пре свега у вези са чл. 188, ст. 1 ПЗ,¹³³ по коме „супружници своје имовинске односе могу уредити брачним уговором“. Другим речима, брачни уговор, у српском праву, треба разумети као договор о имовини којим супружници прецизирају однос заједничке и посебних имовина, али могу једновремено уредити и нека друга

¹²⁹ Тако и Породични закон Руске Федерације, изричито предвиђа ништавост одредби брачног уговора којим се ограничава правна и пословна способност супружника, њихова могућност обраћања суду за заштиту права, регулишу лични неимовински односи супружника (*личные неимущественные отношения между супругами*), њихова права и обавезе у погледу деце; одредбе којим се ограничава право радно неспособног супруга да добије издржавање и друге одредбе које доводе једног супружника у крајње неповољан положај (*в крайне неблагоприятное положение*) или су противне основним принципима породичног права. Вид. чл. 44, ст. 2 у вези са чл. 42, ст. 3 ПЗРФ.

¹³⁰ Верује се да је Кетрин Зита Џонс (*Catherine Zeta-Jones*) унела такву одредбу у брачни уговор са Мајкл Дагласом (*Michael Douglas*), вид. „With This Ring (and This Contract), I Thee Wed“, *New York*, <http://nymag.com/relationships/features/16470/index2.html>, 24. мај 2012.

¹³¹ Вид. S. Hogan, „Conditional Love“, *Times Publications*, <http://www.timespublications.com/mar08-feature1.asp>, 24. мај 2012.

¹³² Вид.: J. Chatzky, *CNNMoney.com*, March 21, 2006, http://money.cnn.com/2006/03/16/pf/prenup_moneymag_0604/index.htm, 8. јун 2010.

¹³³ При том узимајући у обзир чл. 29, ст. 2 ПЗ: „Супружници могу, под условима одређеним овим законом, своје имовинске односе уредити брачним уговором“, али и чл. 171 ПЗ „Имовина коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку представља њихову заједничку имовину. Супружници могу брачним уговором другачије уредити своје имовинске односе.“ При томе, фразу да се брачним уговором „искључује законски режим заједничке имовине“ треба читати тако да се овде вољом уговорника мењају диспозитивна законска правила о имовинским фондовима супружника.

брачно-имовинска питања, на пример, угасити обавезу враћања „вредних“ поклона у случају развода или поништења брака.¹³⁴

Ако се прихвати становиште да се дејства правног посла у српском праву могу везати за услов или рок,¹³⁵ настаје дилема да ли се одређени начин уживања неког личног добра може уговорити као будућа неизвесна околност од чијег наступања или ненаступања зависе дејства брачног уговора и да ли на овај начин лично-имовинске погодбе супружника посредно могу добити судску заштиту. Побуде које су уговорници имали, на пример, жеља супружника да сачува брак или да његова деца одрасту у бицефалној породици не морају, саме по себи, бити супротне моралу, те да је начин њиховог остварења правно недопуштен. Суд, стога, мора ценити друштвену прихватљивост таквих лично-имовинских погодби *in concreto*, одмеравајући породичне околности под којима је одређени уговор сачињен, с једне стране, и јавне интересе који заслужују заштиту, с друге стране.¹³⁶ Брачни уговор не може негирати вредности на којим почива једна правно организована заједница.¹³⁷ Уговорени услов, и у овом случају, мора бити: разумљив, могућ,¹³⁸ допуштен и

¹³⁴ „Враћају се поклони чија је вредност несразмерно велика у односу на вредност заједничке имовине супружника, а које су супружници учинили један другом у току трајања заједничког живота у браку“, чл. 190, ст. 2 ПЗ. Тако и Слободан Панов, „Предмет брачног уговора“, *Правни живот* 10/2009, 902. Сматрамо да брачним уговором (на једном месту) супружници могу стипулисати и начин управљања и располагања заједничком имовином, а по потреби и друге одредбе ради лакше и „правичније“ расподеле имовине: нпр. уговорити права прече куповине или заснивање личних службености. Тако и Бојан Пајтић, *Брачно имовински уговор*, Нови Сад 2008, 118–123. Изгледа да се, и поред норми о трајању издржавања (чл. 163 ПЗ), у брачни уговор може унети и погодба по којој један супружник, по престанку брака, има право на новчану ренту (на период дужи од пет година без обзира да ли ради и да ли постоје оправдани разлози који га спречавају да ради). На пример, један супружник препусти удео у заједничком (двочланом) привредном друштву другом супружнику, с тим да му стицалац удела у наредних десет година, сваке године исплаћује 20 % од укупне добити компаније.

¹³⁵ Према Породичном закону Руске Федерације, права и обавезе утврђене брачним уговором могу бити везане за рок или за наступање, односно ненаступање, одређеног услова, чл. 42, ст. 2. ПЗРФ.

¹³⁶ „Појам неморалних уговора је обележен већим степеном релативности него што је то нпр. случај са противзаконитим уговорима“, С. Перовић (1966), 198.

¹³⁷ На пример, за брачне уговоре у шпанском праву важи правило да су ништава уговорања супротна закону и моралу или она која нарушавају равноправност супружника. чл. 1328 ШГЗ. У холандском праву одредбе брачног уговора не могу бити супротне императивним нормама, добрим обичајима и јавном поретку, чл. 1: 121 (1) ХГЗ. Поре тога, уговорници не могу искључити права која произилазе из родитељства и права која по закону припадају супружнику оставиоца. Вид. чл. 1: 121 (3) ХГЗ.

¹³⁸ С тим да је уговор закључен под немогућим одложним условом је ништав, а немогућ раскидни услов сматра се непостојећим, чл. 75, ст. 2 ЗОО.

моралан.¹³⁹ Ако је одређени начин уживања неког личног добра будућа неизвесна околност од чијег наступања или ненаступања зависе дејства брачног уговора, суд ће такву модификацију правног посла ценити с обзиром на природу и сврху брака, водећи рачуна о општим ограничењима слободе уговарања и уставним начелима равноправности супружника, заштите породице, мајке и интереса детета.¹⁴⁰ Иако се брачни уговор тиче имовине, његово тумачење не може бити искључиво имовинско, зато што се уговорне стране већ налазе у личном односу. Емотивна веза претходи имовинском уговарању, па је „лична нота“ инхерентна брачном уговору. Одредбе брачног уговора треба посматрати кроз призму друштвене солидарности, при чему је доборобит породице примерен етички путоказ.

Nenad Tešić, LL.M.

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

ONE WHO GIVES A PENNY TO ENTER THE MARRIAGE, PAYS A FORTUNE TO EXIT

Summary

Family Law of 2005 has reintroduced to the Serbian legal system the rule that existed in the Serbian Civil Code (1844) which enables spouses, prospective spouses and extramarital partners to agree on their actual and future property relations according to their needs.

The author points out to two possible approaches to the issue of validity of marital (nuptial) agreement. According to the first (older) conception, a marital agreement is void by its sole nature. It is against public policy and good usages since it allegedly leads to commercialization of marriage, it encourages the divorce and destroys the equity of spouses (general nullity). According to the second (lawful) standpoint, a marital agreement is not void (*per se*). Its potential nullity should be judged on case by case basis. Consequently, the contractual distribution of marital property is generally permitted by the Law, but this does not preclude the

¹³⁹ Нарочиту врсту забрањених услова представљају неморални услови, такви услови који својом садржином или природом вређају моралне обзире, о којим право води рачуна. Вид. Лазар Марковић, *Грађанско право*, Београд 1927, 257.

¹⁴⁰ Чл. 62 и чл. 66 Устава РС.

court from finding that the contract at hand is null and void (nullity *in concreto*).

The author analyses from the Serbian law perspective the specific terms of marital agreements whose validity and enforceability are often disputed in the United States case-law, e.g. fidelity clause and intimacy clause. One could claim that the nature of these promises is hybrid, since they combine spouses' personal rights and duties with proprietary consequences. In that context, author expressly identifies as null and void, by reason of public policy, provisions by which parties agree to permanently waive their reproductive rights, as well as the clauses by which parents, for their religious belief, restrict indicated medical intervention on their mutual children.

Given that marital agreement is the contract between loved ones, the court should interpret it with special caution. Private law here is intertwined with public interest. Hence, the attention of the court in evaluation of validity of marital agreements should be on the higher level than in the case of other contracts. The court must protect the basic human values, essence of marital relations and pay utmost regard to the best interests of children.

Key words: *Marital (Nuptial) Agreements. – Nullity. – Lifestyle clauses. – Religious Upbringing of Children. – Contract between Loved Ones.*