

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



Богдана М. Стјепановић

САДРЖИНА БРАЧНОГ УГОВОРА

докторска дисертација

Београд, 2021

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW



Bogdana M. Stjepanović

THE CONTENT OF THE MARRIAGE CONTRACT

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2021

Ментор:

Др Слободан Панов, редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

Др Олга Јовић-Прлаиновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Приштини

Др Вељко Влашковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Др Ненад Тешић, доцент Правног факултета Универзитета у Београду

Датум одбране докторске дисертације:

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Наслов: Садржина брачног уговора

Сажетак: Циљ писања ове дисертације јесте у детаљнијој анализи института брачног уговора и, сходно томе, у покушају евиденције предлога и смерница за даље и детаљније регулисање овог института у нашем правном систему. Идеја за бављење управо овом темом добијена је у оскудној законској регулацији овог правно и животно важног питања. Институт брачног уговора је у наш правни систем поново уведен реформом породичног законодавства 2005. године, али је његово регулисање извршено само у једном члану. Брачни уговор представља важан правни инструмент. Важност брачног уговора се огледа у чињеници да су уговорне стране у овом правном послу лица вшеструко животно повезана, те да постојање брачног уговора може имати значајан утицај како на ширу породицу тако и на друштво у целини. Из тих разлога сматрамо да је овом правном институту нужно посветити више пажње. При изради дисертације бавили смо се изучавањем самог института и његове правне природе, али и аутономијом воље супружника, односно „балансом моћи“ страна уговорница приликом закључења али и извршења брачног уговора. Све наведено је вршено у циљу давања предлога садржине брачног уговора и његовог образлагања. На крају анализе појединих, према нашем мишљењу изузетно важних тема за разумевање самог института, дајемо предлог законског уређења два имовинска модела, одложене заједнице имовине и заједнице добара, између којих би будући супружници или супружници могли да оптирају и тиме измене законски имовински режим. Оптирањем за ова два алтернативна имовинска режима желимо да се постигне већа правна сигурност како за слабијег супружника, њихову децу, породицу тако и за друштво у целини.

Кључне речи: – *брак . - супружници. - имовина. - садржина. - брачни уговор.*

Научна област: Право

Ужа научна област: Грађанско право

INFORMATION ABOUT DISSERTATION DATA

Title: The content of the marriage contract

Summary: The aim of writing this dissertation is in a more detailed analysis of the institute of marriage contract and, accordingly, in an attempt to record proposals and guidelines for further and more detailed regulation of this institute in our legal system. The idea to deal with this very topic was obtained in the scarce legal regulation of this legally and vitally important issue. The institute of marriage contract was reintroduced into our legal system by the reform of family legislation in 2005, but its regulation was done in only one article. A marriage contract is an important legal instrument. Its significance is reflected in the fact that the contracting parties in this contract are closely connected in life, and that the existence of a marriage contract can have a significant impact on the extended family and society as a whole. For these reasons, we believe that it is necessary to pay more attention to this legal institute. During the preparation of the dissertation, we studied the institute itself and its legal nature, but also the autonomy of the spouse's will, ie the "balance of power" of the contracting parties when concluding and executing a marriage contract. All mentioned above was done in order to give a proposal for the content of the marriage contract and its explanation. At the end of the analysis of certain, in our opinion, extremely important topics for understanding the institute itself, we give a proposal for legal regulation of two property regimes: deferred community of property and community property, between which future spouses could opt and thus change the legal property regime. By opting for these two alternative property regimes, we want to achieve greater legal security for the weaker spouse, their children, family and society as a whole.

Key words: - *marriage*. - *spouses*. - *property*. - *content*. - *marriage contract*.

Scientific field: Law

Scientific subfield: Civil Law

САДРЖАЈ

1. УВОД.....	8
1. 1 Предмет и циљ истраживања.....	8
1. 2. Основне хипотезе од којих ће се полазити у истраживању.....	15
1. 3. Методологија истраживања.....	15
2. БРАЧНО ИМОВИНСКО ПРАВО.....	18
2. 1. Појам брака.....	18
2. 2. Појам брачног имовинског права.....	23
2. 3. Имовина као средиште брачног имовинског режима (заједничка својина и остали облици својине са више титулара).....	25
3. МОДЕЛИ УРЕЂЕЊА ИМОВИНСКИХ ОДНОСА.....	33
3. 1. Решење позитивног права у Републици Србији.....	33
3. 1. 1. Заједничка имовина.....	33
3. 1. 2. Посебна имовина.....	39
3. 1. 3. Брачни уговор.....	42
3. 2. Уређење садржине брачног уговора у Преднацрту Грађанског законика.....	46
3. 3. Брачни уговор у документима Европске уније.....	49
4. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА БРАЧНОГ УГОВОРА.....	57
4. 1. Терминолошке дилеме.....	57
4. 2. Правна природа брачног уговора.....	64
4. 2. 1. Особине брачног уговора.....	66
4. 2. 2. Правна начела од значаја за брачни уговор.....	68
4. 2. 2. 1. <i>Начело аутономије воље и брачни уговор</i>	69
4. 2. 2. 2. <i>Начело равноправности супружника</i>	75
5. УСЛОВИ ЗА ПУНОВАЖНОСТ БРАЧНОГ УГОВОРА.....	78
5. 1. Уговорне стране и способност уговарања.....	78
5. 1. 1. „Будући супружници“ и супружници.....	78
5. 1. 2. Заступање.....	80
5. 2. Сагласност воља.....	82
5. 3. Допуштеност предмета обавезе.....	84
5. 4. Основ брачног уговора.....	89
5. 5. Форма брачног уговора.....	92
5. 6. Прилагођавање (<i>alteratio</i>) брачног уговора.....	94

6. ЗАШТИТА ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИХ КАТЕГОРИЈА	99
6. 1. „Слабији“ супружник	99
6. 1. 1. Правни механизми за превазилажење дисбаланса моћи међу супружницима ...	105
6. 1. 2. Теоријски оквир за превазилажење дисбаланса моћи међу супружницима	111
6. 2. Лица са којима супружник/ци ступају у правне односе	119
7. САДРЖИНА БРАЧНОГ УГОВОРА	126
7. 1. Имовински модели	126
7. 1. 2. Одложена заједничка имовина (режим заједнице приноса или имовинске заједнице).....	130
7. 1. 3. Заједница добара (заједница имовина)	141
8. ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕРИ И УГОВОРНО УРЕЂЕЊЕ МЕЂУСОБНИХ ИМОВИНСКИХ ОДНОСА	156
8. 1. Појам ванбрачног партнерства	157
8. 2. Ванбрачно партнерство и брачни уговор	161
9. ОДНОС БРАЧНОГ УГОВОРА И УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ	171
9. 1. Појам уговора о наслеђивању	171
9. 2. Однос уговора о наслеђивању и брачног уговора.....	180
9.3. Уговор о наслеђивању у Преднацрту Грађанског законика Реп. Србије	184
10. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	189
ЛИТЕРАТУРА	196
БИОГРАФИЈА	217

1. УВОД

1. 1 Предмет и циљ истраживања

Основни предмет истраживања овог рада јесте садржина брачног уговора, односно могућа решења уређења његове садржине.

Брачни уговор је начин уређења имовинских односа у браку у модерним правним системима.¹ Појава брачног уговора је последица промене погледа на породичне односе у целини. Један од одлучујућих момената у промени погледа на породичне односе јесте појава Европске конвенције о правима човека којом се, између осталог, даје примат интересима појединца над интересима група, па и друштва у целини. Породица данас доживљава велике промене. Нова породица данас не настаје увек браком и јавља се све већи број узастопних бракова. С обзиром на ова стремљења говори се о деинституционализацији породице. Међутим, *Theri* ипак оповргава „деинституционализацију“ породице „индивидуализацијом, приватизацијом, плурализацијом“, али примећује невиђену раздвојеност супружничтва и рађања деце.² Брачни уговор представља реализацију принципа слободе уговарања у области породичних имовинских односа и одраз је опште тенденције увођења све веће аутономије супружника. Ступањем на снагу брачног уговора искључује се законски брачни имовински режим или долази до модификације неких његових елемената.

Од 2005. године брачни уговор је поново део нашег правног система. Регулисан је Породичним законом у једном члану у ком се наводи да супружници или будући супружници могу њим уредити своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини и за његово важење се предвиђа нотаријална форма. Начин на који је овај институт уређен, као и чињеница да су многа питања остала отворена и спорна од момента његовог увођења до данас разлог је зашто смо се определили за ову тему.

Начин на који је код нас уређен брачни уговор оставља супружницима велику слободу приликом уређења њихових међусобних имовинских односа у браку. Овакво решење може изазвати многе проблема у његовој примени. Један од њих би била колизија института слободе уговарања и имовинског права са природом брака. Општа ограничења слободе уговарања³ могу

¹ *Balzac* је у свом делу *Le contrat de mariage* навео да је закључење брачног уговора „света дужност“ лица која намеравају да ступе у брак. Honore de Balzac, *Le contrat de mariage*, Париз, 1966, 37.

² Више види: <https://www.senat.fr/rap/r97-481/r97-4810.html>, 9. 9. 2020.

О Новој Ери и отклону од Породичног ка Личном праву види: J. , Eekelaar, *Family law and personal life*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 22-31; О драматичним променама у породичном праву у последњем веку види: S. , Cretney, *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford, 2003.

³ Слобода уговарања садржине уговора ограничена је принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, појмовима који су у ЗОО уведени Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима из 1993. године. У закону из 1993. године измењен је изворни текст члана 10 ЗОО која је гласило: „Учесници у промету слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва“. М. Ђурђевић, Д. Павић,

резултовати брачним уговором који би био супротан идеји брака као институције и губљењу смисла брака као заједнице и љубави⁴ у којој нема места меркантилизму и еквиваленцији давања у облику својственом уговорном праву. Други проблем који произлази из скоро неограничене слободе уговарања супружника јесте могућност озбиљних злоупотреба како права «слабијег» супружника, малолетне деце, породице, као и трећих лица са којима супружници ступају у имовинскоправне односе. Нерешеност наведених питања узрокује потребу за проучавањем начина за њихово превазилажење или ако то није могуће у потпуности, онда макар ублажавање.

Наше позитивноправно решење не уважава специфичност брачних имовинских односа где су уговарачи истовремено и животно повезана лица, а остали чланови породице непосредно заинтересована лица. Имовински односи су секундарна појава брака и у служби су брака те је кроз ту визуру потребно посматрати брачни уговор. Брак је крајње ограничење слободи уговарања супружника и неопходно је јасно утврдити границе вољи супружника ради заштите института брака али и супружника.

Основни циљ писања дисертације је да се да предлог уређења садржине брачног уговора који би уважавао његове особености као института посебне правне природе, и који би најбоље одговарао историјском наслеђу српске цивилистике и постојећем систему породичног права у Србији. Да би се то постигло у обради ове теме се пошло од појма брака као примарног односа поводом ког и у вези са ким лица и улазе у секундарни однос – уговорни брачни имовински однос.

Немогуће је бавити се питањима брачног уговора без претходног, макар кратког осврта и обраде појма брака и брачног имовинског права. Да би се разумела даља излагања и изнети ставови о природи брачног уговора и о његовој могућој садржини потребно је, пре свега, приближити институт који је примаран и због кога и поводом кога и долази до закључења брачног уговора.

У обради појма брака биће представљене различите дефиниције брака, како теоријске тако и позитивноправне. Представиће се и нове формулације које се последњих година појављују, а које су усмерене ка редеофинисању појма брака. Такође, указаће се на разлике у религијском и световном поимању брака и у контексту са разликама у поимању брака које постоје у овим оквирима, укратко ће се анализирати оправданост института брачног уговора у оквиру сваке од њих.

Настављајући да уводимо тему брачног уговора у наставку ћемо се бавити брачним имовинским правом чији део је брачни уговор. Брачно имовинско право се изучава као део породичног права, али оно истовремено представља и граничну област између породичног права и имовинског права. За припадност породичном праву одлучујуће је то што су имовински односи у служби брака. Примена правила имовинског права на имовинске односе у браку

„Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда*, бр. 7/9 (2016), 47.

⁴ О опозитном концепту брака: брака заједнице живота или Свете тајне; брака равноправности или љубави; заборава и неважности кривице или сталног моралног усавршавања; хедоније или смисла искушења; експресног чулног задовољења или неакратије: снажне и сталне кондиције за врлину, за љубав као радосне и целомудрене жртве; провизоријума или есхатологије, мерила човека или мерила Бога види више: С. Панов, *Духовни и световни брак у Србији*, Правни факултет, 2013.

омеђена је управо институтом брака и његовом природом. Институт брака и значај који он има у друштву чини да начела брачног права одлучујуће утичу на начела имовинског права и да их модификују до тачке где овај утицај производи посебан режим, различит од свог изворника (имовинског права). Предмет брачног имовинског права су брачни имовински односи, како међусобни имовински односи супружника, тако и имовински односи са трећим лицима.

Поред појма брака и брачног имовинског права, као још један основни и конститутивни елемент за обраду садржине брачног уговора јавља се и имовина супружника. Имовина представља средиште брачног имовинског режима и од њеног правилног одређења зависи и исправност опредељења садржине брачног уговора.

Како се бавимо имовинским односима супружника, односно једним специфичним начином регулисања имовинских односа у браку, неопходно је на почетку дефинисати средишњи појам имовинских односа - имовину. У овом делу рада дефинисаћемо имовину и приказати основне теоријске поставке о овом феномену. Затим ћемо обрадити облике својине са више титулара, уз посебан осврт на заједничку својину. Приказаћемо зашто је решење нашег законодавства (претпоставка заједничке имовине супружника) по нама адекватније од решења неких законодавстава која предвиђају сусвојину.

Након постављања теоријског оквира основних института брачног имовинског права бавићемо се, у адекватној мери, нашом позитивноправном брачном имовинском регулативом. Обрадићемо решење нашег Породичног закона, укратко описујући законско решење и моделе који у њега улазе (заједничка и посебна имовина, као и брачни уговор).

Породични закон Србије предвиђа два правна режима: законски имовински режим и уговорни имовински режим. Законски имовински режим у нашем праву обухвата заједничку и посебну имовину. Како у случају незакључења брачног имовинског уговора између супружника важи претпоставка заједничке имовине, то ћемо овај део рада почети одређењем појма заједничке имовине. Истаћи ћемо особине заједничке својине и предност ове врсте својине у односу на друге облике својине са више титулара. Веома је битно извршити анализу позитивноправног решења везаног за заједничку имовину, јер он умногоме опредељује уговорни имовински режим. Након разматрања о заједничкој имовини обрадићемо посебну имовину као и брачни уговор, али у мањој мери јер ћемо се детаљнијом анализом ових института бавити у каснијим деловима дисертације.

У оквиру позитивноправног прегледа обрадићемо и решење везано за брачни уговор садржано у Преднацрту Грађанског законика Србије. У Преднацрту Грађанског законика брачном уговору се посвећује 11 чланова у којима се уређује: способност за закључење, форма брачног уговора, уговарање посебне имовине, уговарање унапред одређеног дела у заједничкој имовини, уговарање права избора код деобе заједничке имовине, уговарање права избора код деобе заједничке имовине и заоставштине, уговарање одложене заједничке имовине, уговарање универзалне (опште) имовинске заједнице, уговарање о подмиривању породичних трошкова, неважеће одредбе брачног уговора и поништај и раскид брачног уговора. Иако овај правни акт још увек није донет и није део нашег позитивног законодавства, предлог уређења брачног уговора садржан у њему нама је од изузетне важности јер предвиђа детаљније уређење брачног уговора уз увођење одређених новина за које се и ми залажемо у овом раду.

Последња целина у оквиру другог дела дисертације посвећена је проучавању значаја брачног уговора у процесу приближавања правних система европских земаља, односно значај овог института у европском праву. Сматрали смо сходним у одређеној мери обрадити и ову тему јер је питање хармонизације прописа земаља које желе да приступе Европској унији као и оних које већ јесу део те заједнице веома актуелно. Иако је Велика Британија изашла из Европске уније, а у оквиру неких других земаља које још увек јесу чланице те заједнице се могу чути гласни ставови о жељи за иступањем из ње, у Србији се веома одлучно заговара пут ка тој скупини земаља, те се увелико ради на усклађивању наших прописа са прописима Уније. Како је брачни уговор део позитивног законодавства наше земље могуће је за очекивати да ће се у неком моменту поставити питање његове хармонизације са правима осталих земаља.

Европска унија је у неким гранама права постигла хармонизацију, али то свакако није случај са породичним правом. Приближавање породичноправних режима тема је о којој не постоји општа сагласност аутора. Породично право одражава темељне вредности друштва и питање је да ли је добро и покушавати са хармонизацијом у овој грани права. Брачноимовински режими у Европи су разнолики, одражавају основне вредности неког друштва, те је јасно да процес хармонизације у овој области неће ићи лако. Без обзира на потешкоће и упитност корисности самог процеса приближавања правних система у овој области, од саме идеје се на европском нивоу не одустаје. Неки сматрају да је брачни уговор управо тај институт који би могао да игра важну улогу у процесу хармонизације породичног права и предвиђају различите начине за хармонизацију уговорног режима. Кроз анализу појединих аката који су на нивоу Европске уније донети покушаћемо да утврдимо место брачног уговора на овој равни, као и његову будућност у европском оквиру, али и могуће реперкусије на наше решење уређења садржине брачног уговора.

Четврти део дисертације се бави терминологијом и појмовним одређењем брачног уговора, као и одређивањем правне природе брачног уговора.

Да бисмо изучавали неку појаву неопходно је поћи од њеног термина јер он обично супсумира њену суштину. Управо због тога поједини аутори оспоравају термин брачни уговор. Термин брачни уговор може да доведе до погрешних закључака како о времену његовог настанка, деловању, субјектима који га закључују, тако и о правној природи самог института. Због тога ћемо у овом делу рада анализирати термине који се у неким другим системима користе за овај институт и покушати да утврдимо да ли је могуће изнаћи неки бољи термин за описивање овог правног института. Поред тога у овој глави ћемо представити различите дефиниције брачног уговора, како теоријске тако и позитивноправе. Нарочит акценат биће стављен на анализу релационе уговорне теорије, њене примене на брачни уговор, као и ефекта који би примена ове теорије могла да има како у односу на саме уговорнике (супружнике), заштиту односа равноправности међу супружницима, спречавање изигравања интереса „слабијег“, супружника, као и уопштено на однос друштва према институту брачног уговора.

Након анализе термина који се користе за означавање овог правног института бавићемо се одређењем правне природе брачног уговора.

Једна од почетних хипотеза у овом истраживању јесте да брачни уговор има *sui generis* природу. У овом делу рада ћемо настојати да ту хипотезу и докажемо. То ћемо чинити тако што ћемо кренути од класификације уговора у правној теорији према Перовићу. У односу на ту поделу покушаћемо да одредимо место брачног уговора. Након тога ћемо обрадити правна

начела која су релевантна за брачни уговор и која су показатељ његових особености у односу на друге правне послове грађанског права. Посебно ћемо се осврнути на начело слободе уговарања, као једно од основних начела уговорног права и на његове способности када се ради о брачном уговору. Након спроведене анализе, извешћемо закључак о правној природи брачног уговора. Утврђивање правне природе брачног уговора биће још један корак ка циљу којем тежимо у изради ове дисертације, а то је одређење садржине брачног уговора.

Пети део дисертације посвећен је изучавању услова за пуноважност брачног уговора. Уговор настаје сагласношћу воља. Он претпоставља лица која изјављују вољу, предмет и основ и/или форму. Да би један уговор настао и производио правна дејства потребно је да се испуне услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, предмета и основа, а понекад и форме уговора. У овом делу рада биће анализиран сваки од услова за пуноважност уговора и разматраће се специфичност ових услова у вези са закључењем брачног уговора.

Специфичност брачног уговора огледа се и у уговорним странама које су лица повезана посебном емотивном везом, односно браком. Општа правила која важе за уговорне стране не могу бити примењена на супружнике као уговорнике. У општем уговорном праву уговорне стране су лица која имају различите интересе и која су страна једно другом, док то са супружницима није случај. Након разматрања специфичности које произлазе из чињенице да се као уговорници јављају супружници, анализираће се термин „будући супружници“ и супружници као могући субјекти брачног уговора.

У овом делу ће се дефинисати способност уговарања као један од услова за пуноважност уговора и размотриће се врсте неспособности уговарања. Посебно ће се разматрати узрасна граница за закључење брачног уговора, нарочито могућност старијих малолетника да га закључују као и лица делимично лишених пословне способности. Такође ће бити обрађена могућност закључења брачног уговора путем заступништва.

Из самог појма уговора произлази да је сагласност воља један од битних услова за његов настанак. Стога је потребно анализирати питања која се односе на садржину сагласности, њен настанак и недостатке. У оквиру садржине сагласности биће обрађени воља и њени атрибути, унутрашња и изјављена воља, начини изражавања воље.

Предмет уговора је оно о чему је уговор. Предмет уговора се састоји из акта давања, чињења, нечињења или трпљења.⁵ Један уговор може произвести више обавеза које, свака за себе, имају свој предмет, те и уговор може имати више предмета. Да би уговор био пуноважан потребно је да предмет обавезе буде могућ, допуштен, одређен или одредив. У овом делу ћемо анализирати подобност имовине супружника као предмета брачног уговора, односно да ли имовина мора испунити све захтеве уговорног права везане за пуноважност предмета обавезе.

Свака уговорна обавеза има своју каузу, свој основ обавезивања. Кауза уговора објашњава зашто се обавезе стварају. Кауза је битна за разумевање потреба и мотива (код неких уговора) који су навели нека лица да ступе у уговорни однос, те ћемо у овом делу рада проучавати каузу брачног уговора.

⁵ С. К. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд, 1981, 311.

Након анализе каузе брачног уговора обрадиће се још један елемент који представља услов његове пуноважности, а то је форма. Брачни уговор је формални уговор. Као услов његове пуноважности предвиђена је форма јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. У овом делу рада укратко ће се изложити позитивноправно решење и оценити његова оправданост у односу на брачни уговор.

Брачни уговор је специфично поље преплитања института брака и начела слободe уговарања, где је слобода уговарања омеђена природом брака. Акти које предузимају супружници морају бити усклађени са најважнијим интересима брачне заједнице, односно породице. Како породично право карактеришу императивноправне нормe, а имовинске односе диспозитивне нормe, у њиховом сукобу предност имају императивноправна правила породичног права. У додиру и међусобном преплитању брачног и имовинског права долази до прилагођавања уговора институту брака који је у овом односу доминантнији и чија је секундарна појава брачни уговор. Ово прилагођавање се у правној терминологији означава латинским појмом *alteratio* (измена). Наведена појава је веома битна јер осликава међусобни однос двеју грана права те ју је нужно обрадити на крају обраде теме о условима за закључење брачног уговора. На тај начин биће подвучена разлика коју брачни уговор иманентно поседује у односу на обичне имовинске уговоре, а која је условљена управо институтом брака који врши измену (лат. *alteratio*) општих правила имовинског права.

Шести део дисертације бави се питањем заштите посебно осетљивих категорија лица. Под посебно осетљивим категоријама лица, у смислу теме овог рада, подразумевају се „слабији“ супружници и трећа лица са којим супружници ступају у правне односе.

Уставна и законска прокламација равноправности супружника често није доследно спроведена у пракси. Механизми остваривања равноправности супружника у погледу закључења и извршења брачног уговора нису посебно предвиђени. Чини нам се да законодавац није препознао потенцијалну опасност увођења брачног уговора у наш правни систем без предвиђања механизма заштите „слабијег“ супружника и трећих лица са којима супружници ступају у правне односе. Да би брачни уговор био у складу са циљем због ког је установљен, те да би заиста био средство које ће омогућити обострано правичне исходе нужно је да он буде правичан за обе стране како у моменту његовог закључења тако и у тренутку његовог извршења. Питање „моћи“ је једно од кључних питања када говоримо о брачном уговору, јер услови закључења овог уговора могу довести до погодовања једној страни у знатно већој мери у односу на другу страну. У пракси се показује сложеним питање препознавања „моћи“. Поред проблема утврђивања постојања дисбаланса моћи између супружника као уговорника, поставља се питање утврђивања правних механизма уз помоћ којих би се постојећи дисбаланс моћи исправио и којим би се „слабија“ страна у правном послу заштитила. Поред посебне заштите, коју је у вези са закључењем брачног уговора потребно пружити „слабијем“ супружнику, посебан законски механизам заштите потребно је установити и у корист трећих лица са којима супружници ступају у правне односе, с обзиром да се поводом ових располагања могу јавити одређени проблеми како за саме супружнике тако и за трећа лица са којима супружници ступају у правне послове.

У овом делу рада биће представљен теоретски оквир као и правни механизми путем којих би се могао превазићи дисбаланс моћи између супружника. Поред тога, биће дат предлог правног механизма путем кога би био остварен виши степен сигурности за трећа лица са којима супружници током трајања брака ступају у правне односе.

Седми део дисертације бави се садржином брачног уговора. Ово је централни део дисертације и представља супсумирање свега претходно наведеног и утврђеног у виду опредељивања за одређену садржину брачног уговора. У овој глави приказаћемо имовинске моделе које би супружници могли да изаберу брачним уговором и тиме одступе од законског имовинског режима.

У нашем позитивном праву питање предмета брачног уговора је одређено тако да једино ограничење слободи уговарања представљају принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји. Због недостатака оваквог приступа, а након анализе одабраних правних система и њихових решења, предложимо да се у закону пропишу још два имовинска модела између којих ће супружници моћи да бирају у случају да не желе да се на њих примени законски имовински режим заједничке имовине. Као могуће имовинске моделе, обрадићемо режим одложене заједничке имовине и режим заједнице добара. Опредељивањем садржине брачног уговора законским прописивањем имовинских модела сматрамо да би био постигнут баланс између природе брака и начела породичног права, са једне стране, и слободе уговарања, са друге стране, те да би била пружена нарочита заштита слабијем супружнику у односу.

Породични закон Србије предвиђа да, под условима предвиђеним законом, ванбрачни партнери имају права и дужности супружника. На имовинске односе ванбрачних партнера сходно се примењују одредбе Породичног закона о имовинским односима супружника. У овом делу рада испитујемо да ли реч *сходно* значи да ванбрачни партнери могу закључивати и брачни уговор. У обради теме почећемо од дефиниције ванбрачног партнерства. Након утврђења појма ванбрачног партнерства, сумарно ћемо се осврнути на разлоге ступања у овај вид односа, његове основне карактеристике и упоредити га са браком. Такође ћемо покушати да укажемо на карактеристике заједничке имовине ванбрачних партнера. Заједничка имовина има одређене особености у зависности од тога између којих лица се заснива- да ли су то супружници, ванбрачни партнери или чланови шире породичне заједнице. Узимајући наведено у обзир, настојећемо да покажемо да примена брачног уговора на ванбрачну заједницу није могућа.

Након обраде питања примене брачног уговора на уређење имовинских односа ванбрачних партнера, као још једно веома важно питање за брачни уговор јавило се питање увођења уговора о наслеђивању у наш правни систем.

Брачни уговор и уговор о наслеђивању јесу део опште тенденције ширења аутономије воља супружника. Наш правни систем не предвиђа могућност закључења уговора о наслеђивању и изричито га забрањује. У упоредном праву уговор о наслеђивању се јавља као део брачног уговора (као један његов део) или се на њега надовезује. Због прожимања ова два правна института и због предвиђања могућности закључења уговора о наслеђивању између супружника у Преднацрту Грађанског законика Србије, сматрали смо да је у овом раду нужно обрадити и питање закључења уговора о наслеђивању. Показаћемо однос брачног уговора и уговора о наслеђивању, као и њихов међусобни допуњујући ефекат. Постојање уговора о наслеђивању уз брачни уговор омогућило би супружницима да располажу својом имовином како *inter vivos* тако и *mortis causae*.

На самом крају, као што је то правило у свакој анализи, следе закључна разматрања. У оквиру закључних разматрања сублимираће се резултати истраживања и у складу са тим поставиће се смернице и дати препоруке које би могле бити кориштене за унапређење законске регулативе у праву Србије у домену опредељене теме рада.

1. 2. Основне хипотезе од којих ће се полазити у истраживању

- Постоје тенденције да се постојећи законски режим уређења имовинских односа супружника надограђује новим институтима брачног права који ће одражавати савремена настојања усмерена ка ширењу аутономије воље супружника.
- Природа брака је крајње ограничење аутономије воље супружника приликом избора начина уговорног уређења имовинских односа у браку.
- Брачни уговор је *sui generis* уговор.
- Због одређених разлика између брачне и ванбрачне заједнице, уговор којим се уређују имовински односи супружника не може да се користи за уређење имовинских питања ванбрачних партнера.
- У циљу заштите трећих савесних лица постоји потреба увођења регистра брачних имовинских уговора.
- Постоји потреба увођења уговора о наслеђивању који би заједно са брачним уговором омогућио супружницима да у целости располажу својом имовином.

1. 3. Методологија истраживања

Централни предмет истраживања у овом раду јесте садржина брачног уговора, *de lege ferenda*. У циљу изналагања и давања предлога будућег/их решења, било је потребно поћи од *de lege lata* решења. Сложеност предмета истраживања условила је потребу и за анализу неких питања, као што су имовина супружника, питање брака, али и правне природе брачног уговора. Како ће у раду бити уведени неки нови институти, до сада недовољно представљени и истражени у нашем правном систему, било је нужно користити се и сличним упоредноправним решењима. Сва наведена, али и многа друга питања условила су потребом за кориштењем вишеметодијалног приступа. Применом разних, правних дисциплинама погодних метода, настојаће се осветлити спорна питања и изнаћи одговарајућа решења постављених проблема, те проверити полазне хипотезе ове дисертације и надамо се, обогатити правна литература у домену теме којом се бавимо.

Породичном праву као грађанскоправној научној дисциплини иманентна је примена правнодогматског метода. Задатак правнодогматског метода јесте да кроз тумачење језичког значења норме и одређивања циља који норма треба да постигне изнађе правни смисао неке

норме. Лукић наводи да је правно значење норме оно које најбоље остварује њен циљ. Из тог разлога се језичко тумачење допуњава циљним.⁶

Систематско догматско истраживање правних института је нужно да би се постојећа законска решења унапређивала и уподобљавала животној стварности једног друштва. У том смислу, у раду ћемо се бавити проучавањем ставова домаћих и страних аутора, њиховим критичким сагледавањем, синтезом, а у циљу давања предлога нових и бољих теоријских оквира. Ми правнодогматски метод нећемо ограничити на изградњу и логичко повезивање правних појмова, већ на утврђивање вредности на којима наш правни систем почива. Потрагом за друштвеним вредностима које дају смисао правним нормама, правнодогматски метод омогућава да се у оквиру постојећег права и друштвених потреба дође до правилног решења неког правног проблема.⁷

Како се овај рад бави питањем садржине брачног уговора, и другим питањима која је неопходно претходно проучити да би се дао предлог могуће садржине (нпр. правна природа брачног уговора, специфичност аутономије супружника, однос „моћи“ међу супружницима, редифиниција уговорне теорије која се примењује на брачни уговор и др.), ми ћемо правнодогматским методом обухватити и ова друга, садржини брачног уговора, сродна питања. На тај начин ће се створити теоријско оправдање предлога садржине брачног уговора за који се ми у овом раду залажемо.

С обзиром да је породично право и позитивноправна дисциплина, те да је брачни уговор, иако оскудно, али ипак законски регулисан, у обради предстојећих тема служићемо се позитивноправном анализом постојећих решења у Породичном закону Републике Србије, Закону о облигационим односима, Закону о наслеђивању Републике Србије и Закону о основама својинскоправних односа Републике Србије, као и Преднацртом Грађанског законика Србије. Иако Преднацрт нема правну снагу, ми ћемо се у раду бавити и решењем садржаним у њему јер он посвећује значајан број чланова регулисању брачног уговора и питањима повезаним са брачним уговором. Надамо се да ће анализе и предлози до којих ћемо у раду доћи, унеколико послужити и Комисији за израду овог капиталног дела да на још продубљенији начин сагледа поједина питања везана за овај правни институт.

Питање садржине брачног уговора у нашем праву није детаљно регулисано. Опредељење законодавца је било да овај институт поново уведе у наш правни систем али је то, према нашем мишљењу, учињено исувише површно, што је резултовало неразумевањем самог института као и његовом погрешном применом, те повећаном изложеношћу супружника дисбалансу како преговарачке моћи, тако и ускраћивања могућности «слабијег» супружника да захтева промене у брачном уговору које би биле у складу са променама околности у браку. Идеја за бављењем питањем садржине брачног уговора управо и долази из жеље да се уочени недостаци превазиђу те да се постојеће законодавно решење допуни. Како би се то и постигло, било је неопходно анализирати поједина упоредноправна решења земаља која овај институт познају и примењују дужи низ година, те које су имале прилике да уоче и отклоне евентуалне недостатке. Анализа упоредноправних решења ће бити извршена у циљу представљања код нас још увек непостојећих имовинских модела, те давања предлога детаљнијег уређења садржине брачног уговора. Упоредноправној анализи приступићемо критички те ћемо одмеравати одређена

⁶ Р. Д. Лукић, *Методологија права*, Научна књига, Београд, 1979, 69-124.

⁷ *Ibid.*, 130.

упоредноправна решења посматрајући их у односу на контекст у коме су настала и друштва у којима постоје. С обзиром да се ми у одређењу садржине брачног уговора опредељујемо за решење законског уређења имовинских модела између којих би супружници, уколико желе да измене законски имовински режим, могли да оптирају, и брачни имовински режим у већој мери прилагоде својим животним потребама, упоредноправна анализа ће нам бити од нарочитог значаја. Кроз упоредноправну анализу ми ћемо покушати да утврдимо која од датих решења би могла да се примене у нашем правном систему и у нашем друштву, поштујући правну традицију и друштвене и економске околности нашег друштва.

Институт брачног уговора, као сваки правни институт, мора се посматрати одвојено од целокупног брачног имовинског права, као и Породичног права и Облигационог права, односно не сме се занемарити међусобна интеракција института брачног уговора и неких других института поменутих грана права. Правилно разумевање целине неког института неопходно је за даљу његову анализу, и за попуњавање одређених правних недостатака његове законске поставке.

Из тих разлога сматрамо да је потребно утврдити праву улогу (функцију) овог института у правном систему, те на основу тога вршити даље његове корекције, како би овај правни институт вршио функцију због које је и настао, те да се не би служио циљевима супротним идејама његовог настанка.

Исход који желимо постићи користећи се функционалним методом састоји се у утврђењу функције коју треба да има успостављање одређених модела уређења садржине брачног уговора у правном систему као целини, те да на такав начин обезбедимо његову правилну интеграцију у наше позитивноправно законодавство.

У обради ове теме полазимо од одређених претпоставки (хипотеза). Да бисмо проверили њихову основаност користећемо се логичким методом- индуктивним методом ради проналажења општих карактеристика проучаваних института, и дедуктивним методом ради примене општих правила породичног и облигационог права на брачни уговор.

Да би научна анализа која у наставку следи имала своју тежину и значај, неопходно је све поменуте методе користити у међусобној интеракцији. Само њихова обједињена и координисана употреба може довести до правилног разумевања појединих проблема те до научно утемељених и практично примењивих резултата.

2. БРАЧНО ИМОВИНСКО ПРАВО

2. 1. Појам брака

Брак може постојати без брачног уговора, али брачни уговор не може производити правна дејства без брака, због тога је пре обраде даљих тема везаних за брачни уговор и његову садржину потребно у краћим цртама обрадити појам брака.

Брак је један од најстаријих и најважнијих друштвених и правних института.⁸ Брак је основа породице, а породица је основа једног друштва и државе.

Појам брака као правног института једно је од најспорнијих питања брачног права. Разлике постоје како у схватању правне природе брака, тако и у идентификацији и избору преовлађујуће садржине и битног циља брака у једном друштву и у једном времену.⁹ Од римске доктрине па до данас правни писци настоје да одреде елементе правног појма брака.¹⁰

Прве дефиниције о браку дали су римски правници.¹¹ Модестин дефинише брак као везу мушкарца и жене, доживотну заједницу, установе божанског и људског права,¹² док Јустинијан брак дефинише као везу мушкарца и жене која је установљена ради трајне животне заједнице.¹³ Модестинову дефиницију је касније преузела и хришћанска правна доктрина због религијских

⁸ Драшкић брак сматра преднормативним правним односом. Преднормативни правни однос представља такав друштвени однос који се сам по себи сматра правно релевантним за садржај права. Посматрање брака као преднормативног правног односа (социолошки појам брака) указује на његову специфичност у односу на друге односе. Социолошки појам брака обухвата велики број различитих формалних и неформалних заједница од којих се само неке могу означити као правом нормирани правни однос. М. Драшкић, *Ванбрачна заједница: грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака*, Београд, 1988, 2. Овакво схватање указује да друштвени односи постају правни не по квалификацији законодавца, него по томе што они имају одређене особености услед којих су предмет правне норме. Изнето схватање у супротности је са нормативном концепцијом права. У правној науци преовладава нормативна концепција права, тј. уверење да је право првенствено или искључиво систем друштвених норми. Нормативно схватање правног односа одликује се двома особеностима: уверење да друштвени односи сами по себи немају никакве специфичности које би их учиниле предметом правне норме, већ да је правност особина која долази споља (из воље творца норме) и уверење да сви друштвени односи могу бити регулисани правном нормом и тако постати правни односи, тј. да неки друштвени односи ипак остају правно ненормирани и препуштени другим, примеренијим облицима друштвеног регулисања. Н. Висковић, *Појам права*, Сплит, 1981, 73-76.

⁹ М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2015, 75.

¹⁰ О термину „брака“ више види Е. Бенвенист, *Речник индоевропских уснова- привреда, сродство, друштво, власт, право, религија*, Издавачка књижница Зорана Стојановића, Сремски Карловци-Нови Сад, 2002, 157-160.

¹¹ О имовинскоправним дејствима брака у римској правној традицији види код: N. Žiha, „Imovinskopravni aspekti prestanka braka u rimskoj pravnoj tradiciji“, *Imovinskopravni aspekti razvoda braka*, Sveučilište Josipa Juraja Strossmayera u Osijeku, Osijek, 2011, 49-65. О имовинскоправним односима унутар породице види: I., Šego-Marić, „Imovinskopravni aspekti obiteljskih odnosa u Babilonu i Ateni“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar, 2018.

¹² Modestinus, D. 23,3,1.

¹³ Just, Inst. 1,9,1.

елемената које у себи садржи.¹⁴ Ни једна од дефиниција не садржи формалне услове за постојање брака, брак се сматра искључиво личном везом мужа и жене.

Према исламској правној науци брак је света веза и уговор који међусобно склапају мушкарац и жена на неизвесно време у чврстом уверењу да ће обоје у љубави у браку живети и себи потомство изродити и одгојити и тако свој живот продужити.¹⁵

Codex iuris canonici, Can. 1055, 1 и 2 брак дефинише као савез којим муж и жена успостављају заједницу живота која је усмерена према добру супружника и према рађању и васпитавању деце и одређује јединство брачног уговора и сакраментa.¹⁶

Дефиниције настале у француској правној теорији су реакција на учење канонског права о браку као сакраменту. Готово све дефиниције француских теоретичара наглашавају уговорни карактер брака. Према *Planiolu* и *Riberti* брак је свечани уговор на основу кога мушкарац и жена оснивају међусобну заједницу коју закон санкционише и коју они могу раскинути по својој вољи.¹⁷ Временом се у француској теорији напушта класична уговорна теорија. *Carbonniera* износи низ разлога из којих се закључује да брак није обичан уговор и сматра да се пристанком на брак ствара породица, заједница брачних другова те да се осигурава законитост деце.¹⁸ У енглеској правној теорији Lord Penzance, у случају *Hyde vs. Hyde and Woodhouse*, брак је дефинисао као добровољну заједницу за цео живот једног мушкараца и једне жене уз искључење свих осталих.¹⁹

Према Брачним правилима Српске православне цркве, православни брак је света тајна којом се два лица различитог пола, на начин прописан Црквом, везују доживотном духовном и телесном везом ради потпуне животне заједнице и рађања и васпитавања деце.²⁰ Српски грађански законик прописује да права и дужности супружника проистичу из брака, који се између два лица разнога пола закључује и венчањем „чрез свештенике по пропису православне цркве свршује, почем се она пред два или три сведока изјасне да желе неразлучно живети, заветујући се на вековечиту љубав и ненарушиму верност“.²¹

¹⁴ М. Младеновић, *Породично право у СР Југославији*, Народна књига, Београд, 1992, 78.

¹⁵ Х. А. Бушатлић, *Породично и наслебно право муслимана*, Сарајево, 1926, 9.

¹⁶ Codex iuris canonici, Can 1055, 1 и 2., http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_la.html.

¹⁷ М. Planiol, G. Ripert, *Traite elementaire de droit civil*, tome premier, Paris, 1932, 262 (691) у М. Младеновић, *Породично право у СР Југославији*, Народна књига, Београд, 1992, 80. Тако и у Н. Тралић, С. Бубић, *Породично право*, Сарајево, 2001, 37.

¹⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, Paris, 1962, 297-299.

¹⁹ J. Herring, *Family Law*, Exeter College Oxford University, Second edition, 2003, 34.

²⁰ Чл. 1 Брачних правила СПЦ, С. В. Троицки, *Изабране студије из брачног права*, Фоча, 2015, 144.

Св. Јован Златоусти објашњава из ког разлога је потребно да црква кроз свештенике благослови заједнички живот супружника: «Неопходно је позвати свештенике и молитвама и благословима утврдити супружнике у заједничком животу, да би љубав женикова ојачала и целомудреност невестина оснажила, да би све потпомогло настањивању врлина у њиховом дому, да би се лукавства ђаволска одагнала, а супружници провели живот у радости, уједињени помоћу Божијом.» Св. Јован Златоуст (38,539) у В. Димитријевић, *О браку и породици*, Православна ризница, Београд, 1998, 12. О односу православне цркве према браку и његовој форми види: С. Троицки, *Хришћанска филозофија брака*, Београд, 1934.

²¹ Параграф 60. *Грађански законик за Краљевину Србију: (1844-1990)*, Београд, 1939.

О Српском грађанском законнику види: М. Орлић, „Правна вредност Српског грађанског законика“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика: (1844-1994)*, Београд, 1996;

У нашој предратној књижевности могу се издвојити дефиниције Ж. Перића и Л. Марковића. Према Перићу брак је заједница између два лица разнога пола са сврхом рађања деце и узајамне моралне и материјалне помоћи.²² Док Марковић брак дефинише као потпуну животну заједницу између човека и жене, која је закључена у нарочито законом одређеној форми и која производи одређене правне последице.²³ Најпознатију дефиницију брака у нашем праву дао је Бакић. Према њему „брак је . . . призната и уређена заједница живота једног мушкарца и једне жене, закључена у свечаној форми, по њиховом слободном пристанку, раскидива само у случајевима предвиђеним законом.“²⁴

У већини законодавстава одређивање појма и дефиниције брака изостаје. Узрок томе је чињеница да је брак сложен институт, који се састоји од елемената психолошке, етичке, политичке, економске природе и др. Брак се са једне стране налази под утицајем норми права, а са друге стране, под дејством норми морала.

Наше законодавство спада у ред малобројних законодавстава која садрже законску дефиницију брака. Тако Породични закон Србије дефинише брак као законом уређену заједницу жене и мушкарца.²⁵ Дефиниција брака у ПЗ наглашава начело легалитета (законско уређење брака), начело моногамије (сингуларно наведени субјекти), начело хетеросексуалности (у браку могу да буду само лица супротног пола) и начело консензуса (брак се заснива на слободној изјави воље жене и мушкарца), а као циљ брака наводи се заједница живота.²⁶

Услед сложености садржине брака и његове историјске условљености јављају се многобројне теорије о правној природи брака. Најпознатије су: доктрина римских правника, доктрина о браку - уговору грађанског права, доктрина о браку - уговору јавног права, доктрина о браку - правној установи, доктрина о браку као акту услову и доктрина о браку као друштвеној установи у социјалистичким земљама.²⁷ Упркос разноврсности теорија, три се сматрају основним: уговорна, институционална и мешовита теорија о браку.

У савременом праву брак се обично схвата као јавни статус заснован на интимном односу.²⁸ У теорији се уочава двојна деоба. Један број теоретичара примат даје статусној природи брака, док други у први план истичу лични карактер брака. Они који примат дају статусној природи брака, тврде да држава прописује услове за улазак и излазак из брака као и за престанак брака, па јој у складу са тим следује и улога креатора правила о расподели имовине стечене у браку.²⁹ Они који истичу лични карактер брака у први план стављају приватну аутономију супружника и као последица оваквог схватања јавља се и брачни уговор.

О имовинским односима у најзначајнијој кодификацији српског права види: Сарајевски препис Законоправила Светог Саве из XIV века, (фототипија) Дабар, Добрун, 2015; С., Стјепановић, „Значај Сарајевског преписа Законоправила Светог Саве“, *Зборник радова 1700 година Миланског едикта*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2013.

²² М. Перић, *Лично брачно право по Српском грађанском законнику*, Београд, 1934, 7.

²³ Л. Марковић, *Породично право*, Београд, 1920, 11.

²⁴ В. Бакић, *Породично право*, Београд, 1973, 84.

²⁵ Чл. 3. Породичног закона Републике Србије, *Сл. гласник РС* бр. 18/2005, 72/2011- др. закон и 6/2015.

²⁶ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 47.

²⁷ М. Младеновић, *Породично право*, књига I, Привредна штампа, 1981, I, 211-214.

²⁸ Н. Тешић, „„Љубав на први потпис“ - о неким случајевима ништавости брачних уговора-“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2 (2009), 229.

²⁹ В. Н. Вих, „Premarital Agreement in the ALI Principles of Family Dissolution“, *Duke J. Gender L. & Pol'y* 8/2001, 231.

Уговорна теорија брак посматра као уговор коме се признаје више или мање посебност у односу на појам уговора у грађанском праву. Ово схватање суштином брака сматра сагласност воља двеју породица, односно двеју особа, да закључе брак. Постоје гледишта која сматрају да се овде ради о тространом уговору, код ког се, поред супружника јавља и држава као трећа уговорна страна. Држава овде није учесник, већ посредник пред којим се закључује уговор.³⁰ Схватање брака као уговора има своје корене у учењу римских правника. Суштину брака чинила су узајамна осећања супружника и њихова воља за заједничким животом (*affectio maritalis*). За настанак брака био је довољан *solus consensus*, а за раскид *contrarius consensus*. Даљи развој овог схватања и његово оживљавање дешава се у доба процвата индивидуалистичких начела о правима и слободама у време Француске револуције. Након Француске револуције, афирмацијом слободе уговарања и аутономије воље, јавило се и учење о *браку као уговору грађанског права*. Овакво схватање заступали су Дидро, Монтеѕкје, Волтер и др. Наведено схватање брака своју законску потврду остварује у француском уставу из 1791. године, а схватање брака као уговора задржало се до данас. Француски устав из 1791. године први сврстава брак у уговор, да би након и по узору на Устав 1792. године био донет Закон којим је уведен грађански брак и где се потврђује да је он само обичан уговор. Схватање брака као уговора последица је ставова мислилаца тог времена (нпр. Монтеѕкје, Волтер).³¹

Према институционалној теорији о правној природи брака, брак се одређује не само као уговор већ и као правна установа. Схватање брака као правне институције јавило се као реакција на уговорну концепцију брака. Једна од основних критика уговорној теорији брака јесте да брак своди на приватну ствар појединца. Први је ову концепцију потпуније изложио *Lefevr*.

Идеолошка опредељења одређеног друштва условљавају схватања о браку. Након Другог светског рата код нас је било заступљено наиндивидуалистичко схватање о браку као институцији. Овакво одређење теоретски је обрадио *Lefevr* у расправи под називом *Le mariage sivil n'est-il qu'un contrat*. Према њему, брак је заједница која мора остваривати одређене циљеве, некада опредељене вољом божијом, а у новије време друштвом и државом. У породици која је почивала на оваквом браку ауторитет је био поверен шефу породице који је био одговоран за испуњавање основних породичних функција: биолошка и социјална репродукција и наслеђивање породичног богатства. Интерес појединца у таквој породици био је подређен друштвеним интересима.³²

Закључењем брака брачни другови приступају једној институцији и стварају заједницу која има сопствене интересе, различите од појединачног интереса сваког брачног друга. Брачни другови се тако потчињавају ауторитету власти ради остваривања одређених циљева.³³ Претежно императивни карактер брачних правила свакако да иде у прилог оваквом схватању, као последице које настају његовим престанком, тако да се брак не може третирати као обичан уговор. Међутим све веће јачање индивидуалних слобода појединца у великој мери доводи до деинституционализације брака и његовом свођењу на обични уговор грађанског права.³⁴

³⁰ М. Ј. Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд, 1995, 70.

³¹ З. Поњавић, „Брачни уговор“, *Анали Правног факултета*, бр. 5/1995, 520.

³² *Ibid.*, 520.

³³ М. Ј. Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд, 1995, 71.

³⁴ Брачно право има статусне и уговорне елементе. У двадесетом веку се удаљило од статусног појма ка уговорном. Амерички Врховни суд је 1888. констатовао да док се други уговори могу изменити у браку се однос који је створен између страна не може мењати. С. Weisbrod, „The Way We Live Now: A Discussion of Contracts and Domestic

Компромисна решења се у праву (а и у животу) често примењују јер екстреми свакако наносе штету једној страни, или обема. Тако, несугласности између уговорне и институционалне концепције превазилазе се једним компромисним схватањем које је *Pufendorf* изложио у делу *De iure Nature et Gentium*. Према овој концепцији брак се има сматрати институтом али и уговором. Ова концепција је данас широко прихваћена.

Како је брак специфична и сложена појава немогуће га је једнострано одредити. Институционално и уговорно схватање нису погрешни, али су недовољни да одреде правну природу брака. Како се уговорна и институционална теорија међусобно суштински не искључују оне могу и морају да се допуњују. Гледано са тачке уговорне теорије брак се посматра као уговор, али уговор посебне врсте. Како држава прописује услове за закључење ради се о уговору по приступу. Слобода лица која ступају у брак се састоји у избору да се брак закључи или да се не закључи, али када се брак закључи важе норме закона, претежно императивне природе. Иако императивноправне, одликују се специфичношћу условљеном самом природом брака. Тако непоштовање датих норми не повлачи директну санкцију, што овим правним нормама даје изглед моралних норми. Модерни погледи на брак, све већа индивидуализација односа и права унутар односа доводи до појаве све већег броја диспозитивних норми. Општа тежња ка демократизацији друштва има свој одраз и на институт брака. Тако, све се више афирмише, макар формалноправно, слобода човека како у погледу закључења брака, тако и у његовом трајању и развргнућу.

Оно што је заједничко свакој од представљених концепција јесте да сагласност воља жене и мушкарца улази у основу настанка брака. У основи брака увек се налази изражена сагласност воља жене и мушкарца, што брак чини уговором, али „посебне врсте“. Са хришћанског становишта брак настаје вољом супружника, али он истовремено представља и свету тајну. Овакво схватање је наиндивидуалистичко. Без сагласности воља нема брака па чак и када жена и мушкарац живе заједно и понашају се као да су муж и жена. Ово је изричито наведено и у члану 146. *Code Civil* „il n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a pas de consentment“.³⁵

Концепција о браку као уговору код нас је широко прихваћена.³⁶ Брак се схвата као један уговорни статус. Жена и мушкарац сагласном изјавом воља (уговором), уз суделовање

Arrangements,” *Utah Law Review* 2, 1994, 777–815, 779–80 наведено према Е. Brake, „Minimal Marriage: „What Political Liberalism Implies for Marriage Law“, *Ethics*, Vol. 120, no. 2 (January 2010), The University of Chicago Press, 308. Brake наводи да је брак „аномални“ уговор јер не постоји писани документ којим се свака страна одриче права на самозаштиту, не може се поново преговарати о условима уговора, ниједна страна не мора разумети његове услове, мора бити између две и само две особе, а ове две особе морају бити један мушкарац и једна жена. W. Kymlicka, “Rethinking the Family,” *Philosophy & Public Affairs*, 20, 1991, 88. наведено према: Е. Brake, „Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law“, *Ethics*, vol. 120, no. 2, January 2010, The University of Chicago Press, 308. Ове аномалије одражавају статусне елементе: претпоставља се да су услови везе дати друштвеном конвенцијом. Иако су рани аргументи за контрактуализацију брака имали за циљ већу индивидуализацију и флексибилност у браку, ова линија размишљања, према мишљењу Brake тежи ка његовом укидању као законске категорије. Да је брак потпуно асимилуван уговором, не би остали никакви препознатљиви статусни елементи који би га означили као правну категорију. Е. Brake, „Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law“, *Ethics*, vol. 120, no. 2 (January 2010), The University of Chicago Press, 308.

Рани заговорник контрактуализације брака био је L. Weitzman, “Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change,” *California Law Review*, vol. 62, 1974, 1169–1278. Weitzman наводи да је брачни уговор исто као и сваки други уговор: његове одредбе су обично непознате „уговорним странама“, санкције за њихово непоштовање им обично нису познате, као и услови важења самог уговора. *Ibid.*, 1170.

³⁵ Чл. 146. *Code Civil*.

³⁶ З. Поњавић, „Брачни уговор“, *Анали Правног факултета*, бр. 5/1995, 522.

представника јавне власти, приступају једној друштвеној установи која је уређена, по правилу императивним нормама.³⁷

У породично-правној литератури доминантно је схватање брака као специјалног уговора.³⁸ Иако на први поглед ова два правна феномена „звуче“ слично, она то нису. Брачни уговор је условљен постојањем, односно закључењем брака. Грађанскоправно посматрано брак јесте уговор, али специфичан, њим се форсира романтични, лирски елемент хабитуса физичког лица, док брачни уговор форсира реални, рационални елемент у физичким лицима.³⁹ Брак није друштво за узајамно дивљење или срећни егоизам у двоје, већ одрицање од сопствене појединачности ради постизања богатије и нове личности.⁴⁰

У последње време могу се чути све радикалнији приступи институту брака који обесмишљавају његово постојање идући до те мере у његовој негацији да га посматрају као друштвено штетну појаву, извор разноврсних дискриминација и злоупотреба. Ове негације института брака и предлози за његовим редефинисањем, у неким случајевима се не заустављају на предлогу озакоњења хомосексуалних бракова, већ иду и даље захтевима за признавањем „Бостонских бракова“⁴¹, „минималног брака“⁴², озакоњењем полигамије и др.⁴³

2. 2. Појам брачног имовинског права

Имовински односи супружника одређени су природом и сврхом брака. Брак, као заједницу живота, прате имовински односи супружника. Питање имовине супружника јесте неизоставна компонента брака. За функционисање сваке заједнице потребно је обезбеђење одређених материјалних средстава. Материјална основа брачне заједнице обезбеђује се из заједничке имовине супружника, као и из посебне имовине једног или оба супружника. У

³⁷ В. Бакић, «Правна концепција брака», *Реформа породичног законодавства*, Београд, 1971, 282.

Lady Hale у случају *Radmacher v Granatino* наводи да је брак свакако уговор, у смислу да свака страна мора да се сагласи са његовим закључењем и када лица у њега уђу надаље су обавезана правним последицама које се везују за његово закључење. Али он није само уговор већ је и статус, што значи две ствари. Прво, стране нису потпуно слободне да одлуче о свим правним последицама за себе саме. Закључивањем брака оне улазе у пакет прописа који одређена земља везује за брак. Друго, њихов брак има правне последице по друга лица као и по државу. Она закључује да данас постоје одређене слободе и флексибилност унутар брака, али да постоји и неизмењиви (несмањиви) минимум. Под тим минимумом *Lady Hale* сматра обавезу међусобног издржавања супружника као и њихове деце. *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*, 2009 EWCA Civ 649, 2010 UKSC 42, par. 132, 45. , <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0031-judgment.pdf>.

³⁸ С. Панов, „Предмет брачног уговора“, *Правни живот*, бр. 10/2009, 891.

³⁹ *Ibid.*, 891.

⁴⁰ *Православни брак и породица*, Светигора, Цетиње, 2000, 322, 11-32 и 323.

⁴¹ „Бостонски брак“ је појам који се појавио крајем 19. века. Означавало је кохабитацију две богате жене, финансијски независне од мушкараца, док је у тој композицији „романтични моменат“ могао да постоји те би ту врсту заједница данас сврставали у лезбејске, док је било и оних у којима тог елемента није било. <https://www.npr.gov/articles/000/boston-marriages.htm>, 20. 6. 2020.

⁴² О „minimal marriage“ види: Е. Brake, „Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law“, *Ethics*, Vol. 120, no. 2 (January 2010), The University of Chicago Press, 302-337.

⁴³ О деморализацији брака, о штетној привилегији хетеросексуалних партнера, као и о либералном брачном законодавству види: Е. Brake, *Minimizing Marriage: Marriage, Morality and the Law*, Published to Oxford Scholarship Online: May 2012, 3. 10. 2010.

задовољењу свакодневних имовинских потреба, поводом коришћења, управљања и располагања имовином супружници ступају у низ разноврсних односа.⁴⁴

Правне норме које регулишу имовинске односе супружника чине брачно имовинско право, односно брачни имовински режим.⁴⁵ Како имовински односи настају поводом брака, они се доста разликују од односа осталих правних субјеката у имовинском праву. Брак је специфичан правни институт чије особине имају значајан утицај на особине имовинских односа у њему. Те специфичности су разлог да брачни имовински режим представља део брачног права. Овај правни режим се односи искључиво на лица која се налазе у браку, а индивидуални интереси који обично одређују одређени имовинскоправни однос, у овом случају су замењени интересима брака односно заједнице живота у браку.

Брачни имовински режим је део правног система. Сачињавају га правне норме које уређују имовинске односе које проистичу из брака. На тај начин се брачни имовински режим поистовећује са брачним имовинским правом.⁴⁶ Брачни имовински режим садржи у себи елементе брачног и имовинског права те га чине правне норме брачног и имовинског права.

Због своје специфичности, односно додиром са породичним, али и имовинским правом, често се поставља питање места брачног имовинског права. Због тога што су имовински односи супружника у функцији брака, брачно имовинско право се сматра делом породичног права. На имовинске односе супружника примењују се и правила имовинског права, али границе примене тих правила су одређене правним правилима брачног права. Брачно имовинско право представља синтезу брачног и имовинског права, с тим да му брачно право даје посебан печат услед чега се разликује од општег имовинског права.⁴⁷ Искључива примена породичноправног законодавства не би била довољна да се уреде сва питања која настају у имовинским односима супружника.⁴⁸ На питања која нису посебно регулисана породичноправним прописима, примењују се општа правила имовинског права. Прописи породичног права су *lex specialis*, а прописи имовинског права (облигационог и стварног права) су *lex generalis*.

Брачно имовинско право можемо посматрати у ширем и у ужем смислу. Ако посматрамо породичноправна правила којима су регулисани имовински односи супружника брачно имовинско право можемо дефинисати као скуп правних правила породичног права којима су регулисана имовинска дејства брака. Са друге стране, ако узмемо у обзир да се на имовинске односе супружника симултано примењују и општа правила имовинског права, брачно имовинско право можемо дефинисати као скуп правних прописа којима се уређују имовински односи лица везаних браком.⁴⁹

У току трајања брака, супружници ступају и у имовинске односе са трећим лицима. Зависно од тога да ли они ступају у имовинске односе са трећим лицима као самостални субјекти у своје име и поводом своје посебне имовине, или као један од супружника, у име оба супружника, долазиће до примене општег имовинског режима или до примене брачног имовинског режима. Општи имовински режим ће се примењивати уколико један од супружника

⁴⁴ Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Институт за социјалну политику Београд, Београд, 1982, 25.

⁴⁵ *Ibid.*, 25.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, 27.

⁴⁸ Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 28.

⁴⁹ *Ibid.*, 29.

ступа у одређени имовински однос у своје име, поводом своје посебне имовине. Уколико такво лице ступа у имовински однос са трећим лицем, у циљу задовољавања одређених потреба заједнице живота у браку, тада се примењују правила брачног имовинског права. Тако, под одређеним условима, брачни имовински режим регулише и имовинске односе супружника са трећим лицима. Стога, под брачним имовинским режимом подразумевамо правна правила која регулишу како међусобне имовинске односе супружника, тако и имовинске односе супружника са трећим лицима поводом брачне заједнице.⁵⁰

Овлашћења и обавезе које проистичу из породичних имовинских права, по правилу, не могу се преносити на друга лица јер су везана за личност, место и улогу одређеног лица у браку и породици, нису обухваћени општим имовинским режимом, тј. не представљају типичне имовинске односе, већ се налазе на периферији имовинског права као посебна гранична област.⁵¹

2. 3. Имовина као средиште брачног имовинског режима (заједничка својина и остали облици својине са више титулара)

У обради теме брачног уговора, често се помиње појам имовине, имовинског односа, те је потребно, макар у кратким цртама, обрадити централни појам имовинског права и предмет брачног уговора - имовину.

Имовина је један од основних појмова грађанског права и уско је повезана са појмом лица у грађанском праву. Цео правни промет између лица у праву обавља се кроз имовину, док се санкција грађанских права остварује у имовинској маси. Баш ова околност чини грађанска права имовинским правима.⁵²

У правној теорији постоје велика неслагања о скоро свим питањима везаним за имовину.⁵³ Један број правних теоретичара је не спомиње,⁵⁴ други је сматрају важном и у одређеној мери је обрађују, док је трећа група сматра „основном категоријом грађанског права“.⁵⁵ Оваква разноликост у разумевању и обради теме имовине оправдава тврдњу да је она један од најтежих и најнеразумљивијих категорија имовинског права.⁵⁶ Имовина се често меша са својином, па чак и са ствари на коју се својина односи.⁵⁷

Институт имовине био је познат још у римском праву,⁵⁸ али се учење о имовини почело интензивно изучавати током деветнаестог века након што су француски теоретичари *Aubrey* и

⁵⁰ А. Гамс, *Брачно и породично имовинско право*, Београд, 1966, 1.

⁵¹ А. Гамс, Љ. Ђуровић, *Брачно и породично имовинско право*, Савремена администрација, Београд, 1985, 5.

⁵² А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд, 1970, 162.

⁵³ О. Станковић, *Увод у грађанско право*, треће измењено и допуњено издање, Номос, Београд, 1996, 141.

⁵⁴ Тако нпр. Л. Марковић, у *Грађанско право*, друго издање, Београд, 1927.

⁵⁵ Тако А. Гамс, «Својина и имовина», *Анали Правног факултета у Београду*, 1/1953, Београд, 17.

⁵⁶ М. Ведриш, П. Кларић, *Основе имовинског права*, Загреб, 1983, 79.

⁵⁷ А. Гамс, *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд, 1970, 166.

⁵⁸ О имовини (*bona*) у римском праву види више: Д. Стојчевић, *Римско приватно право*, Научна књига, Београд, 1966, 105. О брачним давања у историји види: В. , Станимировић, *Брак и брачна давања у историји*, Београд, 2006.

Rau створили класичну или субјективистичку теорију о имовини. Савремени концепт имовине заснован је на класичној теорији, а делимично и на њеним критикама.⁵⁹

Недовољна одређеност појам имовине у великим грађанским кодификацијама деветнаестог века отворила је врата развоју теорије имовине.⁶⁰ *Aubrey* и *Rau* су сматрали да имовина произилази из субјективитета, јер су објекти који чине имовину субјекта подвргнути вољи, односно власти субјекта којем та имовина припада.⁶¹ Из тих разлога се ова теорија назива још и субјективистичка.⁶² Према класичној теорији имовину могу имати само правни субјекти (физичка и правна лица). Ова теорија прави разлику између имовине неког субјекта и појединих права и обавеза која улазе у састав имовине. Разликовање је битно јер су права и обавезе које чине имовину преносива, док је имовина као таква непреносива јер је чврсто везана за личност (субјекта). Услед разликовања имовине од њеног садржаја према класичној теорији могуће је да једно лице има имовину иако нема ни права ни обавезе, а да поседује имовину.⁶³ Крајњи резултат поистовећивања имовине са субјектом доводи до тога да се имовина поистовећује са правном способношћу, чинећи сам појам имовине сувишним. Класична теорија у себи садржи још једну недоследност. Наиме, *Aubrey* и *Rau* су сматрали да на имовини може да постоји право власништва које је преносиво, а имовину саму одређују као непреносиву.⁶⁴

На критикама субјективистичке теорије настаје нова, објективна теорија имовине (теорија циља или намене). Заступници објективне теорије имовине су допуштали одступања од јединствености имовине, било кроз оснивање новог правног субјекта, било кроз посебне фондове унутар имовине неког правног субјекта. Фондови служе посебној правној намени, за које важи посебни правни режим (тзв. имовински фондови у јединственој имовини).⁶⁵

Оснивачи класичне теорије имовине сматрали су да носилац имовине на самој имовини има право својине, за разлику од других стварних права која не могу постојати на имовини.⁶⁶

⁵⁹ С. Никшић, «Имовина у грађанском праву», *Зборник ПФЗ*, 62, (5-6), 2012, 1599.

⁶⁰ R. A. Macdonald, "Reconceiving the Symbols of Property: Universalities, Interests and Other Heresies", *McGill Law Journal*, Vol. 39, 1994, , 769 – 770.

У Општем имовинском закону за Књажевину Црну Гору, Валтазар Богишић на изванредан начин, у члану 15. под насловом *О имовини и њеној заштити* имовину дефинише као: „Све што год пролази међу људима те има какву имовинску вриједност: ствари непокретне (802-806) и покретне (807), свакојака права у ствари укоријењена, права на чије дјело и радњу: све може бити у свачијем имању, те прелазити слободно из једног имања у друго, у колико природа, закон или благонравије не забрањује или не стеже чему трговину и саобраћај“, В. Богишић, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Подгорица, 2004, 12.

⁶¹ С. Никшић, «Имовина у грађанском праву», *Зборник ПФЗ*, 62, (5-6), 2012, 1607.

⁶² Основне поставке субјективистичке теорије су: само правни субјекти могу имати имовину; сви субјекти имају имовину, чак ако им у одређеном тренутку не припада ниједна ствар односно друго право; сваки правни субјект има само једну имовину, из чега произилази да је имовина јединствена (неделива), *Ibid.*, 1608.

⁶³ Према Гамсу, схватање класичне теорије да неко лице може имати имовину иако нема никаква потраживања ни обавезе је нетачно и резултат је погрешне полазне премисе да се појам имовине изводи из појма субјективитета, а не да се и имовина и субјективитет изводе из економске основе, из робних односа. *Aubrey* и *Rau* мешају појам имовине са појмом правне способности. Више види: А. Гамс, *Увод у грађанско право*, Научна књига, Београд, 1970, 163.

⁶⁴ Детаљније о класичној теорији имовине види код: С. Никшић, „Имовина у грађанском праву“, *Зборник ПФЗ*, 62, (5-6), 2012, 1607- 1613.

⁶⁵ А. Гамс, *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд, 1970.

⁶⁶ С. Никшић, „Имовина у грађанском праву“, *Зборник ПФЗ*, 62, (5-6), 2012, 1613.

Појам имовине и својине често се међусобно преплићу и не подвлачи се јасна граница међу њима. Мешање појма својине и имовине указује да се у промету често не прави разлика између субјективних права и објекта на која се та права односе. Тако у Аустријском Грађанском законнику имовина се одређује у параграфу 353. У њему се својина у објективном смислу (у ширем смислу) одређује као све оно што неком припада, све његове телесне и бестелесне ствари. Право својине је субјективно грађанско право, док је имовина скуп имовинских права и обавеза који припадају једном субјекту, где поред апсолутних (стварних) права спадају и облигациона (тражбена) права, као и имовинске обавезе.⁶⁷ Будући да идеја имовине непосредно извире из идеје личности, сва добра (објекти) која улазе у имовину потчињена су слободном одлучивању исте воље и деловању исте правне моћи чинећи једну правну целину.⁶⁸ У том смислу, када је реч о предмету брачног уговора, чини се да је прецизније и термилошки примереније рећи да предмет брачног уговора чине *легитимни имовински интереси супружника*.⁶⁹

Непреносивост имовине као целине била је мотивисана заштитом трећих лица која би евентуалним таквим поступком могла бити оштећена. Настанком задовољавајуће заштите трећих лица у упоредном праву, као и код нас, располагање целокупном имовином је могуће. Наш Закон о облигационим односима у члану који се бави приступањем дугу у случајевима примања неке имовинске целине прописује да лице на које на основу уговора пређе нека имовинска целина физичког или правног лица, или један део те целине, одговара за дугове који се односе на ту целину, односно на њен један део, поред дотадашњег имаоца и солидарно са њим, али до вредности њене активе.⁷⁰

Имовина је вишезначан појам због чега ју је тешко на општи начин законски дефинисати, те је од изузетне важности што потпуније теоретски је одредити. Различити прописи, зависно од своје потребе и намене, дефинишу поједине елементе појма имовине. У нашем правном систему не постоји јединствена и потпуна дефиниција имовине.⁷¹ Појам имовине се понавља у различитим прописима како приватног тако и јавног права, с тим да законодавац није доследан у употреби тог термина, што потенцијално доводи до потешкоћа у примени правних правила која се ослањају на појам имовине.⁷²

Имовина може бити објект субјективних грађанских права, као и објект чинидбе код појединих уговора.

У погледу састава имовине постоје два схватања.

⁶⁷ Видет: А. Gams, Lj. Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1994, 128-135. Исто и код О. Свејић-Јанчић, *Porodično pravo*, Novi Sad, 2009, 136.

⁶⁸ Видети: О. Stanković, V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1996, 142.

⁶⁹ О. Јовић, „Брачни уговор *versus* законског имовинског режима“, *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 9 (2011), 310.

⁷⁰ Чл. 452. Закона о облигационим односима, *Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003 и *Сл. Гласник РС*, бр. 18/2020.

⁷¹ Наше законодавство није овом изузетак. Појам имовине у аустријском Општем грађанском законнику изведен је из законске дефиниције власништва (параграф 353. ABGB- све што неком припада, све његове телесне и бестелесне ствари чине његово власништво у објективном смислу). Такође, у немачком Грађанском законнику постоје одредбе о саставу имовине, али се оне не односе на општи појам имовине (параграф 1374 и 1375.)

⁷² С. Никшић, Имовина у грађанском праву, *Зборник ПФЗ*, 62, (5-6), 2012, 1601.

По једном, класичном и раширенијем становишту имовину чине права која сачињавају активу и обавезе које представљају пасиву у имовини и ово схватање одговара широко прихваћеном становишту наше правне књижевности.⁷³ Када је пасива већа од активе каже се да је субјект презадужен (што не мора значити да је инсолвентан). Према овом схватању општу имовину карактерише променљивост њеног састава. Поједини састојци имовине могу излазити из њеног састава, други могу улазити, а да она као таква остаје непромењена. Имовина може постојати чак и ако субјект има само обавезе.

У теорији се поставило питање основа за овакву способност имовине да остаје непромењена без обзира на промену њеног састава. Поједини писци су ову променљивост објашњавали феноменом реалне суброгације у праву, док су други истицали да је ова променљивост доста шири и то у два правца: прво је да се дешава да на место ишчезлог састојка не ступа други, и друго, да у имовину улазе и вредности које не воде порекло од неког састојка имовине који је ишчезао (поклон, наслеђе. . .).⁷⁴

Општа имовина показује укупан економски потенцијал одређеног лица. С обзиром да општа имовина као целина нема неку посебну намену, за њу не важни ни посебни правни режим. Општа имовина нема посебно правно значење као што га имају уже имовинскоправне целине које се формирају унутар опште имовине. Овакве мање целине унутар опште имовине називају се фондови (нпр. заоставштина, имовина малолетника-она којом може самостално да располаже и она којом не може; имовина лица у браку-посебна и заједничка;).

По другом, схватању имовина се састоји од права, а обавезе су терет на имовини.⁷⁵ Гамс дефинише имовину⁷⁶ као скуп права која једном лицу припадају.⁷⁷ Све ствари које сачињавају предмет имовине као целине односно предмет права која сачињавају имовину, називају се имовинском масом.⁷⁸ Имовинска маса је правнотехнички термин за економска добра која припадају једном лицу. Појам имовине повезује грађанско право са својом економском базом.⁷⁹ Према класичном схватању имовина се дели на активу и пасиву. Активу сачињавају права, а пасиву обавезе. Поред овлашћења из облигационог права, у активну улазе и стварна и друга апсолутна права, док у пасиву улазе само обавезе из облигационих права.⁸⁰ Гамс истиче

⁷³ У нашој правној књижевности, имовина се обично дефинише као скуп имовинских права и обавеза једног лица, физичког или правног. Тако на пример у: *Правна енциклопедија бр. 1*, Савремена администрација, Београд, 1989, 471.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Види А. Гамс, *Увод у грађанско право, општи део*, Научна књига, Београд, 1970, 159- 166.

⁷⁶ У једном од својих радова излаже и уже схватање опште имовине као скупа релативних (облигационих) права и обавеза, не сврставајући у имовину право својине и друга апсолутна права и баш као такву, као правнотехнички појам, сматра најкарактеристичнијим појмом грађанског права. Види у: А. Гамс, «Својина и имовина», *Анали Правног факултета у Београду*, 1/1953, 25.

⁷⁷ «У имовину не улазе сва права већ само грађанска субјективна права; неграђанска лична права, политичка права (нпр. право на част, бирачко право...) не улазе у имовину. Грађанска права су истоветна са правима која сачињавају имовину. А грађанска или имовинска права су она чији је предмет, посредни или непосредни, ствар. Сва права која сачињавају имовину односе се на ствари, тј. у крајњој линији на економска добра. “ *Ibid.*, 159.

⁷⁸ Имовинска маса се састоји од одређених ствари које се могу свести на новац. Чињеница да се све ствари у имовинској маси могу свести на новац, омогућава правни промет који иде упредно са економским прометом. Економским прометом преносе се са једног лица на друго лице економска добра - робе. Правним прометом преносе се права на тим добрима, првенствено стварно право. Средство правног промета, право којим се тај пренос остварује, јесте облигационо право. *Ibid.*, 159.

⁷⁹ *Ibid.*, 159.

⁸⁰ *Ibid.*, 160.

привидну противречност у наведеном концепту јер се једна ствар јавља у имовини једног лица као актива, а у другој као пасива. Противречност је само привидна и настала је према Гамсовом схватању због недовољног разликовања апсолутних и релативних права. Он наводи да овлашћења из апсолутних и релативних права не можемо свести у исту категорију активе. Актива и пасива не постоје у имовини него у имовинској маси јер у имовини постоје само права и обавезе. Облигационом праву из једне имовине одговара облигациона обавеза из друге имовине, док овлашћењима из стварних права не одговара обавеза у другој имовини. Актива и пасива постоји само у имовинској маси и Гамс то сматра економским, а не правним појмом. Када предмете имовинских права⁸¹ односно обавеза сведемо на њихов крајњи, новчани израз, добијамо активу и пасиву.

У обради ове теме, представили смо разне теоријске погледе на појам имовине. Како је имовина сложен појам, разне дефиниције могу се посматрати као покушај да се осветле одређени аспекти саме појаве, јер ју је као целину тешко у потпуности сагледати. Због тога је тешко одређено становиште прогласити више тачним од неког другог, јер свако има неко своје оправдање у изузетно сложенем појму имовине. За потребе анализе садржине брачног уговора и разграничења између имовине и својине (посебно заједничке и сусвојине) ми ћемо имовину посматрати као скуп права која припадају одређеном лицу.

У оквиру овог дела рада анализираћемо у кратким цртама и заједничку својину, као законску категорију нашег породичног права, уз осврт на сусвојину (као „скривену“ законску категорију). Потреба за обрадом, у првом реду, заједничке својине након излагања о појму имовине, произилази из честог мешања појма имовине и својине и њиховог поистовећивања. Најважније право које улази у заједничку имовину је право заједничке својине, као стварно право на стварима које чине предмет заједничке имовине.⁸²

Имовина представља скуп права која припадају једном лицу. Ту поред права својине долазе и друга стварна и уопште апсолутна права, као и облигациона права. Својина је само једно од грађанских права која улазе у имовину.

Недовољна разграниченост појма имовине и својине јасно се очитује у члану 176. Породичног закона Србије⁸³ који обрађује питање уписа у регистар права на непокретностима. У овом члану се наводи да се сматра да су супружници извршили деобу заједничке имовине⁸⁴ ако су у јавни регистар права на непокретностима уписана оба супружника као сувласници на опредељеним уделима. Наведени члан се бави стварноправном проблематиком и уписом непокретности у јавни регистар. Када говоримо о непокретностима налазимо се на пољу стварних права, односно права својине. Како је могуће извршити деобу заједничке имовине, у коју поред права својине могу улазити и многа друга, како апсолутна тако и релативна права? Јасно је да то није могуће и да је овде на погрешан начин употребљен појам имовине. Да би наведени члан био јасан и терминиолошки и теоријски тачан, по нашем мишљењу, наведени члан би требао да гласи да се сматра да су супружници извршили деобу заједничке својине, у заједничкој имовини, ако су у јавни регистар права на непокретностима уписана оба супружника као сувласници на опредељеним уделима.

⁸¹ Имовинска маса је скуп свих предмета права и обавеза. Када од активе одбијемо пасиву добијамо чисту имовинску масу, а не чисту имовину, јер је имовина скуп права и обавеза, а не економских добара. *Ibid.*, 162.

⁸² Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 170.

⁸³ Чл. 176, Породични закон РС, *Службени гласник Републике Србије* бр. 18/05, 72/11 и 6/15.

⁸⁴ Подвукла ауторка.

Својина са множином субјеката постоји када на истој ствари више лица имају својинска овлашћења. Својина са множином субјеката јавља се у виду заједничке својине, сусвојине и етажне својине. У овом делу рада ми ћемо истаћи основне црте заједничке својине и сусвојине, њихове предности и недостатке, док етажну својину нећемо обрађивати јер нам у овом раду није од одсутног значаја за разумевање предмета рада.

Сусвојина и заједничка својина⁸⁵ имају заједничке особине које су условљене чињеницом да обе представљају облике својине са множином овлашћеника, али имају и значајне разлике.⁸⁶

Заједничка својина је право својине које имају два или више лица (заједничара) на истој ствари, али тако да њихови удели нису одређени, па се сходно томе њима не може располагати док траје режим заједничке својине.⁸⁷ Удели заједничара нису одређени (ни идеално ни реално), те се заједничка својина разликује од сусвојине (делови сувласника су одређени и њима се идеалним делом може располагати). Сусвојина постоји када два или више лица имају право својине на истој ствари, сваки према свом уделу.⁸⁸ Сувласник има право на аликвотни део одређене целине. Удели сувласника су одређени или одредиви⁸⁹ и они не представљају материјални део ствари јер се право сувласника протеже на целу ствар и на све њене делове.

У породичном праву заједничка својина се јавља у брачној и ванбрачној заједници, као и у породичној заједници.⁹⁰

Заједничка својина супружника⁹¹ постоји само на предметима имовине који су стечени радом супружника током трајања заједнице живота у браку. Предмети у заједничкој својини чине основ економског функционисања брачне заједнице. Субјекти заједничке својине су супружници и друга лица не могу бити њени носиоци. Основна карактеристика заједничке својине супружника је у томе што она може настати у односима између законом одређених лица и на стварима стеченим радом тих лица.⁹² Носиоци права заједничке својине повезани су специфичном везом, браком, који опредељује особености ове врсте својине. Лични односи супружника претходе економским односима и у функцији су личних односа.

Право заједничке својине супружника је јединствено. Супружници су заједнички носиоци јединственог права заједничке својине. Садржина својинских овлашћења припада

⁸⁵ О предностима заједничке својине и о опредељивању имовинског система који више погодује родној равноправности у браку више види код: М. Повлакић, С. Мезетовић Медић, «Уређење имовинских односа брачних и ванбрачних партнера на некретнинама и родна равноправност», *Зборник радова Дани породичног права «Имовинскоправни аспекти породичних односа»*, Мостар, 2018, 49-54.

⁸⁶ Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 170.

⁸⁷ О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, девето издање, Номос, Београд, 2014, 161.

⁸⁸ *Ibid.*, 143.

⁸⁹ Ако нешто друго није одређено претпоставка је да су удели сувласника једнаки. Чл. 13. Закона о основама својинскоправних односа Србије, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон.

⁹⁰ Заједничка својина се јавља и у наследном праву и на заједничким деловима зграде. Наследно право уређује заједничку својину санаследника на стварима у заоставштини до деобе наследства. Види чл. 229. Закон о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015. Закон о основама својинскоправних односа предвиђа да на заједничким деловима зграде и уређајима у згради власници посебних делова зграде имају право заједничке недељиве својине. Чл. 19, ст. 2, Закон о основама својинскоправних односа, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон.

⁹¹ Више види: С. Панов, „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 1-3/1998.

⁹² Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 171.

супружницима као заједници и она није подељена ни по обиму ни по врсти овлаштења. С обзиром на то да право једног супружника у заједничкој својини није опредељено, оно не може бити предмет располагања и оптерећења, већ је у целости интегрисано са правом на заједничкој својини другог супружника.⁹³

Заједничка својина, као начин уређења имовинских односа у браку, погодује природи брака.⁹⁴ Да би имовинска заједница која проистиче из заједничке својине супружника функционисала, и да би се одлуке о управљању и располагању доносиле једногласно, супружници морају имати усаглашену вољу. Законским предвиђањем овог режима настоји се погодovati браку као трајној заједници живота. Брак је заједница у којој се остварују заједнички циљеви и интереси. У складу са тим циљем наш законодавац је предвидео режим за чије функционисање је неопходна једногласност у одлучивању и поступању, што би требала и бити особеност брачне заједнице. Заједничка својина од супружника захтева јединство.

Заједничка својина није искључиво стварноправна категорија као што је то сусвојина. Носиоце права заједничке својине карактерише постојање примарног, личног односа, брака, секундарни однос, однос настао поводом имовине само је последица примарног односа. Сувласници су лица које повезује искључиво однос сусвојине и то је њихова прва правна веза. Можемо рећи да је заједничка својина надградња и својине и сусвојине јер је карактерише још један квалитет а то је примарна лична веза носилаца права заједничке својине. Како је заједничка својина надградња личне везе супружника, она је и временски ограничена на трајање брака. Нестанком брачне везе заједничка својина губи облик јединства и поларизује се око независних субјеката.⁹⁵

У случају незакључења брачног уговора Породични закон Србије предвиђа претпоставку заједничке имовине.⁹⁶ Наш законодавац се определио за заједничку својину, а не за сусвојину,⁹⁷ у погледу уређења имовинских односа током трајања брачне заједнице живота. Оваквим опредељењем законодавац је настојао да искористи све погодности који режим заједничке својине пружа у погледу регулисања имовинских односа супружника. Иако законодавац у уређењу имовинских односа супружника предвиђа заједничку својину, он истовремено наводи и да је законска претпоставка једнаких делова у заједничкој имовини.⁹⁸ Законодавац је имао на уму и непожељне, али могуће, животне ситуације престанка заједнице живота у браку и потенцијалних сукоба насталих развргнућем личне па следствено томе и имовинске заједнице

⁹³ Супружници могу имати и право сусвојине на одређеној ствари. Како је право сусвојине одређено оно улази у посебну имовину сваког имаоца.

⁹⁴ Институт заједничке својине у браку доприноси заштити брачног мира и породичне хармоније. Заједничка имовина делује тако да правно неутрализује власнички нагон у браку, који може да буде узрок и увод у брачно несугласје. Привремено се не поставља питање власништва добара која се стекну током брака. С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 345.

⁹⁵ Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 172.

⁹⁶ Чл. 171, Породичног закона.

⁹⁷ Законска претпоставка у хрватском праву јесте сусвојина. Према чл. 36. ст. 3. Обитељског закона ако нису другачије уговорили, брачни другови су у једнаким деловима сувласници брачне стечевине. Како Обитељски закон предвиђа да су идеални удели сваког од супружника у брачној стечевини једнаки, брачна тековина је по својој природи сусвојина. Видети: Обитељски закон Хрватске, „Народне новине“ бр. 116/2003, пречишћени текст НН 103/15, 98/19, на снази од 1. 1. 2020., <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>., 31. 1. 2020. О престанку сувласничке заједнице у види: А., Maganić, „Razvrgnuće suvlasničke zajednice“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1 (2008), Rijeka, 2008.

⁹⁸ Чл. 180. ст. 2. Породичног закона.

супружника. Предвиђањем претпоставке једнаких делова наш законодавац је успоставио прикривену сусвојину.⁹⁹ Породични закон предвиђа да у случају судске деобе важи оборива претпоставка једнаких удела. На тај начин законодавац узима најбоље из оба режима и комбинује на прави начин, у првом реду штитећи институт брака, а у другом кораку, у случају престанка истог, интересе оба супружника. На основу свега наведеног може се закључити да је код нас законска претпоставка заједничке својине супружника током трајања брака, а да је режим сусвојине латентно присутан у случају деобе заједничке имовине током брака, као и по његовом окончању. На овај начин ми смо кроз законодавство инкорпорирали добре стране како једног тако и другог облика својине, уподобљавајући их потребама брачне заједнице.

⁹⁹ Према ЗБПО Србије, удели супружника у заједничкој имовини нису били одређени, али су на основу законског критеријума о доприносу у стицању те имовине били одредиви. После решења у новом ПЗ Србије са претпоставком једнаких удела супружника у заједничкој имовини, основано се поставља питање тачности законског титулисања овог дела имовине супружника као заједничке имовине. Можда је тачније да као опозит законском термину посебне имовине супружника стоји брачна сусвојина (као оборива правна претпоставка), а не заједничка имовина. С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 329.

3. МОДЕЛИ УРЕЂЕЊА ИМОВИНСКИХ ОДНОСА

3. 1. Решење позитивног права у Републици Србији

Породични закон Србије познаје два брачно-имовинска режима: *законски* режим посебне и заједничке имовине супружника, и *уговорни* имовински режим.

Законски имовински режим обухвата режим посебне имовине и режим заједничке имовине.¹⁰⁰ Заједничка имовина је законска претпоставка.¹⁰¹

3. 1. 1. Заједничка имовина¹⁰²

3. 1. 1. 1. Појам заједничке имовине

Породични закон дефинише заједничку имовину као имовину коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку.¹⁰³ Законски појам заједничке имовине одређују два кључна појма: рад и заједница живота у браку.

¹⁰⁰ У упоредном праву законски имовински режими супружника су: режим заједничке имовине (као преовлађујући), режим одложене заједничке имовине (односно режим заједнице приноса или имовинске заједнице) и режим посебне имовине. Г. Ковачек Станић, *Породично право: партнерско, дејче и старатељско право*, Нови Сад, 2014, 122.

Common law не познаје праве брачне имовинске режиме, те нема посебан законски одређен брачни имовински режим. Од доношења Married Women's Property Act из 1882, брак не утиче на имовину супружника, бар не у току трајања брачне заједнице. N. Lowe, G. Douglas, P. M. Bromley, *Bromley's Family Law*, 10th ed., Oxford, 2007, 129. Од доношења Matrimonial Causes Act-а судије су у Енглеској добиле право да релоцирају имовину супружника у случају развода.

¹⁰¹ Искуство турског грађанског законика из 1926. године је показало да систем одвојене имовине обично погодује јачој страни (у већини случајева мужу), те да у случају развода или смрти мужа, такав систем иде на штету супруге. *Introduction to Turkish Law*, (ed. Tugrul Ansay & Don Wallace JR), sixth edition, Wolters Kluwer, 2011, 125. Систем одвајања имовине супружника, као законски имовински режим, на снази је у Балеарским острвима, Каталонији и Валенсији. W. Pintens, „Matrimonial Property Law in Europe“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Voelke-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed.), Intersentia, 2011, 32.

У земљама у транзицији породична законодавства најчешће предвиђају режим заједничке имовине. У овим системима брачни уговор је најчешће усмерен ка успостављању режима посебне имовине. Са друге стране у већини економски високо развијених земаља, као законски имовински режим се предвиђа режим одвојене имовине док се брачни уговор користи за уговарање заједнице стицања. Б. Пајтић, „Брачни уговор у Српском и Европском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009, 258.

¹⁰² Режим заједничке имовине као преовлађујући (јер законски режим чини и посебна имовина) законски имовински режим карактеристичан је за истичноевропске и средњеевропске државе (Русија, Чешка, Словачка, Мађарска, Словенија, Хрватска, Босна и Херцеговина, Румунија, Бугарска, Македонија), а јавља се и у западноевропским земљама (Белгија, Француска, Италија). Г. Ковачек Станић, *Породично право: партнерско, дејче и старатељско право*, Нови Сад, 2014, 127.

Сваки облик рада којим се доприноси стицању заједничке имовине као и рад који доприноси одржавању ствари из заједничке имовине јесте релевантан за стицање заједничке имовине супружника.¹⁰⁴ Рад може бити заједнички или одвојен и непосредан или посредан.¹⁰⁵ Заједнички рад постоји када су нпр. супружници лица исте професије те заједно обављају радне активности (брачни пар адвоката који ради у истој канцеларији), а у случају да супружници нису лица исте професије, те не обављају заједно радне активности говоримо о одвојеном раду супружника (нпр. правница и лекар). Подела на непосредни и посредни рад је учињена с обзиром на чињеницу да ли рад има непосредни или посредни финансијски ефекат. Непосредни рад је нпр. рад фризера, тренера, продавца, док је најкласичнији пример посредног рада, рад у обављању кућних послова.

Брачна заједница живота јесте други конститутивни елемент појма заједничке имовине супружника. За настанак заједничке имовине ирелевантан је правноформални статус постојања пуноважног или ништавог брака. Заједничка имовина се може стећи како током пуноважног тако и током непуноважног брака.¹⁰⁶ За стицање заједничке имовине правно релевантно је постојање заједнице живота у браку. Имовина која је стечена пре или по престанку заједнице живота јесте посебна имовина супружника.

3. 1. 1. 2. Начини стицања заједничке имовине

Осим радом у току трајања заједнице живота у браку, заједничка имовина се може стећи и на друге начине.

Породични закон изричито нормира добитак од игара на срећу као заједничку имовину супружника.¹⁰⁷ Он то не чини у апсолутном смислу, већ поставља обориву законску претпоставку. Имовина стечена игром на срећу у току трајања заједнице живота у браку ће представљати посебну имовину супружника ако супружник који је остварио добитак докаже да је у игру уложио своју посебну имовину. Овакав начин стицања доказује да од законске дефиниције заједничке имовине постоји изузетак, односно да се заједничка имовина може стећи и без рада.¹⁰⁸ Да би добитак од игре на срећу улазио у заједничку имовину супружника

¹⁰³ Чл. 171. Породичног закона.

¹⁰⁴ М. Почуча, „Заједничка имовина супружника“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 2, 2012, 132.

¹⁰⁵ Накнада за рад јесте заједничка имовина, као што су то и накнаде зарада (нпр. за породилско одсуство, за боловање, накнаде за случај незапослености итд.). Да би се новац сматрао заједничком имовином важно је да је основ за исплату зараде постојао док је трајала брачна заједница.

¹⁰⁶ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 329.

¹⁰⁷ Чл. 172. Породичног закона.

¹⁰⁸ Тачна законска формулација имовине стечене играма на срећу садржана у члану 172. ПЗ гласи: Имовина стечена игром на срећу у току трајања заједнице живота у браку представља заједничку имовину, осим ако супружник који је остварио добитак не докаже да је у игру уложио посебну имовину. Панов указује на то да наведена формулација илуструје озбиљну и неопростиву грешку. Законска формулација упућује на то да је добитак у играма на срећу, по правилу заједничка имовина, а посебна је имовина «осим» ако супружник не докаже да је у игри уложена посебна имовина. Ако супружник који је остварио добитак у игри на срећу *не докаже* да је уложио посебну имовину, онда је тај добитак, заједничка, а не посебна имовина. Панов указује на то да смислена формулација мора да елиминише реч «не» и као правилну предлаже следећу дефиницију: добитак у играма на срећу јесте заједничка имовина, осим ако се докаже да је супружник који је остварио добитак у игри на срећу уложио посебну имовину. С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 332.

потребно је да се испуне два предуслова: да добра којима се учествовало у игри на срећу потичу из заједничке имовине супружника и да је у време када је стечено право на добитак постојала заједница живота.

Реформом породичног законодавства Републике Србије изричито је нормирано да имовина стечена коришћењем права интелектуалне својине у току трајања заједнице живота у браку представља заједничку имовину.¹⁰⁹ Похвална је чињеница да је законодавац препознао потребу да ово питање буде законски уређено, међутим оно није у довољној мери законски обрађено, тако да се у пракси јављају одређени проблеми.

У погледу опредељивања права интелектуалне својине у заједничку или посебну имовину супружника јављају се две групе мишљења. Према једнима, приходи од права интелектуалне својине улазе у посебну имовину лица које је одређено дело створило. Овакав став оправдавају чињеницом да су права интелектуалне својине резултат знања, искуства и талента, личних особина лица која одређено дело ствара.¹¹⁰ Према другима, чињеница да је одређено дело створено у току брачне заједнице мора бити посебно третирано.

Брак не представља меркантилистичку творевину два лица у свему одвојена једно од другог, напротив. Брачна заједница живота подразумева међупрожимање супружника у већини сфера, да ли на посредан или непосредан начин. Да би један супружник могао да ствара потребна је посебна атмосфера у породици, односно посебна жртва другог супружника. Та жртва се огледа у појачаном старању о појединим питањима заједничког живота. На тај начин, једна интелектуална творевина јесте производ стваралачког духа једног супружника, али стваралачког духа који је омогућен, «остварен», «ослобођен» радом другог супружника и на тај начин интелектуална творевина створена у браку не може бити посматрана као искључиво дело једног супружника, већ оно представља продукт заједничких улагања (истина различите врсте) оба супружника.¹¹¹

3. 1. 1. 3. Управљање и располагање заједничком имовином

Заједничком имовином супружници управљају и располажу заједнички и споразумно.¹¹² Оваква поставка је последица правне природе заједничке имовине. Услед чињенице да су удели

¹⁰⁹ Чл. 173. ПЗ Нормирање ове врсте имовине новина је у односу на претходни Закон о браку и породичним односима Србије.

¹¹⁰ Тако А. Гамс, *Брачно и породично имовинско право*, Београд, 1966, 61.

¹¹¹ Рад је рад, био он физички или интелектуални. Ако је рад предузет током трајања заједнице живота у браку имовински резултат представља део заједничке имовине супружника. Тако В. Белај, „Стјецање имовине (власништва) у брачној и изванбрачној заједници“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, вол. 26, бр. 1, Ријека, 2005, 342.

¹¹² Чл. 174. Породичног закона.

Француско законодавство одликује једна специфичност неуобичајена за системе којима је законски режим режим заједничке имовине супружника. Оно што је специфично за овај законски режим заједничке имовине јесте правило да сваки супружник може самостално управљати и располагати заједничком имовином- *gestion concurrente*. Правни послови једног супружника у начелу увек обавезују и другог брачног друга, а супружник који је погрешно при закључењу неког правног послова за то и одговара. Изузетак од наведеног постоји у случају обављања властитог занимања једног супружника, у ком случају је тај супружник овлаштен предузети неопходне послове управљања и располагања. И. Мајсторовић, *Брачни уговор- новина хрватског обитељског права-*, Загреб, 2005, 98.

у заједничкој имовини неопредељени, један супружник не може располагати својим неопредељеним уделом у заједничкој имовини нити га може оптеретити правним послом међу живима.¹¹³

Породични закон дозвољава супружницима да уговоре да само један од њих управља и/или располаже целокупном заједничком имовином или само једним њеним делом. Управљање обухвата и располагање у оквиру редовног пословања у случају да другачије није уговорено. Овај уговор се може односити на све или на поједине послове управљања и располагања. Сматра се да послове редовног управљања супружник увек предузима уз сагласност другог супружника.

Након доношења Закона о изменама и допунама Породичног закона, супружници морају закључити уговор о управљању и располагању заједничком имовином у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.¹¹⁴

3. 1. 1. 4. Деоба заједничке имовине

Режим заједничке имовине супружника престаје њеном деобом. Под деобом заједничке имовине подразумева се утврђивање сувласничког, односно суповерилачког удела сваког супружника у тој имовини. Деоба се може тражити за време трајања брака, или након његовог престанка.

Активну легитимацију да захтевају деобу заједничке имовине имају: супружници, наследници умрлог супружника и повериоци оног супружника из чије се посебне имовине нису могла намирити њихова потраживања.¹¹⁵

Закон предвиђа два начина деобе заједничке имовине: споразумна деоба и судска деоба.¹¹⁶

Супружници могу закључити споразум о деоби и на тај начин поделити своју заједничку имовину.¹¹⁷ Како је питање поделе заједничке имовине супружника веома сложено, често мукотрпно, и повод многим размирицама између супружника, и како супружници најбоље знају

¹¹³ Чл. 174. ст. 3. Породичног закона.

Супружник може тестаментарно располагати својим неопредељеним уделом у заједничкој имовини, али само у мери у којој не повређује удео у заједничкој имовини другог супружника.

¹¹⁴ Поступак солемнизације је регулисан чланом 93. Закона о јавном бележничству, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014- др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015.

¹¹⁵ Чл. 181. Породичног закона.

¹¹⁶ У свету је познато неколико система деобе имовине супружника: систем одвојених имовина, систем једнаких делова, систем доприноса код деобе заједничке имовине и систем правичности. С. Стјепановић, *Системи деобе имовине брачних другова*, Источно Сарајево, 2008, 11.

¹¹⁷ Панов наводи да је пропуст законодавца јер није назначио да се споразумна деоба закључује у писаној (ЗБПО наводи писменој) форми, као што је то изричито било прописано претходним законом; види чл. 327. ст. 3. ЗБПО Србије. Даље наводи да с обзиром на законску формулацију члана 179. , његову општост, а у складу са чланом 196. ПЗ, важе општа правила Грађанског права (нпр. ако је предмет споразума непокретност, нужна је писана форма уговора). С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 343.

ко је колико допринео стицању заједничке имовине, споразумна деоба је најпожељнији начин поделе заједничке имовине супружника.

У споразуму о деоби заједничке имовине супружници могу прибећи свим правнодозвољеним начинима деобе: да режим заједничке имовине претворе у режим сусвојине, да изврше реалну или цивилну деобу, или да изврше деобу уз исплату.

Изменама и допунама Породичног закона 2015. године предвиђено је да се споразум о деоби заједничке имовине закључује у облику јавнобележнички солемнизоване исправе.

Судска деоба јесте мање пожељан начин деобе заједничке имовине супружника. До судске деобе долази уколико супружници не успеју да постигну споразум о деоби. Судску деобу суд спроводи у ванпарничном поступку или у парничном поступку. Деоба се врши у ванпарничном поступку када међу супружницима недостаје сагласност у погледу деобе појединих ствари или у вези са начином деобе, док нема спора о висини удела супружника. Парнични поступак се спроводи када постоји спор о висини појединачног удела у заједничкој имовини супружника.

Спровodeћи деобу заједничке имовине суд поставља као релевантна следећа питања: критеријум деобе, начин деобе и питање посебног правног режима за поједине ствари у поступку деобе.¹¹⁸

Законска је претпоставка једнаких удела супружника у заједничкој имовини.¹¹⁹ У поступку деобе, суд може заједничку имовину супружника поделити у складу са законском претпоставком о једнаким деловима. Удео супружника утврђује се у истој сразмери за сва права и обавезе у заједничкој имовини. Законска претпоставка није апсолутна и по захтеву супружника она може бити оборена. Законска претпоставка ће бити оборена ако супружник докаже да је његов удео већи од удела другог супружника. Одређивање већег удела једног супружника у стицању појединог права/ствари могућ је уколико је то право економски самостално у односу на остала права из заједничке имовине, и ако је супружник у стицању тог права учествовао и приходима од своје посебне имовине.¹²⁰ Већи удео једног супружника у стицању заједничке имовине зависи од његових остварених прихода, вођења послова у домаћинству, старања о деци, старања о имовини, те других околности од значаја за одржавање или увећање вредности заједничке имовине.¹²¹ Он се утврђује у истој сразмери за сва права и обавезе у тренутку престанка заједнице живота у браку.¹²² На име признања већег удела једног супружника, други супружник има право на облигационоправни захтев на име накнаде за свој удео.

Право на потраживање у новцу у увећаној имовини има сваки супружник, сразмерно свом доприносу, на основу ког је после престанка заједничког живота у браку дошло до увећања

¹¹⁸ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 344.

¹¹⁹ Чл. 180. Породичног закона.

¹²⁰ *Ibid.*, чл. 180. ст. 5.

¹²¹ *Ibid.*, ст. 3.

¹²² *Ibid.*, ст. 4.

вредности заједничке имовине.¹²³ Ово право супружник има ако је његов допринос био знатан, док ако је он био незнатан, њему припада облигационоправни захтев према другом супружнику.

За поједине ствари из заједничке имовине важе посебна правила и на њих се примењује посебни законски режими.

Одређене ствари се могу доделити супружнику у његову искључиву својину по његовом личном захтеву. Томе су подобне: ствари за личну употребу супружника, ствари намењене детету, ствари за вршење заната или занимања, као и предмети домаћинства.

Деоба ствари за личну употребу супружника- Ствари за личну употребу једног супружника припадају му у искључиву својину без урачунавања у његов удео ако њихова вредност није несразмерно велика у односу на вредност заједничке имовине и вредност ствари за личну употребу другог супружника.¹²⁴ Ако је вредност поменутих ствари несразмерно велика, оне припадају у искључиву својину супружнику са урачунавањем у његов удео.¹²⁵

Деоба ствари намењених детету- Ствари намењене детету припадају у искључиву својину супружнику који врши родитељско право без урачунавања у његов удео. Ако родитељи врше родитељско право заједнички, над стварима намењеним детету имају право заједничке својине.¹²⁶ Смисао додељивања ствари намењених детету родитељу који врши родитељско право јесте у томе да ће он држати те ствари у циљу користи самог детета.

Деоба ствари за вршење заната или занимања- Ствари за вршење заната или занимања једног супружника припадају му у искључиву својину са урачунавањем у његов удео.¹²⁷ Овде законодавац не поставља питање вредности појединих ствари већ их класификује једино с обзиром на намену. Супружник у чију искључиву својину је ушла одређена ствар има обавезу да надокнади удео у тој ствари другом супружнику.

Деоба предмета домаћинства- Предмети домаћинства на којима један супружник након престанка заједнице живота у браку има државину у трајању од најмање три године припадају му у искључиву својину са урачунавањем у његов удео.¹²⁸ Додељивање у искључиву својину предмета домаћинства оном супружнику који их у дужем временском периоду користи животно је логична поставка. Наиме, престанак брачне заједнице изазива велике и разноврсне промене у животима дотадашњих супружника. Из тог разлога се, у овом случају, законски тежи да све што

¹²³ Чл. 175. Породичног закона.

¹²⁴ Подељена су мишљења правних теоретичара у погледу урачунавања предмета за личну употребу који нису несразмерно велике вредности у односу на вредност целокупне заједничке имовине супружника. Једни сматрају да личне предмете сваког супружника треба сматрати посебном имовином тог супружника од момента њиховог стицања јер би у супротном брачни друг имао потешкоће приликом сваког располагања таквим стварима. Тако А. Прокоп, *Коментар Основном закону о браку*, I део, Школска књига, Загреб, 1959, 31. Други сматрају да предмети за личну употребу, без обзира на тешкоће у располагању овим предметима, по својој природи спадају у посебну имовину супружника. Тако В. Бакић, *Породично право*, Београд, 1973. Трећи сматрају да и ствари за личну употребу несумњиво улазе у заједничку имовину супружника, без обзира на њихову вредност јер је законска одредба недвосмислена када наводи да у заједничку имовину улазе све оно што је стечено радом у току трајања заједнице живота у браку. Тако Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 141.

¹²⁵ Чл. 182. Породичног закона.

¹²⁶ *Ibid.*, чл. 183.

¹²⁷ *Ibid.*, чл. 184.

¹²⁸ *Ibid.*, чл. 185.

може остане макар привидно непромењено, наравно не на штету било ког супружника. Тако други супружник има право да захтева да му се у осталим стварима досуди одговарајући удео, а у случају да вредност тих ствари није довољна има право да захтева да му се разлика исплати у новцу.

3. 1. 2. Посебна имовина

Наш законодавац посебну имовину дефинише са два временска аспекта: као имовину коју један супружник има у *тренутку закључења брака* и као имовину која је стечена *током трајања брака* на основу бестеретног стицања (поклоном или наслеђем или на основу правног посла којим се стиче искључиво право).¹²⁹ Из законске формулације произилази да је посебна имовина целокупна имовина сваког супружника која није обухваћена режимом заједничке имовине.¹³⁰ Тачније, односно законски наведено,¹³¹ посебну имовину супружника у нашем праву чини:

- имовина коју један супружник има пре закључења брака, без обзира на то да ли је та имовина стечена радом, теретним или добротним правним послом;
- имовина коју је супружник стекао у току трајања брака¹³² деобом заједничке имовине односно наслеђем, поклоном или другим правним послом којим се прибављају искључиво права;¹³³
- имовина која припада супружнику на основу деобе заједничке имовине супружника.¹³⁴

У посебну имовину супружника, стечену пре брака, могу улазити разне ствари и права, а начин стицања ствари није од значаја за опредељење имовине. Међутим, спорним се јавља ситуација када супружник прибави неку имовину пре закључења брака теретним правним послом, али куповна цена буде исплаћена након закључења брака уз учешће другог супружника. Према једном становишту овако стечена имовина улази у посебну имовину супружника који је ствар прибавио пре закључења брака, а други супружник може имати само облигационоправни

¹²⁹ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 131.

¹³⁰ М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2015, 397.

¹³¹ Законску дефиницију садржану у члану 168. ст. 1 Породичног закона Сворцан у свом раду „Имовински односи супружника према Породичном закону Републике Србије“ критикује истичући да формулација „пре склапања брака“ није добра јер се овде као кључни моменат узима дан када је брак закључен, а не дан заснивања заједнице живота између супружника. Наведено образлаже чињеницом да за стицање имовине није од значаја дан закључења брака већ дан заснивања заједнице живота. У последње време многи будући супружници заснивају заједницу живота са другим супружником доста пре закључења брака. Сворцан сматра да је у поменутој одредби требало стајати да имовина коју је један супружник стекао пре заснивања заједнице живота са другим супружником представља његову посебну имовину. Види: С. Сворцан, „Имовински односи супружника према Породичном закону Републике Србије“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, 154.

¹³² Сворцан сматра да је термин „трајање брака“ неприкладан, јер подразумева време од дана закључења брака до дана развода, а за стицање имовине ови моменти нису од значаја већ заснивање заједнице живота између супружника и момент престанка те заједнице. Уместо термина „у току трајања брака“ предлаже конструкцију „у току трајања заједнице живота између супружника“. Види: С. Сворцан, „Имовински односи супружника према Породичном закону Републике Србије“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, 155.

¹³³ Чл. 168. ст. 2. Породичног закона.

¹³⁴ Чл. 177. Породичног закона.

захтев у висини свог удела.¹³⁵ Према другом становишту за оцену категорије имовине користи се критеријум порекла средстава из којих је имовина стечена.¹³⁶

Посебну имовину супружника чини и имовина које је један супружник стекао током брака, наслеђем,¹³⁷ поклоном или другим облицима бестеретног стицања.

У погледу урачунавања појединих материјалних вредности у посебну имовину супружника, услед недоречености законодавца, јављају се теоријска спорења. У наставку ћемо навести и укратко обрадити питање поклона и прихода од посебне имовине супружника.

Услед правне празнине у погледу одређивања власништва над поклонима које су супружницима чинила трећа лица током брака, у правној литератури могу се пронаћи различити критеријум на основу којих се дефинише власништво над њима. Неспорни критеријум јесте изричита воља поклонодавца.¹³⁸ Иако веома јасан и једностава овај критеријум се ретко примењује јер на догађајима на којима супружници добијају поклоне ретко давалац изричито одређује коме од супружника је намењен поклон. Следећи критеријум јесте врста поклона (понекад природа ствари посредно изражава вољу поклонодавца- нпр. мушко ронилачко одело или балска хаљина); затим повод за поклон (нпр. поклони добијени на порслави тридесетог рођендана супруге); припадност поклонодавца (нпр. да ли је поклон учинио женин или мужевљев пријатељ); ко је сносио трошкове организације свечаности где је поклон учињен, а ако ни једним од наведених критеријума није могуће одредити припадност поклона супружници стичу право сусвојине на поклону, са једнаким деловима.¹³⁹

У погледу посебне имовине Породични закон из 2005. године увео је једну значајну новину, у погледу повећања вредности посебне имовине једног супружника у току трајања заједничког живота у браку. Ако је током трајања заједничког живота у браку дошло до незнатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на потраживање у новцу сразмерно свом доприносу. Ако је током трајања заједничког живота у браку дошло до знатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на удео у тој имовини сразмерно свом доприносу.¹⁴⁰

Једно од практично битнијих питања, везаних за урачунавање одређених вредности у посебну имовину супружника, јесте питање одређивања прихода од посебне имовине (камата, закупнина, дивиденда итд.). Посебна имовина може давати плодове, са или без учешћа рада супружника. Поставља се питање да ли ће тако стечени плодови улазити у посебну или заједничку имовину супружника. Према позитивном законском решењу приход од посебне

¹³⁵ М. Почуча, „Посебна имовина супружника“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 2011, 449.

¹³⁶ М. Јанковић, *Коментар закона о браку и породичним односима*, Привредна штампа, Београд, 1981, 232.

¹³⁷ На основу закона или на основу тестаментa.

¹³⁸ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 317.

¹³⁹ *Ibid.*, 318.

Према ставу Врховног суда Србије (Рев 1161/94 и Гж. 456/70) Ствари добијене од трећих лица на поклон на дан венчања припадају и једном и другом брачном другу, осим ако из намере поклонодавца или природе поклоњених ствари не произилази да је поклон дат једном од брачних другова, без обзира од чијих је рођака ствар добијена. наведено према М. Почуча, „Посебна имовина супружника“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 2011, 451. Овакав став суда по нашем мишљењу није одржив јер је поклон изричитом законском одредбом (чл 168. Породичног закона) сврстан у посебну имовину. Више види и Н. Тешкић, „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот*, бр. 10/2006, 273.

¹⁴⁰ Чл. 170. Породичног закона.

имовине улазио би у посебну имовину, осим ако би он био остварен заједничким радом супружника током трајања заједнице живота у браку.¹⁴¹ Наведена одредба пружа бољу заштиту супружнику који је допринео повећању посебне имовине другог супружника, јер он може добити удео у тој имовини, тј. може постати сувласник на посебној имовини другог супружника. Дакле он сада, поред облигационоправног остварује право и на стварноправни захтев.

У члану 2319. Преднацрта Грађанског законика Србије¹⁴² заједничка имовина је формулисана као имовина коју су супружници стекли радом у току трајања заједнице живота у браку, као и приходи од посебне и заједничке имовине.¹⁴³ Предлог проширује садашњу позитивноправну дефиницију заједничке имовине приходима од посебне имовине, без обзира на то да ли потичу од рада или су остварени на други начин.¹⁴⁴

Предлог измене дефиниције заједничке имовине, дат у Преднацрту одраз је промењених околности у односу на време када је режим заједничке имовине уведен у наше законодавство. Постојеће позитивноправно одређење заједничке имовине, не води равноправности супружника нити здравој економској основи брака. Одређење рада као конститутивног елемента заједничке имовине у браку, било је у складу са социјалистичким уређењем и идејама којима су се настојали сузбити сви други извори прихода осим рада, а лична својина је на све начине

¹⁴¹ Тако М., Почуча, „Посебна имовина супружника“, *Гласника Адвокатске коморе Војводине*, бр. 9, Нови Сад, 2011, 458.; С. Стјепановић, *Системи деобе имовине брачних другова*, Источно Сарајево, 2008, 86.

¹⁴² Преднацрт Грађанског законика, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 1. 5. 2020.

Више о стварању новог Грађанског законика Србије види: М. Орлић, „Историјат настојања да се донесе нови српски Грађански законик“, *Правни живот*, бр. 10 (2016), Београд; М. Орлић, „На путу стварања новог Грађанског законика у Србији“, *Правна ријеч: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 16 (2018).

¹⁴³ Изворни режим Швајцарског грађанског законика (ШГЗ) био је режим повезаности имовине, који је представљао стечену имовину која је била у рукама мужа. Реформом из 1984. године као законски режим одређена је заједница остварених (стечених) прихода. Заједницу остварених прихода чине сва добра која супружници теретно стекну за време брака (плата, хонорар, примања из социјалног осигурања, накнада за неспособност за рад), укључујући приходе остварене од посебних имовина иако исти у неподељеној заједници прихода улазе тек у случају престанка брака. Имовина коју супружник током брака стекне бестеретно остаје његова посебна имовина. У посебну имовину, поред имовине коју је имао у тренутку закључења брака, улазе и ствари за личну употребу и потраживања из проузроковања штете, односно добра прибављена располагањем посебном имовином. (чл. 198) У ШГЗ постоји претпоставка заједничке имовине.

Швајцарски законодавац као конститутивни елемент стицања заједничке имовине наводи „теретност“ за разлику од нашег решења који као конститутивни елемент предвиђа „рад“. Оваква поставка му омогућава да постави ширу основу изворима прихода у заједничкој имовини и самим тим потпуније прилагоди концепт заједничке имовине животној реалности. У члану 197. став 2. ШГЗ-а хронолошки се наводи шта све улази у заједницу прихода: зарада која потиче из рада; накнаде из личног осигурања, социјалног осигурања, социјалне заштите и накнаде за неспособност за рад; приходи, тј. природни и цивилни плодови посебне имовине супружника и имовина која потиче из заједнице прихода. На првом месту је зарада од рада, као нешто што у највећем броју случајева даје економску основу заједници живота у браку, али законодавац продужава даље и предвиђа друге основе којима се стиче економска корист која улази у основ заједничке имовине у браку. Тако, као претпоследњи критеријум наводи и приходе од посебне имовине супружника, не опредељујући да ли се ради о приходима стеченим радом или не, и тиме их све обухвата. Б. Стјепановић, «Заједничка имовина супружника у Породичном закону и Преднацрту Грађанског законика Србије», *Актуелна питања савременог законодавства: зборник радова са Саветовања правника [Актуелна питања савременог законодавства]*, 2-6. јун 2019., Будва, 199-211.

¹⁴⁴ У претходној верзији Преднацрта изричито је било наведено да приходи улазе у заједничку имовину, било да потичу од рада или су остварени на други начин. Најновије измене изостављају овај део, али се из контекста одредбе може закључити да ће сваки приход од посебне имовине, добијен радом или не, ући у заједничку имовину супружника.

ограничавана. Друштвено уређење се променило и данас није мали број случајева да је једном од супружника главни извор прихода од неког извора посебне имовине (некретнине, дивиденде и др.). Дато уређење је неправично и то се одражава многоструко на односе супружника, тако нпр. у случају развода брака, када би у деобну масу улазили приходи запосленог супружника, док би приходи од посебне имовине другог супружника остајали његова посебна имовина. Свака неправичност у праву се мора исправљати, па тако и ова.

Предлог измене дефиниције заједничке имовине супружника из Преднацрта Грађанског законика представља добро решење за превазилажење наведених проблема. Иако зараде и други облици накнаде за рад супружника у великом броју случајева и данас представљају основу прихода супружника, не може се оспорити чињеница да велики број људи стиче приходе од плодова ствари или права из своје посебне имовине.

Посебном имовином сваки супружник самостално управља и располаже.¹⁴⁵ Супружник у вези своје посебне имовине може склапати све правнодозвољене правне послове. Једино ограничење у располагању посебном имовином јавља се у случају када заједничка имовина није довољна да би се подмириле текуће потребе брачне заједнице, па су средства из посебне имовине потребна да би се оне подмириле.¹⁴⁶

3. 1. 3. Брачни уговор

Режим заједничке имовине више није императивни законски имовински режим. Реформом породичног законодавства 2005. године, аутономија супружника је проширена и на област имовинских односа.¹⁴⁷ Од доношења Породичног закона супружницима је дозвољено да брачним имовинским уговором уреде своје међусобне имовинске односе.¹⁴⁸

Супружници могу, поред правних послова којима располажу својом посебном имовином,¹⁴⁹ да закључују и све правнодозвољене послове који се односе на режим заједничке имовине.¹⁵⁰ Супружници су једино ограничени у погледу закључења оних правних послова који су противни императивним нормама породичног права и општег јавног поретка.

¹⁴⁵ Чл. 169. Породичног закона.

¹⁴⁶ М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2015, 399.

¹⁴⁷ О увођењу брачног уговора у наш правни систем више види: М. Milošević, „The Consequences of Approaching the Economic System of the Republic of Serbia to the Market Economy Conditions – Introducing the Institute of Nuptial Agreement into the Serbian Family Law“, *Serbian law in transition – changes and challenges*, М. Milošević (ed.), Institute of Comparative Law, Belgrade, 2009, 129-137.

О промени императивног законског режима 2007. у Црној Гори види: I. Jončić, „Брачни уговор у Породичном закону Срне Горе“, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta Mediteran*, Podgorica 2008, 156- 163.

¹⁴⁸ М. Драшкић, „Брачни уговор“, *Јавнобележничко право*, Београд, 2006, 391.

¹⁴⁹ Нпр. уговор о купопродаји, уговор о размени, уговор о поклону, итд.

¹⁵⁰ Нпр. брачни имовински уговор, уговор о управљању и располагању заједничком имовином, уговор о деоби заједничке имовине, итд.

У нашем породичном законодавству брачни уговор је регулисан само једним чланом. Овакво поступање законодавца није најоправданије. Иако се 2005. године условно¹⁵¹ овај правни институт први пут јавио у нашем правном систему, није разумљиво да је он тако штуро регулисан. Брачни уговор је веома сложен институт и сву његову комплексност није могуће изразити само кроз један члан закона. Такође овакво поступање доводи и доводиће до практичних потешкоћа и погрешног разумевања и не/примене самог института. Верујемо да је законодавац намеравао да помињањем брачног уговора у новом Породичном закону на мала врата уведе овај институт и да ослушне одјек његовог увођења у пракси и у целокупном правном систему. Вероватно се рачунало на то да, уз постојање одредбе у члану 196. ПЗ која упућује на примену правила ЗОО-а,¹⁵² бар за прво време, до следеће детаљније реформе, неће постојати проблеми у пракси и евентуалне злоупотребе. Управо овакво поступање и потреба за детаљнијим и даљим уређењем и обликовањем овог института у нашем правном систему, навела нас је да у овом раду обрађујемо тему брачног уговора и предложимо, могућности за његово детаљније и потпуније регулисање.

Породични закон предвиђа да супружници односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор).¹⁵³

Као субјекти овог уговора јављају се супружници и будући супружници.

Прво што је у датој формулацији спорно јесте редослед навођења активно легитимисаних лица за закључење брачног уговора. На првом месту су наведени супружници па затим будућих супружника. Редослед није животно и практично логичан, а ни упоредноправно примењиван.¹⁵⁴

¹⁵¹ Увођење брачног уговора у наше законодавство 2005. године сматрамо условним јер је Српски грађански законик из 1844. године регулисао институт брачног уговора. Српски грађански законик брачни уговор дефинише у параграфу 759. као уговор, који би између мужа и жене или између женика и невесте, у одношају на брак о имању закључен био. Пар. 759. Грађански законик за Краљевину Србију, Београд, 1903, глава XXVIII.

Основу СГЗ представљао је АГЗ и из њега преузета идеја уређења брачног уговора. СГЗ је предвиђао могућност уређања међусобних имовинских односа супружника брачним уговором, али су важила општа правила те брачни уговор није смео бити противан моралу и јавном поретку. (пар. 13.)

Српски грађански законик није захтевао посебну форму за закључивање брачног уговора. Брачни уговори су били неформални све до ступања на снагу Закона о јавним бележницима од 11. 09. 1930. године. Уговори су могли бити мењани током брака. СГЗ је предвиђао неколико имовинских режима које су супружници могли уговорити: миразни режим, режим опште имовинске заједнице, и режим одвојености имовине који је био законски имовински режим. У периоду након Другог светског рата у нашем породичном законодавству је важио императивни законски режим и није дозвољавано да се закључују брачни уговори. Види О. Цвејић-Јанчић, «Брачно право према Српском грађанском законнику», *150 година од доношења Српског грађанског законика*, Ниш, 1995, 91

О историјату брачног уговора више види: Б. Пајтић, *Брачни имовински уговор*, (докторска дисертација), Правни факултет Нови Сад, 2008, 11-22.

¹⁵² Док ЗОО у чл. 25. предвиђа да ће његове одредбе бити примењене не само на облигационе односе, него и на друге уговоре и правне послове, осим ако посебним законом нису предвиђена и посебна правила. Закон о облигационим односима Републике Србије, Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ* бр. 1/2003, *Сл. Гласник* бр. 18/2020.

¹⁵³ Чл. 188. Породични закон.

Једно од централних питања савременог породичног закона је уређење имовинских односа будућих супружника, што је изазвало велико интересовање шире јавности. Растуће интересовање за регулисање имовинских односа између потенцијалних брачних партнера резултат је нових тенденција и дешавања у позитивном праву. У складу са новим правним концептом, уговори имају све већи значај у регулисању имовинских односа будућих супружника, посебно предбрачни уговор који је склопљен пре закључења брака. М. Ignjatović, „Prenuptial agreement“, *Facta Universitatis. Series, Law and Politics*, Niš, 2007, 61.

Следећа нејасност дате одредбе је у формулација «будући супружници». Дата реченична конструкција оставља отвореним питање ко су та лица заиста. Да ли се ради о лицима која су пријавили своју намеру да закључе брак - вереници; или су датом конструкцијом обухваћена и лица која у тренутку закључења брачног уговора немају брачну способност?¹⁵⁵

Брачни уговор закључује се у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.¹⁵⁶ Приликом потврђивања (солемнизације) уговора јавни бележник је дужан да уговорнике нарочито упозори на то да се њиме искључује законски режим заједничке имовине, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању. Поред упозорења о искључењу законског имовинског режима, јавни бележник је дужан да објасни странкама смисао правног посла и да им укаже на правне последице предузетог правног посла.¹⁵⁷ Из тога произилази да својство јавне исправе има, поред солемнизационе клаузуле, и исправа у целини.¹⁵⁸ Ако се брачни уговор односи на непокретности мора се уписати у јавни регистар права на непокретностима. Формални захтеви наведени у овом ставу предвиђени вишеструко су корсини. Они служе заштити интереса самих супружника, њиховог обавештавања о последицама опредељивања за уговорни имовински режим, али и заштити трећих лица.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Панов наводи да би логична дефиниција била: „Брачни уговор је уговор који се закључује у законом одређеној, писаној, форми, којим уговорне стране (будући супружници или супружници) уређују своје имовинске односе о постојећој или будућој имовини“. Док упоредноправно гледано, Породични закон Републике Српске у члану 271. ст. 3 наводи прво жениха и невесту, а затим брачне супружнике. С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 353.

¹⁵⁵ Детаљнију анализу види код: С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 358.

¹⁵⁶ У теорији се поставља питање да ли је добро решење које предвиђа да се брачни уговор закључује у форми јавнобележнички потврђене исправе. Неки сматрају да овакво решење у себи крије одређену опасност, јер се ради о приватној исправи која се сачињава у поступку који, у пракси, може бити само неадекватна замена поступка сачињавања јавнобележничког записа, док у правном саобраћају имају једнака правна дејства. М. Повлакић, «Надлежност нотара у Босни и Херцеговини», *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, вол. 63, бр. 2, 2013, 251.

Након измена Закона о јавном бележничтву, који је од усвајања претрпео неколико измена, више се не предвиђа искључива надлежност јавног бележника за правне послове регулисања имовинских односа између супружника и ванбрачних партнера. У вези са оверавањем нејавне исправе, општом формулацијом одредбе чл. 93. ст. 1. ЗЈБ прописано је да јавни бележник потврђује приватну исправу када је то законом одређено. Међутим, искључива надлежност јавног бележника прописана је Породичним законом. Поставља се питање које су практичне последице оваквог решења српског законодавца, нарочито узимајући у обзир чињеницу да је институту брачног уговора посвећена једна одредба. Узимајући у обзир нашу транзитну друштвену реалност, економску нестабилност друштва, самим тим и породице, остаје дилема да ли је садржину и форму брачног уговора требало прецизније и потпуније уобличити и тиме олакшати супружницима и ванбрачним партнерима да своје имовинске односе регулишу уговором, на једноставнији начин, адекватним механизмом превентивне правне заштите, тј. прописивањем форме јавнобележничког записа као обавезне форме. Да би се остварила слобода уговарања, Јовић-Прлаиновић предлаже да се уз поштовање основних правила брачноимовинског режима, а како би се обезбедила заштита интереса деце и афирмисала идеја породичне солидарности, да је сигурнији пут да исправу о правном послу сачини јавни бележник. Овакво поступање оправдава тиме што јавни бележник у поступку писмене редакције правног посла, најпре, утврђује праву вољу странака коју верно и јасно уноси у исправу, водећи рачуна о заштити интереса уговорника и о правичности уговора. Са друге стране поступак солемнизације трпи извесна ограничења јер не пружа довољно гаранција да ће у сваком случају евентуалне мањкавости у претходној редакцији текста бити уочене. О. Јовић-Прлаиновић, „Јавнобележничко породично право“, *Породични закон - двадесет година после*, 2018, 363.

¹⁵⁷ Мишљења Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије на постављена питања од 18. маја 2016. године, 1. <http://beleznik.org>, http://beleznik.org/images/pdf/misljenje/misljenje_strucnog_saveta_18_05_2016.pdf, 2. 1. 2020.

¹⁵⁸ О. Јовић-Прлаиновић, „Јавнобележничко породично право“, *Породични закон - двадесет година после*, 2018, 361.

¹⁵⁹ О начинима заштите „слабијег“ супружника и трећих лица ће бити детаљније речи у наставку рада.

У Породичном закону Србије нема посебних одредби о измени и престанку брачног уговора,¹⁶⁰ те се у случају измене, раскида или поништаја брачног уговора примењују одредбе Закона о основама својинскоправних односа¹⁶¹ и Закона о облигационим односима.¹⁶²

Према општим облигационоправним принципима, након склапања брака супружници могу споразумно мењати или допунити елементе брачног уговора, уз поштовање законске форме. Измене брачног уговора су дозвољене у случају када су се околности које су постајале у моменту закључења уговора толико измениле да су их уговорачи могли предвидети не би ни закључили уговор, или би га закључили под другим условима.¹⁶³ Измена брачног уговора једностраном изјавом воље није могућа од момента његовог закључења све до његовог престанка.

С обзиром да је брачни уговор *intuitu personae*, брачни уговор може престати природним путем, смрћу једног супружника. У овом случају престанак брака и брачног уговора поклапају се у тренутку смрти супружника.

Брачни уговор може престати и правним путем: поништењем или раскидом уговора и разводом и поништењем брака.

Пуноважни брачни уговор може бити раскинут на основу воље оба или само једног супружника. Споразумним раскидом супружници одустају од свог раније закљученог уговора, уколико не желе остварење оног правног дејства у циљу чијег остварења су уговор закључили. Споразумни раскид уговора мора се изразити кроз исту форму у којој је брачни уговор био закључен. Брачни уговор може престати и путем једностраног раскида. Једнострано раскид је дозвољен само из законом или вољом супружника предвиђених узрока. Форма у којој се чини изјава мора пратити законом прописану солемнизациону форму.

Брачни уговор је неважећи ако приликом његовог закључења нису биле испуњене претпоставке пуноважности. Брачни уговор ће бити апсолутно ништав уколико супружници нису поседовали способност за његово закључење, односно ако је закључен од стране супружника који не испуњавају услове у погледу способности за закључење пуноважног брака, и уколико брачни уговор није закључен у законом прописаној форми. Брачни уговор ће бити релативно ништав (рушљив) у случају манљивости воље уговорника (заблуда, превара или принуда).

Изузетак у односу на општа правила уговорног права представља правило према коме сва правна дејства која је произвео брачни уговор до момента правноснажности одлуке о апсолутном или релативном поништају остају на снази.¹⁶⁴ Породични закон предвиђа да и ништав брак производи правна дејства пуноважног брака све до момента његовог поништења. С

¹⁶⁰ У француском праву супружници могу изменити уговорени брачни имовински режим тек након две године важења тог режима и под условом да је измена у интересу породице. Чл. 1396, пар. 3 СС.

¹⁶¹ Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије, Сл. лист СФРЈ, бр. 6/80 и 36/90, Сл. лист СРЈ, бр. 29/96 и Сл. гласник Републике Србије, бр. 115/05.

¹⁶² Видети Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, и "Сл. лист СЦГ" бр. 1/2003. , «Сл. Гласник РС» бр. 18/20.

¹⁶³ Клаузула *rebus sic stantibus*.

¹⁶⁴ Према општим правилима грађанског права апсолутно ништави правни послови не производе никакво правно дејство.

обзиром да је брачни уговор акцесоран браку и да прати његову правну судбину дејства поништења делују само за убудуће, а судска одлука о поништењу брака има конститутивни карактер.¹⁶⁵ Решење нашег законодавца је поприлично усамљено у упоредноправној пракси. У упоредном праву преовладава решење према коме судска одлука о ништавости брака ретроактивно поништава све последице брака.¹⁶⁶

Исто правило примењује се и у случају да је брак престао разводом. Моментом правноснажности пресуде о разводу брака, престаје дејство брачног уговора осим у случају да брачни уговор садржи одредбе за случај развода брака, које онда разводом ступају на снагу.

3. 2. Уређење садржине брачног уговора у Преднацрту Грађанског законика

За разлику од позитивноправног решења у ком се брачни уговор регулише једним чланом, у Преднацрту Грађанског законика¹⁶⁷ брачном уговору је посвећено 11 чланова у којима се уређује: способност за закључење брачног уговора, форма брачног уговора, уговарање посебне имовине, уговарање унапред одређеног дела у заједничкој имовини, уговарање права избора код деобе заједничке имовине, уговарање права избора код деобе заједничке имовине и заоставштине, уговарање одложене заједничке имовине, уговарање универзалне (опште) имовинске заједнице, уговарање о подмиривању породичних трошкова, неважеће одредбе брачног уговора и поништај и раскид брачног уговора.

Унутар осме главе Преднацрта грађанског законика која носи назив *имовински односи* регулисан је брачни уговор.

У члану у ком се говори о способности за закључење уговора, предвиђено је да то у првој линији могу бити супружници, односно будући супружници.¹⁶⁸ Преднацрт даје и одговор на важно питање под којим условима будући супружник који је малолетан може да закључи брачни уговор (добијање судске дозволе за закључење брака пре пунолетства).¹⁶⁹

¹⁶⁵ Чл. 30. ст. 3. ПЗ.

¹⁶⁶ Види чл. 201. СС (A marriage which has been declared void produces, nevertheless, its effects with regard to the spouses, where it was contracted in good faith. Where good faith exists only on the part of one spouse, the marriage produces its effects only in favour of that spouse.) и чл. 1394. (Where the record of marriage mentions that an ante-nuptial agreement was not made, the spouses shall be, with regard to third parties, deemed married under the regime of general law, unless, in the transactions entered into with those third parties, they have declared that they made an ante-nuptial agreement. [revealed by Ord. no 2005-428 of 6 May 2005]) Француског грађанског законика, *Code Civil*.

¹⁶⁷ Од члана 2337-2347 Преднацрта грађанског законика Србије, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html.

¹⁶⁸ Члан 2337, ст. 1: Супружници, односно будући супружници могу своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини уредити уговором (брачни уговор). Преднацрт Грађанског законика Србије, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html.

¹⁶⁹ *Ibid.*, ст. 2: 1. Брачни уговор може закључити и будући супружник који је малолетан ако је добио судску дозволу за закључење брака пре пунолетства.

Преднацртом је регулисано и питање закључења уговора од стране лица које је лишено пословне способности. У име супружника који је лишен пословне способности брачни уговор може закључити његов старалац, уз сагласност органа старатељства.¹⁷⁰

Преднацрт регулише и питање форме брачног уговора.¹⁷¹ Брачни уговор мора бити закључен у форми јавнобележничке исправе. Пре овере јавни бележник је дужан да супружницима прочита уговор и да их упозори на будуће имовинске последице уговора, док се предвиђа да се брачни уговор који се односи на непокретности уписује у јавни регистар права на непокретностима.

Поред тога што Преднацрт предвиђа широку слободу уговарања имовинских питања супружника, он предвиђа и детаљније регулише уговарање појединих имовинских питања и имовинских система за које се у уговору могу одредити супружници. Предвиђа следеће могућности уговарања: посебне имовине, унапред одређеног дела у заједничкој имовини, права избора код деобе заједничке имовине и заоставштине, одложене заједничке имовине, универзалне (опште) имовинске заједнице и подмиривање породичних трошкова.

Уговарање посебне имовине¹⁷²- Брачним уговором супружници могу искључити законски имовински режим заједничке имовине и предвидети да све што стекну током брака чини њихову посебну имовину. Пре овере уговора судија је дужан да супружницима прочита уговор и да их посебно упозори да незапослени супружник или супружник који током трајања брака остане без посла неће имати део у имовини стеченој током брака.

Уговарање унапред одређеног дела у заједничкој имовини¹⁷³- Брачним уговором супружници могу одредити удео сваког од њих у заједничкој имовини. На овај начин се успоставља сусвојинска заједница између супружника са одређеним уделима.

Уговарање права избора код деобе заједничке имовине¹⁷⁴- Преднацрт такође предвиђа да брачним уговором супружници могу предвидети да један од њих има право избора предмета из заједничке имовине који ће му припасти у случају деобе заједничке имовине на име његовог дела.

Уговарање права избора код деобе заједничке имовине и заоставштине¹⁷⁵- Брачним уговором супружници могу предвидети да надживели супружник у случају престанка брака смрћу или проглашењем несталог лица за умрлог има право избора предмета из заједничке имовине који ће му припасти на име дела у заједничкој имовини, као и на име наследног дела.

¹⁷⁰ *Ibid.*, ст. 3.

¹⁷¹ *Ibid.*, чл. 2338.

¹⁷² *Ibid.*, чл. 2339.

Схватање према коме се дозвољава потпуна одвојеност добара није добро, те може у великој мери утицати на неправичне исходе према неком од супружника, те се ми надамо да се уговарање система у целости одвојене имовине неће законски предвидети. О посебној имовини супружника као могућем извору неправичних решења види: L. Guggenheimer, „A Modest Proposal: The Feminomics of Drafting Premarital Agreements“, *Woman's Rights Law Report*, Vol. 17, 200, наведено према S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice – Issues of Power in Theory and Practice*-, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 160.

¹⁷³ Чл. 2340. Преднацрта Грађанског законика.

¹⁷⁴ *Ibid.*, чл. 2341.

¹⁷⁵ *Ibid.*, чл. 2342.

Уговарање одложене заједничке имовине¹⁷⁶- Преднацртом се предвиђа и ова могућност и укратко се појашњава о каквом се имовинском режиму ради. Овај режим подразумева да током брака супружници самостално стичу, управљају и располажу својом имовином. У случају престанка брака сваки супружник је дужан да пријави сву имовину коју је унео у брак и коју је стекао током брака радом и на други начин.¹⁷⁷ Разлика у имовини стеченој радом дели се на једнаке делове.¹⁷⁸ Неразумна и несразмерна добротина располагања или расипање, као и намерно смањење, посебно непокретне имовине, који су усмерени на доношење штете другом супружнику, додају се имовини тог супружника као да таквих располагања није ни било.¹⁷⁹

Уговарање универзалне (опште) имовинске заједнице¹⁸⁰- Брачним уговором може бити уговорено спајање целокупне или дела посебне имовине супружника са заједничком имовином стеченом током брачне заједнице. Деоба имовинске заједнице ће бити извршена у случају престанка брака на начин предвиђен брачним уговором. У случају да удели у имовинској заједници или начин деобе нису предвиђени брачним уговором, деоба ће се вршити по правилима који важе за заједничку имовину супружника.

Уговарање о подмиривању породичних трошкова¹⁸¹- Брачним уговором супружници могу уговорити начин подмиривања потреба породичне заједнице (заједнички, у једнаким или неједнаким деловима, може их сносити само један од њих, могу се споразумети шта ће све сматрати потребама породичне заједнице које ће заједнички сносити и сл.).¹⁸²

¹⁷⁶ *Ibid.*, чл. 2343.

¹⁷⁷ Преднацрт овде не предвиђа, а ми смо мишљења да би било нужно прописати, обавезан попис посебне имовине супружника пре заснивања заједнице живота у браку.

¹⁷⁸ У регулисању одложене заједничке имовине читује се колебљивост законодавца да и приход од посебне имовине на несумњив начин уврсти у начин стицања заједничке имовине. Кажемо колебљивост јер се у Преднацрту у члану 2319. , на месту где се говори о томе шта представља заједничку имовину чини искорак у односу на позитивноправно законско решење и наводи да заједничку имовину чини оно што је стечено радом у току трајања заједнице живота у браку, али и приходи од посебне и заједничке имовине. Дакле, у Преднацрту се поред *рада* као основ стицања заједничке имовине појављује и приход по посебне и заједничке имовине. У делу Преднацрта у коме се регулише одложена заједничка имовина законодавац наводи да је у случају престанка брака сваки супружник дужан да пријави сву имовину коју је унео у брак и коју је стекао током брака радом и на други начин. Формулацију и *на други начин* ми читамо тако као да је написано бестеретним стицањем али и од прихода од посебне и заједничке имовине јер је у члану 2319. наведено да и приход од посебне имовине улази у заједничку имовину. Међутим, већ у следећој реченици члана 2343. законодавац наводи да се само разлика у имовини стеченој радом дели на једнаке делове, док се приход од посебне и заједничке имовине изоставља. Наведена неускаљеност одредаба Преднацрта показује неисгруност и недоследност законодавца да раскрсти са социјалистички заснованим погледом на заједничку имовину супружника. Са тим у вези се указује потреба да се чл. 2343. усагласи са чланом 2319. , те да се при утврђивању деобне масе уврсте и приходи од посебне и заједничке имовине супружника.

¹⁷⁹ О овом систему ће бити детаљније речи у наставку рада у делу о садржини брачног уговора.

¹⁸⁰ Чл. 2344. Преднацрта Грађанског законика.

¹⁸¹ *Ibid.*, чл. 2345.

¹⁸² У *Code Civil*, у одредби 215. , предвиђена је обавеза супружника да имају заједничко место становања. Тим станом и правима са њим повезаним супружници могу само заједнички управљати и располагати. Француски грађански законик (*Code Civil français*), у верзији од 20. фебруара 2004. године (ordonnance n° 2004-164 DU 20 Feb. 2004), са амандманима од 4. априла 2006. године (Act no. 2006-399 of 4 April 2006).

Ову одредбу сматрамо неприличном. Наиме, мишљења смо да је институт брака крајња граница слободи уговарања супружника, а како би уговарање оваквих питања било у супротности са идејом и смислом брака, овакво уговарање сматрамо неприличним.

Преднацрт уређује и питање неважећих одредаба брачног уговора те предвиђа да су неважеће оне одредбе којима се супружници одричу права на супружанско издржавање или издржавање деце.¹⁸³ Одређивање начина давања издржавања, посебно путем уступања дела имовине из које ће се оно обезбедити, не сматра се одрицањем од права на издржавање. Преднацрт штити најбољи интерес детета тиме што забрањује располагање, путем брачног уговора, стамбеним простором (стан, кућа) у којој супружници живе са својом децом, без обзира да ли припадају посебној или заједничкој имовини (породични дом). Такође проглашава неважећим оне одредбе брачног уговора којима се уређују лични односи супружника. На тај начин брачни уговор остаје строго у имовинској сфери.

У погледу поништаја и раскида брачног уговора Преднацрт предвиђа сходну примену правила законика о поништају и раскиду уговора.¹⁸⁴

Решења садржана у Преднацрту представљају напредак у односу на важеће правно одређење брачног уговора. Законодавац уређује слободу уговарања супружника на широкој основи, али и уређује поједина питања, односно предвиђа шта то може бити садржина појединог брачног уговора. Законодавац поред уређења појединих система (систем посебне имовине, систем одложене заједничке имовине, систем универзалне (опште) имовинске заједнице), предвиђа и могућност уговарања оних питања која се најчешће чине спорним у случају развода брака или током трајања брачне заједнице живота (уговарање о подмиривању породичних трошкова, уговарање права избора код деобе заједничке имовине и заоставштине, уговарање права избора код деобе заједничке имовине и уговарање унапред одређеног дела у заједничкој имовини).¹⁸⁵

Наше виђење могуће регулације садржине брачног уговора јесте унеколико другачије у односу на предлог изнет у Преднацрту, али има и велики број заједничких тачака.¹⁸⁶ Без обзира на то, сматрамо да би усвајања решења садржаних у Преднацрту Грађанског законика представљало значајан напредак у односу на позитивноправно законско решење.

3. 3. Брачни уговор у документима Европске уније

Наша земља се налази у процесу придруживања Европској унији.¹⁸⁷ С обзиром да смо дуги низ година део поменутог процеса, и како је једна од последица придруживања

¹⁸³ Чл. 2346. Преднацрта Грађанског законика.

¹⁸⁴ *Ibid.*, чл. 2347.

¹⁸⁵ Решење садржано у Преднацрту у великој мери подсећа на решење француског законодавства.

У Француској постоји неколико типова уговорних режима, али супружници могу уговорити и сопствени режим. Супружници могу мењати законски режим заједничке имовине, тако што ће уговорити да се правила режима заједничког управљања неће примењивати, да ће један од супружника, у случају развода брака, имати могућност избора одређеног дела из заједничке имовине, да ће удели у заједничкој имовини бити различити, али и да се установи режим опште заједнице која обухвата сва садашња и будућа добра. Г. Ковачек Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002, 63.

¹⁸⁶ О нашем предлогу уређења садржине брачног уговора у српском законодавству биће реч у посебној глави.

¹⁸⁷ Република Србија потписала је 29. априла 2008. године Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП) са Европском унијом, који је ступио на снагу 1. септембра 2013. године.

усклађивање националног законодавства са европским, сматрали смо да је, у циљу детаљније анализе садржине брачног уговора и давања предлога за његово регулисање у Србији, потребно истражити прописе који се односе на брачни уговор на јединственом европском законодавном простору.

Приступајући Европској унији државе на Унију преносе део свог суверенитета. У појединим правним подручјима постигнут је висок степен хармонизације правних система држава чланица, али то није случај са породичним правом.¹⁸⁸ На нивоу Европске уније постоји тек незнатан број правила која се односе на имовинске односе супружника, и то, пре свега, у области уговорног имовинског режима. Тежиште хармонизације права у оквирима ЕУ усмерено је на поједина подручја грађанског права, међутим, процес европских интеграција захтева све већу активност и у области породичног права.¹⁸⁹

О намери приближавања породичноправних система не постоји општа сагласност правних теоретичара.¹⁹⁰ Несагласност у овој области условљена је природом породичног права као гране права на коју велики утицај имају култура и традиција одређеног народа. Породичноправне норме садрже основне вредности неког друштва, те их је због тога веома тешко мењати, а питање је да ли их је и потребно мењати и да ли би то било пожељно и корисно. Из тих разлога породичноправна питања нису непосредно регулисана европским законодавством.

Иницијативе за хармонизацију у овој области су изузетно ретке из разлога што постоје значајне разлике између правних система у овој области. Пример хармонизације у овој области

Овај Споразум, почетак фазе односа уређених свеобухватним уговором између Србије и ЕУ, потврђује перспективу чланства Србије у Европској унији. Захтев за пријем у чланство Србија је поднела 22. децембра 2009. године. Статус кандидата за чланство у ЕУ Европски савет доделио јој је 1. марта 2012. , док је одлуку да се отворе приступни преговори са Србијом донео 28. јуна 2013. године. <http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/teme/proces-pristupanja-republike-srbije-eu?lang=lat>, 21. 12. 2019.

¹⁸⁸ Пре неколико деценија израз „европско породично право“ звучао је помало вештачки или чак чудно. Данас расте свест да ова два појма имају нешто заједничко. Међутим, породично право као такво још увек није питање опште забринутости у развоју европског грађанског права. О њему се често расправља само у контексту европских људских права, темељних права у ЕУ или међународног приватног права. Међутим, данас су постали све јаснији проблеми који произлазе из разноликости породичног права у Европи и методе потребне за побољшање тренутне ситуације. Ипак, скептицизам према непотребним покушајима уједначавања законодавстава и даље надјачава то питање. (превод ауторке) Martiny, D. , „Is unification of family law feasible or even desirable?“, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1612157, 21. 12. 2019.

О два погледа на хармонизацију Породичног права (хармонизација самог Породичног права и хармонизација Породичног права са правом ЕУ) види: С. Панов, „Хармонизација породичног права Србије са правом ЕУ: политички разлози, друштвене и правне последице“, *Социолошки преглед*, vol. XLVII (2013), no. 1, стр. 53–74.

О тежњи ка стварању јединственог породичног права Европе види: О. , Цвејић-Јанчић, „Јединствено породично право Европе“, *Правни живот*, бр. 9/2004.

¹⁸⁹ О. Јовић, „Брачни уговор *versus* законског имовинског режима“, *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 9 (2011), 305.

О стању породичног права на нивоу Европе види: К. , Boele Woelki, „The road towards European family law“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 1. 1. November 1997; К., Boele-Woelki, N. , Dethloff, W., Gephart, *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, 2014; М., Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006.

¹⁹⁰ Majstorović, I. , „Pravni propisi Evropske unije koji se odnose na obiteljsko pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 53 (2003), br. 3-4, 759-782. ; I. Šimović, I. Ćurić, „Europska unija i obiteljsko pravo međunarodnopravni, procesnopravni i materijalnopravni aspekti“, *Ljetopis socijalnog rada*, 22 (2), 2015, 163-189.

јесу права нордијских земаља које су кроз сарадњу дошле до усвајања сличног модела брачног имовинског режима у свим нордијским земљама. Иако су касније промене у законодавствима неких од нордијских земаља довела до значајних промена у брачним имовинским системима, и даље се може говорити о Нордијском моделу који се темељи на истом приступу и истом концепту солидарност.¹⁹¹

У великом броју правних система на подручју Европске уније прихваћена су два имовинска режима: законски и уговорни.¹⁹² Хармонизација породичног права лакше је замислива на подручју уговорног него на подручју законског имовинског режима. Такво мишљење дато је у Студији о брачним режимима брачних парова и о имовини ванбрачних парова у мађународном приватном праву и унутрашњем праву држава чланица ЕУ. У наведеној студији Европска комисија је стала на становиште да није основано очекивати постизање споразума између држава чланица ЕУ о усвајању брачног имовинског режима који би био јединствен и заједнички свим државама чланицама. Наводи се да би било прихватљиво успостављање европског супсидијарног имовинског режима, по природи уговорног. Надаље се истиче да би давање могућности брачним партнерима да сами прихвате брачни режим, који би био заједнички свим европским грађанима и који би на јединствен начин уредио њихове имовинске односе, допринело међусобном приближавању националних прописа. У циљу обавештавања трећих лица предложено је да се у европски уговорни режим унесе одредба која установљава јавни регистар брачног режима и добровољне измене овог режима.¹⁹³ На основу наведеног произилази да би управо брачни имовински уговор могао бити фактор приближавања и потенцијалне хармонизације законодавстава земаља чланица.¹⁹⁴

Говорећи о начинима унификације породичноправне материје у теорији се истичу два основна. Један је прописивање основних типова имовинских режима, уз слободу супружника да одаберу један од њих. Други предлог се састоји у развоју „европског система брачне имовине“ који би био саставни део правних система држава чланица.

Први европски пропис у ком је препоручено доношење инструмента који се тиче брачних имовинских режима био је Бечки акциони план из 1998. године.¹⁹⁵

Брачни уговор је инструмент у коме се види велики хармонизацијски потенцијал.¹⁹⁶ На њега се гледа као на средство кроз које ће се почети са унификацијом породичноправне материје. Услед његове важности, брачни уговор је био тема Писаног питања П-1905/00 које је 2000. године било упућено Европској комисији.¹⁹⁷

¹⁹¹ W. Pintens, „Matrimonial Property Law in Europe“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed.), Intersentia, 2011, 45.

¹⁹² S. Bubić, „Ugovorni bračni imovinski režim u pravu EU i uporednom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, br. XXI., 2010, 25.

¹⁹³ *Ibid.*, 26.

¹⁹⁴ Тако и I. Majstorović, *Bračni ugovor – novina hrvatskog oveltjskog prava-*, Zagreb, 2005, 126.

¹⁹⁵ Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, “Vienna Action Plan“, (1999/C 19/01), <https://www.refworld.org/docid/3f5341ce2.html>, 21. 12. 2019.

¹⁹⁶ О унификацији на подручју ЕУ види: М. Игњатовић, „Да ли уговорно регулисање брачноимовинских односа свједочи о покушају унификације у оквиру Европске уније“, *Право Србије и право Европске уније- стање и перспективе*, Зборник радова, Правни факултет у Нишу, 2009.

¹⁹⁷ Written question P-1905/00 by Michael Cashman (PSE) to the Commission. Marriage contracts. Official journal C72, 6. 3. 2001. наведено према: I. Majstorović, *Bračni ugovor – novina hrvatskog oveltjskog prava-*, Zagreb, 2005, 127.

Писано питање у себи је садржало два питања: може ли Комисија потврдити да су брачни уговори који су ваљани и потписани у складу са законима једне државе чланице ЕУ ваљани и пред судовима друге државе чланице и да ли Комисија може гарантовати Европском парламенту да ће предузети мере за осигурање правне заштите грађана у таквим ситуацијама?

Комисија је у одговору на Писано питање навела да не постоје правила Заједнице која су примењива на брачне уговоре и брачне имовинске режиме. Бриселска и Римска Конвенција о надлежности и меродавном праву за уговорне обавезе у грађанским и трговачким предметима искључује из свог домена ове споразуме.¹⁹⁸

На састанку Европског већа у Бриселу 2004. године донет је нови програм под називом „Хашки програм: јачање слободе, сигурности и правде у Европској унији”.¹⁹⁹ У том програму Веће је од Комисије затражило да представи Зелену књигу о сукобу закона у стварима које се тичу брачноимовинских режима, укључујући питање надлежности и узајамног признавања. Савет и Комисија усвојили су Акциони план који имплементира Хашки програм. У акционом плану се Комисија позива да предложи Зелену књигу о сукобу закона у области која се односи на брачне имовинске режиме. Комисија је формирала тим експерата који су направили студију, а коју је Комисија касније прихватила. Студија садржи предлог да се изврши хармонизација правила међународног приватног права у области брачне имовине и да се уведу нови правни институти, као нпр. „европски брачни имовински систем“. „Европски брачни имовински систем“ би био уређен на идентичан начин у правном систему сваке државе чланице и супружници би могли да га уговоре.²⁰⁰

Увидевши да је у тренутним околностима хармонизација материјалноправних прописа у брачној имовинској материји немогућа, Комисија ЕУ је препознала потребу и корист хармонизације колизионоправних питања везаних за породичноправне имовинске режиме, те је 2006. године представила Зелену књигу о сукобу закона у области која се тиче брачних имовинских режима, укључујући питање надлежности и међусобног признања.²⁰¹ У овој књизи је брачни уговор дефинисан као уговор закључен пре склапања брака у циљу уређења имовинских односа међу брачним партнерима. У Књизи је истакнуто да није могућа хармонизација материјалног права, те да се због тога у њој разматрају основна питања сукобљених правила.

У циљу бољег уређења ове области у самој Зеленој књизи постављена су питања на која су заинтересовани били позвани да одговоре. Добијени одговори треба да унапреде питања из ове области, а између осталог и питање признања и извршења брачних уговора.²⁰² Нама је нарочито интересантан став изнет у Зеленој књизи, а односи се на регистрацију споразума о имовини у државама чланицама. Потреба установљавања регистра брачних уговора наведена је

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, *OJ*, C 53, 03 March 2005, 1.

²⁰⁰ O. Giacomo, Judicial co-operation in cross-border Family law matters, <https://www.giacomooberto.com/lecco/reportonlecco.htm>, 21. 12. 2019.

²⁰¹ Green paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition (presented by the Commission)(SEC(2006) 952), COM(2006) 400 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52006DC0400>, 21. 12. 2019.

²⁰² С. Бубић, «Уговорни брачни имовински режим у праву ЕУ и у упоредном праву», *Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару*, бр. XXI, 2010, 29.

као једна од основних хипотеза на самом почетку нашег рада. О уређењу регистра на националном и међународном нивоу биће речи у посебном делу дисертације, где се регистар помиње као средство заштите трећих лица са којима супружници ступају у имовинске односе.

Након доношења Зелене књиге о сукобу закона у стварима које се тичу брачноимовинских режима, укључујући питање надлежности и узајамног признавања започела су опсежна саветовања о свим аспектима потешкоћа с којима се суочавају парови у Европи, када се ради о ликвидацији њихове заједничке имовине и правним средствима која им стоје на располагању.

На састанку у Бриселу 2009. Европско веће донело је нови вишегодишњи програм назива „Стокхолмски програм – отворена и сигурна Европа у служби и заштити грађана”.²⁰³ У том програму Европско веће сматрало је да би се узајамно признавање требало проширити на подручја која још нису обухваћена, али су кључна за свакодневни живот, попут брачноимовинских права.

Комисија је 2011. године донела Предлог уредбе Већа о надлежности, меродавном праву те признавању и извршењу одлука у стварима брачноимовинских режима и Предлог уредбе Већа о надлежности, меродавном праву те признавању и извршењу одлука у погледу имовинских последица регистрованих партнерстава.

Веће је на састанку 2015. закључило да није могуће постићи једногласност за доношење уредби о брачноимовинским режимима и имовинским последицама регистрованих партнерстава, те да Унија као целина не може у разумном року остварити циљеве сарадње у том подручју.²⁰⁴

Као резултат разматрања захтева одређених земаља ЕУ²⁰⁵ о остваривању појачане сарадње у подручју имовинских режима међународних парова, Веће је 2016. донело Одлуку (ЕУ) 2016/954 о одобрењу такве појачане сарадње.²⁰⁶

Поље примене ове Одлуке би, у складу са чланом 81. УФЕУ-а, требало бити у контексту брачноимовинских режима с прекограничним импликацијама. У циљу обезбеђивања правне

²⁰³ The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting citizens, Official Journal of the European Union, C 115, 04 May 2010, 1.

²⁰⁴ Uredba vijeća (EU) 2016/1103 od 24. 06. 2016. o provedbi pojačane suradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka u stvarima bračnoimovinskih režima, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=EN>.

²⁰⁵ До 2016. Белгија, Бугарска, Чешка, Немачка, Грчка, Шпанија, Француска, Хрватска, Италија, Луксембург, Малта, Холандија, Аустрија, Португал, Словенија, Финска и Норвешка упутили су захтеве Комисији у којима наводе да међу собом желе успоставити појачану сарадњу у подручју имовинских режима међународних парова, а посебно у подручју надлежности, меродавног права те признавања и извршења одлука у стварима које се односе на брачноимовинске режиме и надлежности, меродавног права те признавања и извршења одлука у погледу имовинских последица регистрованих партнерстава, те у којима позивају Комисију да с тим у вези поднесе предлог Већу. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=EN>, 23. 12. 2019.

²⁰⁶ Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016 authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships OJ L 159, 16. 6. 2016, p. 16–18. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016D0954>, 23. 12. 2019.

сигурности венчаних парова у погледу њихове имовине и у циљу обезбеђивања одређене предвидљивости, сва правила која се примењују на брачноимовинске режиме требало би обухватити у једном инструменту.

У Одлуци (ЕУ) 2016/954 брачноимовински споразум се дефинише као врста располагања брачном имовином чија се допустивост и прихватање разликују међу државама чланицама. Како би државе чланице лакше прихватиле брачноимовинска права стечена као резултат брачноимовинског споразума, требало би дефинисати правила о формалној пуноважности брачноимовинског споразума. Споразум би требао бити састављен макар у писаном облику те би га обе стране требале датирати и потписати. Међутим, споразум би такође требао испуњавати додатне захтеве за формалну пуноважност одређене у праву меродавног за брачноимовински режим, како је одређено овом Уредбом и правом државе чланице у којој брачни другови имају уобичајено боравиште. Овом би се Одлуком такође требало одредити право које ће уређивати материјалну ваљаност таквог споразума.²⁰⁷

Право које је утврђено као меродавно за брачноимовински режим требало би уређивати брачноимовински режим од разврставања имовине једног или оба супружника у различите категорије током брака и након његовог развргнућа до ликвидације имовине.

Веће ЕУ је, узимајући у обзир Уговор о функционирању Европске уније, посебно његов члан 81. став 3. , Одлуку Већа (ЕУ) 2016/954 о одобрењу појачане сарадње у подручју надлежности, меродавног права те признавања и извршења одлука о имовинским режимима међународних парова, што обухвата ствари које се односе на брачноимовинске режиме и имовинске последице регистрованих партнерстава, као и предлог Европске комисије, донело 2016. године Уредбу (ЕУ) Већа 2016/1103 о спровођењу појачане сарадње у подручју надлежности, меродавног права те признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима.²⁰⁸

²⁰⁷ Када се не изабере никакво меродавно право, те с циљем усклађивања предвидљивости и правне сигурности са стварним животним околностима у којима се пар налази, овом би Уредбом требало увести усклађена колизијска правила за утврђивање права меродавног за сву имовину супружника на темељу лествице повезница. Прво заједничко уобичајено боравиште супружника недуго након склапања брака требало би бити први критеријум, испред права заједничког држављанства супружника за време брака. Ако се не примењује ни један од ових критеријума или ако нема првог заједничког уобичајеног боравишта у случајевима када супружници имају двојно заједничко држављанство у тренутку склапања брака, трећи критеријум требао би бити право државе с којом супружници имају најближе везе. Приликом примене овог критеријума требало би узети у обзир све околности те би требало јасно навести да те везе треба разматрати онаквима какве су биле у тренутку закључења брака. Када се ова Уредба односи на држављанство као повезницу, питање како се разматра особа која има вишеструко држављанство, прелиминарно је питање које није обухваћено подручјем примене ове Уредбе и требало би га препустити националном праву, укључујући, где је то примењиво, међународне конвенције, поштујући у потпуности општа начела Уније. То разматрање не би требало утицати на ваљаност избора права учињеног у складу с овом Уредбом. У вези с утврђивањем права меродавног за брачноимовински режим ако право није изабрано и ако нема брачноимовинског споразума, правосудно тело државе чланице требало би, на захтев било ког супружника, у одређеним случајевима – ако су се супружници преселили у државу свог уобичајеног боравишта на дуже време – моћи закључити да се може применити право те државе ако су се супружници ослонили на њега. У сваком случају, тиме се не смеју кршити права трећих лица. Odluka vijeća (EU) 2016/954 od 9. 06. 2016. o odobrenju pojačane saradnje u području nadležnosti, mjerodavnog prava te priznavanja i izvršenja odluka o imovinskim režimima međunarodnih parova, što obuhvaća stvari koje se odnose na bračnoimovinske režime i imovinske posljedice registriranih partnerstava, L 159/16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016D0954>, 24. 12. 2019.

²⁰⁸ Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8. 7.

У члану 3. Уредбе 2016/1103 брачноимовински споразум се дефинише као сваки споразум између брачних другова или будућих брачних другова којим они организују свој брачноимовински режим.

Уредба такође уређује формалну пуноважност брачноимовинског споразума.²⁰⁹ Брачноимовински споразум саставља се у писаном облику те га потписују оба брачна друга. Свака комуникација електронским средствима која осигурава трајни запис споразума има исту вредност као да је сачињена у писаном облику. Ако су правом државе чланице у којој оба супружника имају уобичајено боравиште у тренутку склапања споразума предвиђени додатни формални захтеви за брачноимовинске споразуме, ти се захтеви морају задовољити. Такође, ако супружници имају уобичајено боравиште у различитим државама чланицама у тренутку склапања споразума и ако су правима тих држава предвиђени различити формални захтеви за брачноимовинске споразуме, споразум је формално пуноважан ако задовољава захтеве било ког од тих права. Ако само један супружник има уобичајено боравиште у држави чланици у тренутку склапања споразума и ако та држава предвиђа додатне формалне захтеве за брачноимовинске споразуме, ти се захтеви морају задовољити. Уколико меродавно право за брачноимовински режим намеће додатне формалне захтеве, ти се захтеви морају задовољити.

Ова Уредба не утиче на примену билатералних или мултилатералних конвенција чија је страна једна или више држава чланица у тренутку доношења ове Уредбе или одлуке на основу члана 331. ст 1. другог или трећег подстава УФЕУ-а и које се односе на питања обухваћена овом Уредбом, не доводећи у питање обавезе држава чланица на темељу члана 351. УФЕУ-а.

Уредбом се прописује да независно о ставу 1. , ова Уредба, између држава чланица, има предност над конвенцијама закљученим између њих у мери у којој се такве конвенције односе на питања уређена овом Уредбом.

Из кратког прегледа појединих аката који су повезани са брачним уговором на европском нивоу, осликавају се потешкоће које се налазе пред европским законодавством у породичноправној материји. Чак и у погледу брачног уговора, института који је у функцији брачног права, али који има и облигационоправне елементе, хармонизација иде веома тешко и веома полако. На овом месту ћемо још једном поставити питање од ког смо и пошли у анализу места и улоге брачног уговора у европском законодавству, а то је да ли је хармонизација у породичноправној материји нужна и корисна?

Породично право сваке државе носилац је основних вредности тог друштва. Оно је продукт народне традиције, погледа на свет, обичаја и друштвеног морала. Одузимањем традиције једном друштву одузима му се и идентитет и оно временом прети да постане безлична маса појединаца. Народ који изгуби своју традицију губи својство народа. А ако народ изгуби своју традицију и вредности оно више губи потребу да има своју државу и постаје погодан

2016, p. 1–29 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>, 23. 12. 2019. О Уредби Већа 2016/1103 више види: А. , Duraković, „Међународни имовински односи у брачној и регистрованој заједници у Европској Унији“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar, 2018.

²⁰⁹ Чл. 25. , Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8. 7. 2016, p. 1–29 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, HR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103>, 23. 12. 2019.

материјал разним геополитичким „претумбавањима“. Из тих разлога све покушаје уједначавања породичноправних прописа земаља сматрамо не само тешким, мукотрпним, већ и са могуће крајње штетним исходом.

Иако се противимо идеји унификације породичноправне материје, поједина решења садржана у актима органа Европске уније који су до сада донети, а тичу се брачног уговора, свакако да могу да послуже као смернице националним законодавствима да би превазишли неке потешкоће са којима су се, у погледу примене института брачног уговора, на националном нивоу сусреле. Једним од таквих решења сматрамо увођење регистра закључених брачних уговора.

Уместо унификације материјалноправних прописа, сматрамо да би било корисно ускладити формалноправне процедуре везане за признање и извршење страних одлука како је то и предвиђено Уредбом Већа ЕУ 2016/1103 о спровођењу појачане сарадње у подручју надлежности, меродавног права те признања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима. На тај начин би се отклониле евентуалне потешкоће лица која закључују међунационалне бракове, уз поштовање и очување основних вредности сваког народа у Заједници.

4. ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА БРАЧНОГ УГОВОРА

4. 1. Термиолошке дилеме

На почетку проучавања неке појаве потребно је поћи од њеног термина. Термин је оно сачим се прво сусрећемо у проучавању једне појаве и од њега зависи много тога. Термин брачни уговор у себи садржи неку латентну контрадикторност, макар на први поглед, те је због тога потребно рашчланити овај појам, обрадити сваку од његових конститутивних елемената и на тај начин покушати приближити правни институт у целини.²¹⁰

Брачни уговор (*pacta nuptialia*) је уговор који се закључује у законом одређеној, писаној, форми, којим уговорне стране (будући супружници или супружници) уређују своје имовинске односе о постојећој или будућој имовини.²¹¹

У правној теорији и упоредноправним решењима за означавање овог правног института, поред термина брачни уговор сусрећемо се и са терминима: уговор о брачном имовинском режиму,²¹² брачно-имовински уговор,²¹³ *premarital agreement*,²¹⁴ *marrital agreement*, *marital property agreement*,²¹⁵ и др.²¹⁶

²¹⁰ Често се мешају појмови брачног уговора и уговора о заснивању брака. Панов истиче метаправни аспект разликовања брачног уговора од уговора о заснивању брака. Наводи да уговор којим се заснива брак форсира романтични, лирски елеменат хабитуса физичког лица. Док брачни уговор форсира реалан, рационални елеменат физичког лица. Код брачног уговора љубимо себе (бојећи се, и обезбеђујући се од, непријатних изненађења од друге стране), док код уговора којим заснивамо брак љубимо ближњег свог као и себе самог. Панов наглашава важност метаправног аспекта разликовања две правне појаве и истиче животни принцип да начин настанка једне установе или догађаја одређује и његово трајање и начин његовог престанка. С. Панов, „Предмет брачног уговора“, *Правни живот*, бр. 10/2009, 2009, 891.

²¹¹ Овакву дефиницију даје Панов. С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 353. Наведена дефиниција се од законске разликује у редоследу навођења страна уговорница брачног уговора (на првом месту су наведени будући супружници). Овакав, животу логичнији редослед, предвиђа и чл 271. ст. 3 Породичног закона РС.

²¹² Г. Ковачек Станић, «Уговор о брачном имовинском режиму у упоредном породичном праву», *Правни живот*, 9/2000, 507.

²¹³ Ј. Салма, „О брачном-имовинском уговору“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* бр. 11/2002, Нови Сад, 2002, 339.

²¹⁴ *Principles of the Law of Family Disolution: Analysis and Recommendations*, The American Law Institute, 2001, p. 32, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp>, 27. 12. 2019.

²¹⁵ Saldeen, A, „Family Law in Sweden“, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, 489. , наведено према: Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 338.

У англосаксонском праву под појмом *marital property/nuptial agreements* (брачни споразуми) подразумева се неколико врста споразума који имају за циљ расподелу имовине за случај развода брака. У ове споразуме се убрајају: *prenuptial agreement*, *nuptial agreement* и *separation agreement*. Ови споразуми имају исти циљ, али се разликује моменат у ком се закључују. О овој терминологији види у: S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, уводни део, ненумерисан, Note of Terminology.

²¹⁶ Иако ПЗ не познаје појам *предбрачни уговор*, уколико је реч о уговорном уређењу имовинских односа између будућих супружника, убичајено је да се уговор, у коме се наводи шта чини посебну имовину сваког од њих и колике је вредности, означава као предбрачни уговор. Г. Ковачек-Станић, *Породично право*, Нови Сад, 2005, 129.

У великом броју законодавстава не постоји прецизна дефиниција брачног уговора.²¹⁷ Тако на пример Швајцарски грађански законик одређује да брачни уговор може бити закључен пре или након закључења брака.²¹⁸ Немачки грађански законик предвиђа да супружници могу својим брачним уговором уговорити брачни имовински режим, те да чак и након ступања у брак могу укинути или изменити имовински режим.²¹⁹ У члану 40, Породичног закона РФ се наводи да је брачни уговор споразум лица која ступају у брак, или споразум супружника којим се одређују имовинска права и обавезе супружника у браку и (или) у случају његовог престанка. У праву Реп. Српске, наводи се да женик и невеста, односно брачни супружници могу брачним уговором другачије уредити своје односе у погледу заједничке имовине, те да се брачним уговором могу уредити имовинско-правни односи на постојећој или будућој имовини.²²⁰ Обитељски закон Реп. Хрватске у члану 40. наводи да се брачним уговором могу уредити имовинскоправни односи на постојећој или будућој имовини.²²¹

Правна теорија познаје различите дефиниције брачног уговора. Тако, *Planiol* сматра да брачни уговор представља уговор којим брачни партнери утврђују њихова имовинска права и сами утврђују брачни режим.²²² *Karbonie* брачни уговор сматра инструментом разновидности, могућности избора и модификација различитих модела брачног имовинског режима.²²³ *Orliac* и *Gazzaniga* наводе да брачни уговор представља породични уговор који се односи на имовински режим супружника, али понекад и на наслеђивање њихових родитеља или на услове које треба да испуне у корист њихове деце.²²⁴

Прва реч на коју наилазимо у синтагми *брачни уговор* јесте *брачни*. Ако бисмо судили о појави по појму, закључили бисмо да се ради о уговору који могу да закључе само лица која се налазе у браку. Међутим, овакав закључак би био погрешан. Породични закон Србије као уговорне стране брачног уговора предвиђа, како супружнике тако и будуће супружнике.

²¹⁷ D. Micković, A. Ristov, „Bračni ugovor u makedonskom pravu i uporednom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2012, 39.

Интересантна је и дефиниција дата у УРМАА. У њему се термином брачни уговор означава споразум између супружника који намеравају да остану у браку, који потврђује, мења или којим се одриче од брачног права или обавезе током брака или у случају развода, раскида брака, смрт једног од супружника, или појаве или изостанка било ког другог догађаја. Израз укључује и амандман предбрачног или брачног уговора који супружници потписују након што се венчају. Sec. 2 (definitions), 2); Uniform premarital and marital agreements act, <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=0ffc2fc9-e93d-7a65-76f7-a52ac0bc21ed&forceDialog=0>, 11. 03. 2020.

²¹⁸ Чл. 182, ZBG.

²¹⁹ Параграф 1408, BGB.

²²⁰ Чл. 271 ст. 3 и 4. , Породичног закона РС.

О брачном уговору у РС више види: Д. Радић, „Предмет брачног уговора“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 32/32/2010, Бања Лука, 2010. А о решењу у федерацији БиХ види: Ž. , Galić, G. , Kolobarić, „Bračni ugovor u sklopu imovinskih odnosa u braku i izvanbračnoj zajednici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XXI/2010, 171-177.

²²¹ Чл. 40, *Obiteljskog zakona Rep. Hrvatske*, NN 103/15, 98/19.

О брачном уговору у хрватском праву више види: М. , Erdelac, “ Imovinsko pravni odnosi u braku”, Paragraf: časopis za pravna i društvena pitanja Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku, Vol. 2 br. 5, 2018, 25-28.

²²² М. Planiol, *Traite Elementaire de DROIT CIVIL*, Tome troisieme, Paris, 1910, 8, наведено према: D. Micković, A. Ristov, „Bračni ugovor u makedonskom pravu i uporednom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2012, 40.

²²³ J. Carbonier, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Quadriage/Puf, Paris, 2004, 1262, наведено према: D. Micković, A. Ristov, „Bračni ugovor u makedonskom pravu i uporednom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2012, 40.

²²⁴ P. Orliac, J. Gazzaniga, *Historie du droit prive de l'An mil du Code civil*, Edition Albin Michel S. A., Paris, 1985, 300, наведено према: D. Micković, A. Ristov, „Bračni ugovor u makedonskom pravu i uporednom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2012, 40.

Оправдање за коришћење термина *брачни* налази се у чињеници да овај уговор производи правно дејство под одложним условом, а то је закључење брака.²²⁵ Брачни уговор не производи правна дејства до закључења брака.²²⁶

Друга реч ове синтагме јесте *уговор* и она изазива доста неразумевања и неприхватања у породичноправној материји. Устаљена је предрасуда да је уговор страни елемент у породичном праву, и да представља препреку у одвијању породичних односа.²²⁷ Оваква стигматизација уговора у погледу породичноправних односа последица је непотпуног разумевања појма уговора.

Појмом уговора се традиционално означавају само они споразуми за које се везује неко имовинскоправно дејство и он се везује за облигационо право.²²⁸ Уговор је у средишту имовинског права. Институт уговора можемо да посматрамо у ужем и у ширем смислу. У ужем смислу правни институт уговора припада искључиво имовинском праву и као таквог га не можемо користити у породичноправним односима. Са друге стране, ако уговор посматрамо у ширем смислу као сваки споразум две стране којима се постиже одређено правно дејство, онда он своју примену налази и у неимовинским правима (породично, наследно, и др. права).

Реч уговор у колективној свести је синоним за меркантилизам, рационализам и за правни инструмент у коме нема места за емоције. Овакво схватање уговора последица је класичне уговорне теорије²²⁹ која уговор дефинише као сагласност воља којом се стварају правно обавезујуће последице.²³⁰

²²⁵ Мишљења смо да се брачни уговор не производи дејства до закључења брака јер га сматрамо акцесорним уговору о браку и намењеним за регулисање искључиво имовинских односа супружника, а не и ванбрачних партнера. Сматрамо да ванбрачни партнери своје имовинске односе не могу регулисати истим правним средством као лица која се налазе у браку, тј. брачним уговором. Решење према коме би се сматрало да брачни уговор производи правна дејства и пре закључења уговора може се разумети погледом појединих аутора на брачни уговор као на средство за регулисање имовинских односа и брачних и ванбрачних партнера. О особености ванбрачног партнерства и разлозима за прописивање другог инструмента за уређење међусобних имовинских односа ових лица биће речи у посебној глави овог рада.

²²⁶ Ако брачни уговор закључују супружници, онда он производи правна дејства од момента овере уговора.

²²⁷ На уговор се гледа као на препреку у одвијању породичних односа из разлога што је прихватање индивидуалне воље често праћено непоштовањем основних породичноправних вредности. Доношењем Европске конвенције о правима човека имало је одлучујући утицај на давање првенства интересима појединца над интересима група, те се њеном појавом изменио угао гледања и у породичноправним односима. З. Поњавић, «О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору», *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, 163.

²²⁸ З. Поњавић, „Уговори којима се уређују лични односи у породичном праву“, *Правни живот*, год. 47, том I, бр. 9 (1998), 669.

²²⁹ Класична уговорна теорија је настала да би служила слободном тржишту или *laissez-faire* економији, и како би створила оквир унутар кога би се одвијала слободна трговина. Суштина овог концепта је у слободи уговорника да самостално одлучују не само о томе да ли ће закључити уговор већ и која ће му бити садржина. Према овој теорији држава не би смела да интервенише у односе уговорника те да одлучи о дерогацији појединих делова уговора или целог уговора. Класична теорија је и данас веома утицајна у уговорном праву. Из овако широко постављених овлашћења уговорника произилази одређени број претпоставки о односу између страна уговорница. Једна од њих јесте нагласак на индивидуалне намере страна уговорница (више него на њихов однос). Претпоставља се да су стране уговорнице једнаке у преговарачким позицијама. Овај концепт потенцира потпуно себично захтевање остваривања сопствених интереса. Класична теорија уговора претпоставља да су стране уговорнице ушле у уговорни однос потпуно слободно. Према овом концепту стране уговорнице обезбеђују правичност исхода, а суд ту нема никава права, што се не сматра неправичним јер се полази од претпоставке једнакости страна уговорница. На основу изложеног јасно је да концепт аутономије воље формиран на основи класичне уговорне теорије не може

Класична концепција уговора није погодна за примену у породичноправним односима. Постоје два битна проблема која произилазе из схватања брачног уговора као обичног уговора. Прво, баланс моћи је обично нарушен, те тако уговор не представља израз аутономије воље обеју страна. Друго, животне околности се обично промене од момента закључења брачног уговора до момента развода брака супружника.²³¹

Тако ако би се брачни уговор сматрао обичним уговором и ако се правила облигационог права не би прилагодила посебности примарног односа уговорника онда би брачни уговор био средство манипулације и злоупотреба моћи једне стране, те би доводио до исхода супротног његовом настанку. У брачном односу, и уговору закљученом поводом тог односа, не постоји моментална размена добара, већ се она базира на узајамности током периода трајања брака.²³²

Брак је свеобухватна појава која у себи садржи како емоционални тако и економски аспект и заснива се (бар би требало) на љубави и поверењу. Брак је и динамичка појава, однос у ком се током времена могу појавити значајне промене на које се супружници континуирано прилагођавају, најчешће по заједничком пристанку.²³³ Промене у односу могу бити разне,²³⁴ а њих је тешко или немогуће предвидети у моменту закључења брачног уговора. У светлу ових чињеница јасно је да преговарање у погледу брачних уговора не може бити посматрано као оно у случају комерцијалних уговора, где су околности претежно познате и предвидљиве. Преговарачке могућности зависе од већег броја како унутрашњих тако и спољних фактора (емотивна повезаност уговорника, постојање заједничке деце, заједничка комерцијална улагања, однос према браку, његова важност за неког од супружника, животни период у ком супружници приступају закључењу брачног уговора и др). Проблематична је околност што до иницирања и закључења брачног уговора долази управо када су стране неједнаке у положају, односно када је једна од страна више економски обезбеђена. Правни посао који се закључује између људи који се налазе у емотивном односу носи са собом бројне ризике те је потребно усвојити посебна правила или макар модификовати постојећа да се закључењем уговора не би нанела штета једној од страна. Ова правила треба да штите супружнике или будуће супружнике како у фази

бити употребљен у брачном уговору, те да га је нужно допунити другим аспектима. О томе више види у деловима дисертације које следе а које се баве заштитом „слабије стране“ у уговору као и у: J. Herring, „Relational autonomy and care“, *Regulating Autonomy: Sex, Reproduction and Family* (eds) S. Day-Sclater, Hart Publishing, 2009, 55.

²³⁰ Наш Закон о облигационим односима не садржи дефиницију уговора. Дефиницију уговора срећемо у правној теорији. Перовић дефинише уговор као сагласност воља два или више лица којом се постиже неко правно дејство. Перовић наводи да је то општи појам који се не среће само у облигационом праву већ и у другим гранама права (породичном, наследном, стварном, радном, социјланом, и др.) као дефиницију прилагођену облигационом праву наводи: уговор је сагласност воља два или више лица којом се постиже неко облигационоправно дејство. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 151.

Сагласност воља два или више лица означава се разним појмовима. Најчешћи назив је уговор (корен вуче из римског назива *contractus*). У француској правној теорији помиње се и конвенција која се схвата као *genus*, док се уговор схвата као *species*. Конвенцијом се назива свака сагласност воља која има за циљ да створи, промени, или укине неки правни однос, док се уговором назива само она сагласност којом се заснива правни однос. Изрази конвенција, споразум, пакт, данас се често употребљавају у међународном праву. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 152.

²³¹ S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 129.

²³² N. Dethloff, „Contracting in Family Law: A European Perspective“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011, 85.

²³³ A. Sanders, „Private Autonomy and Marital Property Agreements“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, 2010, 596.

²³⁴ Промене се могу заснивати на рођењу детета, промену занимања, болест, и др.

закључења уговора тако и у фази његовог извршења, урачунавајући могуће промењене околности²³⁵ и њихов утицај на извршење брачног уговора. Процедуралне заштитне мере требају да спрече сазнајне недостатке уговорница и да сузбију суштинску неравноправност супружника.

Али уговор није једнозначна и једноставна појава, нити је његова основна функција корективна, како то види класична концепција. Уговору не треба приступати као средству санкције, већ као средству комуникације, организације и планирања људских односа.²³⁶ Уговорне стране не посматрају уговор као правници, те се уговорна пракса разликује од класичне теорије. Постојећа неусаглашеност се настоји превазићи „релационом теоријом уговора“. Ова концепција је више прилагођена стварности, а нарочито динамици интимних односа.²³⁷

Средиште (фокус) релационе теорије представља однос између страна уговорница. *Macneil* сматра да је однос између страна уговорница оно што је основно за разумевање разних врста споразума. Што се тиче уговорне способности он је поставља између „дискретних трансакција“ („discrete transactions“) и „текућих трансакција“ („ongoing relations“).²³⁸ Прва врста трансакција је карактеристична за лица које не везују никакве везе, док се друга врста везује за оне које везује неки однос који траје дуже времена. *Macneil* наводи да стране у релационим уговорима гледају на свој однос као на једну непрестану нарастајућу интеграцију понашања која је подложна променама зависно од догађаја у неизвесној будућности.²³⁹ Наведени опис сажима однос између супружника који може бити регулисан брачним уговором.

Релациона теорија нарочиту пажњу придаје контексту и посебно је осетљива на могуће неравноправности између уговорника, што није случај са класичном и неокласичном теоријом уговора које шири контекст не интересује.²⁴⁰ *Macneil* износи нарочиту критику у погледу употребе класичне теорије на уговоре који обухватају неки будући догађај (баш као што је случај са брачним уговором).²⁴¹ Наиме у оваквим уговорима се у тренутку закључења уговарају одредбе које се односе на будуће догађаје које никад није у целости могуће предвидети. Проблем немогућности утврђивања будућих догађаја јесте својствено свим уговорима чије извршење траје дужи временски период, а нарочито је изражено у брачном уговору, јер у овом случају на развој догађаја утиче јако велик број фактора која је немогуће предвидети, а с обзиром на емоције, ни контролисати. Релациона теорија рачуна на могућност да се ствари

²³⁵ Велики број земаља дозвољава измену брачног уговора услед промењених околности, али под условом да су оне биле такве да основано може да се узме да уговорне стране нису могле да их предвиде нити спрече. N. Dethloff, „Contracting in family law: A European perspective“, *The future of family property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (eds), Cambridge – Antwerp – Portland, 2011, 78.

²³⁶ З. Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, 166.

²³⁷ А. Roy, „Contrat en contexte d’“intimite“, *Revue de droit de McGill*, Vol. 47, 861, наведено према: З. Поњавић, О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, 166.

Оснивачем релационе теорије сматра се *Ian Macneil*.

²³⁸ I. Macneil, *Contract: Exchange Transactions and Relations*, 2nd edn, Foundation Press, 1978, 12; Наведено према: S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 139.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ R. Leckey, „Relational Contract and Other Models of Marriage“, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 40, No 1, 2002.

²⁴¹ I. Macneil, „Contract: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law“, *Northwestern University Law Review*, Vol, 72, No. 6, 1978, 863 и др.

промене, уз вођење рачуна и о уговорном односу страна уговорница. Релациона теорија уговора садржи и другачије схватање аутономије воље. Она, за разлику од класичне уговорне теорије, не полази од тога да су стране уговорнице једнаке у преговарачким позицијама,²⁴² те да и евентуална почетна равноправност у моменту закључења уговора не мора значити да ће у току трајања брака она остати ненарушена. Дакле, према овом концепту, приликом извршења уговора било би нужно утврдити да ли је и током трајања брака постојала аутономија. О примени релационе уговорне теорије на питање начела аутономије воље и слободе уговарања супружника биће детаљније речи у делу који се бави слободом уговарања супружника.

Релациона теорија све уговоре класификује у две категорије.

Прву категорију чине они уговори којима се врше трансакције; уговори којима се констатује или предвиђа извршење само једне размене. Стране у овим уговорима нису раније били нити ће по закључењу уговора бити у неким личним односима. Карактеристичан представник ове врсте уговора је уговор о купопродаји.

Друга група обједињује „релационе“ размене.²⁴³ Релационе размене се карактеришу односом између уговорника који има за циљ да се настави и у будућности, а трајање им је генерално неодређено. Пример за овај тип размене био би односи између радника и послодаваца.

Класична теорија односи се само на трансакционе односе, али не може да обухвати све суптилне уговорне односе, оне у којима се стране уговорнице и пре ступања у уговорни однос налазе у неком личном односу који и условљава појаву уговорног односа. Да би се схватила и прихватила релациона теорија потребно је на уговоре гледати из другог угла у односу на онај из ког посматрамо водећи се схватањем класичне теорије. Релациони уговори су намењени регулисању оних односа који су предвиђени да трају, који се односе на одржавање и трајање у неодређеном временском периоду између лица која су међусобно изабрала да сарађују у извршењу неког циља и где су од нарочите важности личне особине уговорних страна.²⁴⁴

Уговор, према релационој теорији није средство санкције за неизвршење, већ средство успостављања нормативног оквира унутар кога ће се одвијати односи кроз један дужи временски период. Овако посматрано уговор није средство заштите интереса једне стране, већ инструмент за нормално функционисање између лица која су повезана на више начина. Верујемо да би ширењем идеје и схватања уговора датог у релационој теорији у свести, како правника тако и лаика, нестао негативни призвук који у погледу речи „уговор“ постоји.

Посматрајући кроз релациону теорију уговор, поставља се питање могућности примене овог концепта на брачни уговор.

²⁴² *Leckey* користи синтагму „rational choosing machines“ за означавање страна уговорница како их види класична уговорна теорија. R. Leckey, *Contextual Subjects: Family, State and Relational Theory*, University of Toronto Press, 2008, 102. , наведено према: S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 142.

²⁴³ Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, 166.

²⁴⁴ *Ibid.*

Релациона теорије не гледа на однос као на уговор већ на уговор као на однос.²⁴⁵ Због стављања акцента на однос страна уговорница и на сам контекст уговора, сматрамо да би релациона теорија могла да се развије у теорију која би поговарала сложености природи брачног уговора. Овде говоримо о *развоју* релационе теорије, односно о њеном реосмишљавању, јер је сама теорија настала као средство решавања контекстуалног проблема у пословној области. С обзиром да се ова теорија базира на разматрању односа између страна уговорница она јесте добра полазна основа теорији која би служила правилнијем поимању, али и примени брачног уговора, с тим да је потребно извршити њена даља прилагођавања која би уважила посебност брачног односа уговорника.

Како је ову теорију *Macneil* развио за комерцијалне уговоре она није погодна да се у неизмењеном виду употреби на брачни уговор. Иако ова теорија рачуна на променљивост околности, она то чини с обзиром на комерцијалне уговоре који су ипак предвидљивији у односу на интимне односе. Поред тога, циљ комерцијалних уговора јесте новац, односно добит, а брачног уговора – брак.²⁴⁶ Брачни уговор настаје у служби брака (бар би требало), а не остваривања профита.²⁴⁷ Из наведених, али и других разлога, релациону теорију у њеном непромењеном, изворном облику није погодно употребљавати на брачни уговор.

Иако за разлику од класичне уговорне теорије, релациона теорија уважава шири контекст једног споразума, она се посебно не осврће на проблем дисбаланса моћи који је више него присутан у брачним уговорима. Да би се релациона теорија применила на брачни уговор потребно ју је допунити и прилагодити брачном уговору. У овом делу рада не бисмо залазили у нека питања која нам тек следе за обраду, а које је нужно обрадити пре приступања детаљној анализи модификације релационе уговорне теорије, те ћемо се за сада удаљити од ове теме и посветити се обради оних тема које је потребно обрадити пре поновног враћања на задату тему. Даљу анализу ове теме извршићемо у оквиру поглавља које се бави заштитом „слабијег“ супружника.

Како је полазна идеја обраде ове теме била изналажење одговора на питање о оправданости назива института *брачни уговор*, иако на овом месту нећемо даље разрађивати тему модификације релационе теорије, ипак се указује потреба да се већ сад уобличи одговор на питање оправданости појма *брачни уговор*.

Прихватајући схватање измењене релационе уговорне теорије о брачним уговорима закључујемо да је назив института коришћен у нашем праву правилан. Мишљења смо да ће прихватањем прилагођене релационе уговорне теорије и ширењем њене идеје у јавности временом нестати негативни, меркантилистички и утилитаристички призив који појам „брачног уговора“ сада има у јавности. Посматрајући синтагму „брачни уговор“ кроз призму прилагођене релационе теорије овај институт разумевамо као средство за утврђивање нормативног оквира унутар кога ће се уважавати интереси сваког лица, без фаворизовања било

²⁴⁵ L. Mulcahy, „The Limitations of Love and Altruism: Feminist Perspective on Contract Law“, *Feminist Perspective on Contract Law*, (eds) L. Mulcahy and S. Wheeler, London, 2005, p. 8.

²⁴⁶ I. M. Ellman, „The Theory of Alimony“, *California Law Review*, Vol. 77, No. 1, 1989.

²⁴⁷ *Wightman* наводи да стране у комерцијалном уговору немају за циљ да учине нешто добро другој страни, док су стране уговорнице брачног уговора мотивисане другим циљевима, а не личним интересом. J. Wightman, „Intimate Relationships, Relational Contract Theory and the Reach of Contract“, *Feminist Legal Studies*, Vol 8, 2000, 93., наведено према: S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice – Issues of Power in Theory and Practice*-, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 146.

које стране, уз нарочиту пажњу на личне односе који су примарни у односу на уговорне који само прате личне и у њиховој су функцији. Нормативи оквир који буде успостављен закључењем брачног уговора биће само гаранција већег поштовања равноправности супружника у браку. Да би се ова теоријска концепција спровела у дело, потребно је успоставити механизме којима би се равноправност у нормативном оквиру конституисаном брачним уговором контролисала и гарантовала. О овим средствима, као што је већ напоменуто, биће речи у делу који говори о заштити „слабије“ стране у браку.

4. 2. Правна природа брачног уговора

Брачни уговор је сложен правни институт. Сам назив института говори о његовој сложености и специфичности. Брак и уговор могу деловати неспојиво.²⁴⁸ Управо овај институт показује сву сложеност релација између имовинског права и породичног права, али он је истовремено место на коме се они сусрећу и прожимају стварајући један нови квалитет- брачни имовински уговор.

Уговор, према важећој класичној уговорној концепцији, јесте средство меркантилизма и поље економских односа, док је брак поље љубави и емоција. Уговор омогућава економски и правни промет. Понашање уговарача опредељено је њиховим интересом. Код пословних уговора странка настоји да прибави добра под најповољнијим условима. Уговор претпоставља независност странака и у већини случајева супротстављене интересе уговорника. Супружници немају ниједан ни други квалитет у потпуности.²⁴⁹ Услов постојања здравог брачног односа јесу управо међусобни уступци супружника и редукција личне воље у циљу постизања и остварења међусобног добра супружника. Класично схваћен уговор немогуће је без детаљнијег прилагођавања користити у брачним односима. Уговор који будући супружници или супружници закључују поводом својих имовинских односа мора бити прилагођен институту брака због кога и поводом кога се закључује. Све ове модификације правила имовинског права довела су до измене класичног уговора у мери да се створио посебан квалитет, уговор посебне врсте.²⁵⁰

Одступања у односу на основна правила уговорног права која постоје у погледу брачног уговора јесу значајна, и утицај брачног права на сам брачни уговор јесте велик, али не у тој мери да бисмо овај институт сврстали у брачно право. Дакле брачни уговор не можемо сврстати у целости ни у уговорно право нити у брачно право. Чињеница да је брачни уговор сложен институт не сме нас обесхрабрити у даљој анализи. Сврставање брачног уговора било у

²⁴⁸ L. , Babić, O. , Baršćevski, „(Ne)spojivost bračnog ugovora i dobra supruga“, *Bogoslovska smotra*, god. 84, br. 2, 2014.

²⁴⁹ Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 274.

²⁵⁰ О „посебној природи“ брачног уговора говори и Правна комисија Енглеске и Велса (The Law Commission for England and Wales) у *Marital Property Agreements* (Law Com No 198, 2011) par. 6. 49., http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp198_Marital_Property_Agreements_Consultation.pdf.

Lady Hale, један од поступајућих судија у поступку који је променио гледање на брачни уговор у Великој Британији, *Radmacher v Granatino* (2010), на више места у самој пресуди је истицала посебност брачног уговора у односу на уговоре који се закључују између пословних партнера. *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*, 2009 EWCA Civ 649, 2010 UKSC 42.

уговорно право, било у породично право, водило би његовом нетачном поједностављивању који би имало даље реперкусије у његовом погрешном схватању, те погрешној примени. Погрешна примена овог правног посла водила би штети не само за стране уговорнице, већ и за њихове евентуалне потомке, трећа лица и за друштво у целини.

Брачни уговор на својеврсни начин припада како уговорном праву тако и брачном праву. Разлог из ког лица улазе у овакав правни однос јесте расподела њихове имовине на начин другачији од законом предвиђеног. Дакле, с обзиром да се ради о имовинским питањима која имају последице не само за стране уговорнице, неизоставно је да у вези са њим буду примењена правила облигационог права. Правила облигационог права су неизоставна и у поступку извршења брачног уговора. Али, примена правила облигационог права, у њиховом неизмењеном облику водила би такође до погрешних и неправичних исхода. Како је брак примарни однос поводом кога лица и закључују брачни уговор, неизоставно је правила облигационог права прожети правилима брачног права, да би она у целини, довела до исправне примене овог правног института.²⁵¹

Из практичних разлога у анализи особености брачног уговора и његове правне природе ми полазимо од основних поставки уговорног права, мењајући их и прилагођавајући их принципима брачног права. Наведени приступ према коме ћемо брачни уговор обрадити полазећи од основних правила уговорног права, мењајући их елементима породичног права, требао би да резултира у правилнијем схватању овог института те смисленијем одређењу његове садржине, што и представља крајњи циљ писања ове дисертације. Одређивање правилне правне природе самог института има значајне последице у правилној примени правних инструмената у току његовог настанка, постојања и његове имплементације. Модификације, које ћемо настојати да прикажемо, имају за циљ правилнију примену самог института и испуњавање циља због ког је брачни уговор и настао, уз заштиту како „слабије“ уговорне стране тако и трећих савесних лица.

Одступања од класичних имовинских правила и особености уговора приказаћемо кроз анализу особина брачног уговора и правних начела која су од значаја за уговор, а нарочито кроз

²⁵¹ Поред општих правила облигационог права, нека, малобројна законодавства, предвиђају посебна правила за регулацију брачног уговора. Најчешће те одредбе само спецификују да одредбе брачног уговора или уговор у целини не смеју бити у супротности са јавним редом или моралом. Законодавства се деле на она која изричито прописују да су такве одредбе неважеће (нор. Литванија чл. 3. 105 Civil Code of the Republic of Lithuania, Шпанија чл. 1328 Spanish Civil Code) или је суд овлашћен да их прогласи неважећим (Грчка чл. 178-187 Greek Civil Code, A. G. Koutsouradis et al, K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (eds), *European Family Law in Action, Vol. IV: Property relations between spouses*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, 1232.).

У нордијским земљама облигационо право је супсидијерно. Све нордијске земље су установиле посебна правила која се баве прилагођавањем неправичних брачних уговора. (Sec 46 Norwegian Marriage Act, Sec. 103b Finnish Marriage Act, sec. 58 Danish Marriage Act, ch. 12 se. 3 Swedish Marriage Act).

Члан 43. пар. 2 Породичног закона упућује на примену општих правила уговорног права у погледу измена и престанка уговора. Према члану 451. Руског Грађанског законика суд је слободан да измени или поништи брачни уговор услед промењених околности. У руској литератури се доста расправља да ли ова одреба која је примарно створена за комерцијалне уговоре може имати примену у брачним уговорима. Л. М. Пчелинцева, *Комментарий к Семейному Кодексу Российской Федерации*, Москва, 2009, 202.

Неке државе као што су Русија и Шпанија изричито захтевају да уговор буде у складу са начелом једнакости супружника. Види: чл. 42, пар. 3, Семейный Кодекс Российской Федерации; чл. 1328 Шпанског Грађанског законика. Више о пооридчном праву у Шпанији види у: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz „Family Law in Spain: Contractualisation or Individualisation?“, *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, (ed.) Frederik Swennen, 2015, 293-310.

начело слободе уговарања јер се у овом начелу највише очитују особености брачног уговора. Кроз анализу начела приближиће нам се особености овог института које су и условиле да се ради о својеврсном уговору.²⁵² Тврдњу да брачни уговор има особену правну природу доказиваћемо и кроз анализу услова за пуноважност (брачног) уговора у следећој глави.

4. 2. 1. Особине брачног уговора

Начело слободе уговарања омогућило је лицима да закључују бројне и разноврсне уговоре. Закључење и извршење уговора углавном је регулисано општим правилима, али због различитих права и обавеза које произилазе из уговора, постоје и посебна правила за поједине врсте уговора. Из ових разлога се јавила потреба за једном општом класификацијом уговора.²⁵³ Извршити једну општу класификацију уговора изузетно је тешко. Уговори могу бити крајње разноврсни, са друштвеним променама и развојем мењају се и врсте уговора које субјекти закључују.

У нашој правној теорији широко је прихваћена класификација коју излаже Перовић. Ова класификација покрива све основне категорије уговора. Тако Перовић уговоре дели према: законском регулисању на именоване и неименоване; нужним условима за настанак на формалне и неформалне; односу права и обавеза на једнострано обавезне и двострано обавезне, теретне и добротине, алеаторне и комутативне; дужини трајања престације на уговоре са тренутним извршењем и уговоре са трајним извршењем обавеза; карактеру престације на једноставне и мешовите; техници и начину закључења на уговоре са споразумно одређеном садржином и уговоре по приступу, колективне и индивидуалне, генералне и посебне; зависности једних од других на самосталне и акцесорне; личности уговорника на уговоре закључене *intuitu personae* и уговоре закључене без обзира на својства личности; уговорној обавези да се закључи други уговор на претходне и главне и видљивости каузе на каузалне и апстрактне.

У складу са наведеном класификацијом и ми ћемо посматрати брачни уговор и покушати да га одредимо и ближе одредимо.

Од 2005. године брачни уговор је регулисан Породичним закон те га можемо сврстати у именоване уговоре. Поред Породичног закона, у случају да одређено питање њим није

²⁵² Шире посматрано сваки уговор се у односу на други уговор разликује и представља уговор своје врсте. Да би се могло рећи да се ради о уговору посебне врсте (својеврсни уговор) потребно је да одступања буду у тој мери значајна да преобразују основна општа својства уговора дајући му нови квалитет. Сматрамо да је овакав случај са брачним имовинским уговором.

Игњатовић сматра да је брачни уговор, у ширем смислу, облигациони уговор. Објашњавајући одредницу у *ширем смислу* наводи да је брачни уговор уговор код кога долази до преклапања више грана права: породичног и грађанског. Иако се у теорији он наводи као облигациони уговор са елементима породичног права, она сматра да би било адекватније посматрати га као уговор породичног, тј. брачног права, управо због његових специфичности, како у погледу лица која га закључују, временског трајања, као и различитости послова. М. Ignjatović, „Imovinski ugovor bračnih drugova u pravu Republike Srbije – Nesklad teorije i prakse-“, *Pravni život*, br. 10/2008, 491.

О тежини утврђивања правне природе брачног уговора говори и Brix који наводи да брачни уговори обухватају многе правне области. В. Brix, „Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think About Marriage“, *William and Marry Law Review*, Vol. 40, 1998, 145.

²⁵³ О начину класификације уговора, критеријумима и о самој подели види код: С. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд, 1981, 190-243.

регулисано (а велика је вероватноћа јер је брачни уговор у нашем Породичном закону регулисан једним чланом), примењују се општа правила облигационог права која се односе на уговоре, односно примењује се Закон о облигационим односима.

Од увођења нотаријата у Србију,²⁵⁴ да би брачни уговор био пуноважан потребно је да се закључи у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.²⁵⁵ Дакле брачни уговор је формалан уговор.

Посматрајући брачни уговор према односу права и обавеза, можемо га сврстати како у двострано обавезне тако и у једнострано обавезне уговоре и у теретне, али и у доброчине уговоре. Циљ који будући супружници или супружници желе постићи закључењем брачног уговора обично се састоји у стицању одређених имовинских права током трајања брака или по његовом престанку, али и у преузимању одређених обавеза, тако да су брачни уговори по правилу двостранообавезни и теретни уговори. Свакако, могуће је и да брачни уговор буде закључен као доброчин, једностранообавезан уговор.

Ако су у тренутку закључења брачног уговора познати предмет и висина обавезе сваке уговорне стране и ако је познато ко прима и шта по уговору ко дугује ради се комутативном уговору.²⁵⁶ Како у пољу брачног уговора постоји широка аутономија воља уговорника, будући супружници или супружници, могу предвидети да брачни уговор има својства алеаторног уговора. Такав је случај ако супружници брачним уговором уређују питања будуће имовине и у моменту перфекције уговора није могуће утврдити обим обавеза једне или обе стране, односно не зна се да ли ће обавеза за једног уговорача уопште настати.²⁵⁷

Гледајући према дужини трајања престације брачни уговор је уговор са трајним извршењем обавеза.²⁵⁸ Обично се брачни уговор закључује са циљем испуњавања више облигација, а његово испуњење се врши кроз више радњи давања, чињења или нечињења.²⁵⁹

²⁵⁴ 2011. године у Србији је донет Закон о јавном бележничтву, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 - др. закон, 93/2014 - др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015)

О историјату више види: В. Булатовић, *Историјат брачних уговора као врсте нотарских аката*, (специјалистички рад), Београд, 2005.

²⁵⁵ Чл. 188, ст. 2 Породичног закона РС.

Нотаријалну форму као услов пуноважности брачног уговора познају и Аустрија, Немачка, Швајцарска, Италија, Француска, Белгија. W. , Pintens, "*Matrimonial property law in Europe*", *The Future of Family Property in Europe*, (ed.) K. Voelke-Woelki, J. Miles, J. M. Sherpe, 2011, 38.

²⁵⁶ Већина теретних уговора су и комутативни уговори. Нису само двострано обавезни уговори комутативни, то могу бити и једностранообавезни (нпр. зајам са каматом). С. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд, 1981, 2008.

²⁵⁷ Такав би био случај ако супружници уговоре да ће добитак од игара на срећу, без обзира на улог, улазити у састав заједничке имовине супружника.

²⁵⁸ Уговори са тренутним и трајним извршењем обавеза често се скраћено називају трајни и тренутни уговори. Ово скраћивање може довести до погрешног разумевања појмова. Према оваквим терминима могло би се помислити да су трајни уговори они који дуго трају, а тренутни они који кратко трају. Овакав резон не би био тачан јер сви уговори једнако трају- трају све док не наступи неки узрок престанка уговора. Међутим овде није реч о престанку уговора, већ о трајању обавеза које је уговор створио. Због тога је ове уговоре исправније називати уговори са тренутним и уговори са трајним извршењем обавеза. С. Перовић, *Облигационо право*, књига прва, Београд, 1981, 212.

²⁵⁹ Брачни уговор схваћен, односно закључен као уговор са трајним извршењем обавеза класични је пример релационог уговора. Брачни уговор као релациони уговор подразумева сарадњу између уговорника која траје дуже време, генерално неодређено, а продужено трајање уговора и његова временска неодређеност умногоме је условљена личним односима у којима су се уговорници налазили и пре закључења брачног уговора.

Наравно, могуће је и да брачни уговор буде закључен у циљу тренутног извршења одређене/их обавезе/а. Тада говоримо о брачном уговору, као уговору са тренутним извршењем обавеза (нпр. супружници уговоре да ће највећи приход од игара на срећу, без обзира на то чији ће улог бити дат за куповину премије, ући у заједничку имовину супружника).

Брачни уговор може бити како једноставан тако и мешовит, уколико у себи обухвата више именованих уговора, различите природе и различитих особина.

Супружници су слободни у одређивању садржине брачног уговора тако да се он сврстава, према техници и начину закључења, у уговоре са споразумно одређеном садржином.

Брачни уговор поред супружника могу закључити и будући супружници, с тим да ће он производити правна дејства под условом да брак буде закључен. Брачни уговор је акцесоран и зависи од закључења уговора о браку.

Један од фактора који утичу на особеност брачног уговора јесу и уговорне стране које овај уговор могу да закључе. Брачни уговор могу закључити будући супружници или супружници. Пуноважност овог уговора условљена је посебним својствима уговорника што га чини уговором *intuitu personae*.

Основ обвезивања код брачног уговора је видљив те је овај уговор каузалан. Основ уговора је допуштен уколико није противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.²⁶⁰ Уколико основ није допуштен уговор је ништав.

4. 2. 2. Правна начела од значаја за брачни уговор

Правна начела су најапстрактније норме у правном систему.²⁶¹ Ове норме допуњавају смисао свих осталих правних норми и усмеравају њихову примену.²⁶² Немогуће је сагледати и разумети поједини институт, ако се правна начела не узму у обзир. Из тог разлога ми ћемо у делу који следи укратко изложити основна начела на којима почива наш правни систем, а која су од значаја за брачни уговор.

²⁶⁰ Чл. 51. ст. 2 ЗОО.

²⁶¹ Правна начела су истине о којима не треба расправљати (*non est certandum de regulis iuris*). Р. Д. Лукић, *Методологија права*, Београд, 1977, 215.

О правним начелима се не треба расправљати, јер су она општа, општепозната и подразумева се њихова саморазумљивост. Правна традиција кодификовања грађанскоправних норми заснована је на идејама школе природног права. Представници школе природног права изводе опште принципе полазећи од општег према посебном, и налажу да појединачна правна норма, методом дедукције, извире из начела како би закон био налик писаном разуму. Овакав резон био је коришћен и при изради Закона о облигационим односима. Б. Морант, *Облигационо право*, Бања Лука, 2010, 31. О правним начелима види и: Д. Стојановић, „Есеј о правним принципима, њихов настанак и функција у грађанском праву“, *Правни живот*, бр. 8-9, 1986, 791-808.

²⁶² Већина облигационоправних начела може се директно применити у недостатку одговарајуће институције у Закону. Б. Лоза, *Облигационо право, општи део, четврто допуњено и измењено издање*, Београд, 2000, 10. Правна начела су општег и уводног карактера и у њих је «кондензовано» мноштво правила која су у закону добила посебну разраду. Отуда ова начела се јављају и као правне норме у смислу њихове уобичајене примене. С. Перовић, *Облигационо право, општи део*, Београд, 1981, 50.

Начела породичног права изведена су из уставних принципа²⁶³ који опредељују основне друштвене вредности и на којима се заснива целокупни правни систем. Како је брачни уговор институт који у себи садржи породичноправне и облигационоправне елементе, у проучавању института потребно је обрадити поједина облигационоправна и породичноправна начела.

Појмови и принципи који се користе у облигационом праву, не могу се у потпуности примењивати у породичном праву. То се дешава због чињенице да облигациона права служе регулисању односа између лица која су страна једно другом, док су у породичном праву везана личним односима и интресима. Оно што даје посебан печат уговорима између супружника је чињеница да се они већ налазе у једној другој правној вези, у браку.

У наставку ћемо кроз обраду начела аутономије воље и начела равноправности супружника, настојати да укажемо на особености брачног уговора.

4. 2. 2. 1. Начело аутономије воље и брачни уговор

Полазећи од уставних начела и нашег друштвеноекономског уређења, законодавац је на почетку Закона о облигационим односима (чл. 1-25) поставио опште одредбе које је назвао основним начелима.²⁶⁴ Због предмета проучавања којим се бави ова дисертација и циља због ког обрађујемо тему начела уговорног права, а то је одређивање правне природе²⁶⁵ брачног уговора за коју сматрамо да ће нам помоћи у опредељивању могуће садржине брачног уговора, у овом делу рада ми ћемо обрадити начело аутономије воље, односно његову манифестацију у уговорном праву- слободу уговарања²⁶⁶.

Аутономија воље је начело грађанског права које омогућује лицима да одлуче да ли ће ући у грађанскоправни однос, да одреде садржину права и обавеза из тог односа, да одлуче да ли ће их вршити, да ли ће настали однос мењати и на који начин ће се настали однос окончати.²⁶⁷ Поред слободе уговарања аутономија воље обухвата слободу власника да располаже са

²⁶³ Начело равноправности полова једно је од, за брачни уговор, најзначајнијих уставних начела. Према уставној формулацији држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности. Чл. 15, Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

Панов упоређује модерну варијанту „равноправности“ професионалних, авангардних усређитеља и религијску визуру (мисао да је највећа мудрост у браку давање слободе вољеној особи и да су и патријархат и матријархат истоврсна негирања благодатних дарова. Где је власт тамо нема љубави и жртве. У рату полова једна гордост и егоизам циклично се смењују. У ропству нема среће, али нема среће ни у господарењу. Љубав је радосно целомудрено самоумањење). С. Панов, „Од равноправности до „равноправности““, *Зборник радова Филозофског факултета*, 39 (2009). Види и: С., Панов, „Брак- равноправност или слобода“, *Правни живот*, бр. 9/1997, Београд, 1997.

²⁶⁴ С. Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Београд, 1981, 49.

²⁶⁵ Одређивање правне природе неке правне установе значи испитивање њених правних обележја, утврђивање њене садржине и обима појма те правне установе и упоређивање те правне установе са другим правним установама на основу чега се може одредити њено место у правном систему.

²⁶⁶ О принципу саодређења (једног од начина конкретизације ширег принципа аутономије воље) као могућности да субјекти породичноправних односа сами уреде своје односе (између осталог и имовинскоправне) види: Г., Коваček Stanić, „Princip samoodređenja u porodičnom pravu kroz istoriju i danas“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, бр. 116-117, 2004, 159-166.

²⁶⁷ Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи. Чл. 10. ЗОО.

ствари, слободу тестаментарног располагања, слободу оснивања правних лица и др.²⁶⁸ За анализу начела слободе уговарања определили смо се јер сматрамо да специфичности манифестације овог начела на брачни уговор јасно осликавају посебност брачног уговора у односу на опште имовинске уговоре. Такође, аутономија воље (допуњена потребним критеријумима) јесте кључно начело у уговорном уређењу имовинских односа и супружника, који су, за сада у нашем праву, скоро неограничени у својој диспозицији.²⁶⁹

Начело аутономије воље је јасно постављено у уговорном праву, и у правним пословним закљученим између лица која се налазе у пословним односима нема места нарочитом разматрању. Како смо и до сада истицали, на овој теми се протеже мисао о особености, својервности брачног уговора, као уговора посебне врсте на кога лични, претходни однос (емотивни однос) између уговорних страна има одлучни утицај. Начело аутономије воље, односно слободе уговарања није томе изузетак.²⁷⁰

Једно од најсложенијих, али и најбитнијих питања која се у погледу закључења брачног уговора, а у вези са аутономијом воље постављају, јесте проблем „дилеме избора“ („dilemma of choice“). „Дилема избора“ се састоји у конфликту између промовисања са једне стране аутономије жена и слободе избора, и са друге стране заштите жена од штетних последица које би произиласиле из употребе аутономије воље у условима неједнакости, односно дисбаланса моћи.²⁷¹ Последица једног оваквог разматрања би могло бити онемогућавање једне, слабије стране да закључи брачни уговор. Но то свакако не може бити циљ. Аутономија воље се од надлежних органа обично узима да постоји, те се она јавља као претпоставка. Овакав став је у погледу брачног уговора нарочито штетан, јер може резултовати у економским последицама не само по „слабију“ уговорну страну, већ и по децу као и друштво у целини. Из тог разлога је

У уговорном право начело аутономије воље датира од осамнаестог века. Развијало се под утицајем школе природног права. У формирању овог начела пошло се од концепције да је воља појединца суверена, те да као таква не потпада под вољу другог. Из ове констатације је произашао закључак да је оно што су уговарачи уговором предвидели закон за њих (*contractus contrahentibus lex esto*). Буржоаско друштво је кроз широко прихватање овог начела могло остваривати своју концепцију. Ово начело је нашло своју нарочиту примену у либералном капитализму деветнаестог века, уз нарочито поговарање принципа *laissez faire, laissez passer*. Б. Лоза, *Облигационо право, општи дио, четврто допуњено и измењено издање*, Београд, 2000, 95.

McLean је изнела критике на рачун правног схватања аутономије према коме се узима да су лица аутономна у одлучивању ако су им пристанци (сагласност) ваљани (ако нема мана воље). Овакво схватање она сматра превише поједностављеним гледањем на аутономију воље, као и да је неправилно сматрати да ваљаност пристанка указује на постојање аутономије одлучивања једне стране. Она сматра да занемаривање ширег контекста може довести до погрешног закључка да су стране добровољно закључиле брачни уговор, док би дубље разматрање које би укључивало питање моћи, односа моћи између уговорника, довело до другачијег исхода. S. McLean, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge, 2009, 4, и даље.

Више о аутономији воље види код: А. Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2011, 36-40 и код: D. Henrich, „Privatautonomie, Parteiautonomie: (Familienrechtliche) Zukunftsperspektiven“, *RebelsZ*, 79, 2015.

²⁶⁸ В. В. Водинелић, *Грађанско право- увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд, 2014, 42.

²⁶⁹ I. Majstorović, «Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova i autonomija volje», *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar, 2018, 100.

²⁷⁰ Начело аутономије воље се у уговорном праву испољава кроз три принципа: слободу уговарања, принцип обавезне снаге уговора и принцип релативног дејства уговора. С. Перовић, *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва, 2007, 26.

²⁷¹ G. K. Hadfield, “The Dilemma of Choice: A Feminist Perspective on the Limits of Freedom of Contract”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol 33, No. 2, 1995, 337.

Наведена дилема треба да обухвата не само жене, већ и мушкарце јер и они могу бити слабија страна у односу.

нужно преиспитати начело аутономије воље и прилагодити га особеностима личног односа страна уговорница.

У овом делу рада анализираћемо примену начела аутономије воље на супружнике у брачном уговору, уз постављање можда изузетно смелог, али опет могућег питања (уз покушај давања одговора на исто), да ли се у погледу супружника који закључују брачни уговор може говорити о аутономији воље, односно једном њеном манифесту, слободи уговарања у правом смислу те речи, те да ли је питање постојања аутономије воље у овом случају могуће посматрати на исти начин као и у погледу закључења правних послова између лица које не везује нека претходна веза или је у погледу пуноважности брачног уговора потребно увести нови критеријум који би омогућавао правичнији исход?

Слобода уговарања се састоји у томе што уговарачи слободно доносе одлуку о томе да ли ће или неће приступити закључењу уговора и питање субјеката са којима ће ступити у уговорни однос. Слобода уговарања је увек била присутна у праву, али увек у својим покретљивим границама.²⁷²

Слобода уговарања никад није била апсолутна, јер је потреба заједнице да омогући слободно испољавање индивидуалне воље, али са друге стране, заједница мора да води рачуна о општим нормама заједнице које се не смеју препустити самовољи појединца.²⁷³ Слобода уговарања у сваком правном поретку трпи опште ограничење у виду принципа на којима је изграђено и организовано друштво. У нашем праву слобода уговарања се ограничава устаномом јавног поретка,²⁷⁴ императивним прописима и добрим обичајима.²⁷⁵

Поред општих ограничења слободе уговарања, уговорно право познаје и посебна ограничења која се односе на предмет, основ, садржај и форму уговора.

Посматрајући начело слободе уговарања из аспекта позитивноправног решења нашег законодавца предвиђеног за брачни уговор, констатујемо да, поред општих ограничења слободе уговарања који важе за све уговоре, Породични закон уводи посебна ограничења у погледу субјеката који могу приступити закључењу брачног уговора, као и појединих ограничења везаних за садржину уговора.²⁷⁶

²⁷² С. Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Београд, 1981, 153.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Перовић јавни поредак дефинише као «скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену циља и предмета уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати», С. Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Београд, 1982, 169.

²⁷⁵ Добри обичаји су моралне норме које нису снабдевене правним санкцијама, али су део вредности и свести једног друштва и као такве представљају компоненту заштите општих интереса. Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 332.

У чл. 1 Скице за Законик о облигацијама и уговорима слобода уговарања је ограничена принудним прописима, јавним поретком и моралом. М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969, 15.

²⁷⁶ Постојећа ограничења сматрамо недовољним и неодговарајућим да би се правилно поставио однос између слободе уговарања и аутономије воља супружника и брака као института. С тога сматрамо да позитивноправно одређење брачног уговора није подесно да изрази сву сложеност овог института јер не ставља брак у средиште разматрања и не поступа са брачним уговором као институтом у служби брака. Тако ми, у делу о садржини брачног уговора, предлагемо имовинске моделе за које би супружници могле да оптирају у свом брачном уговору.

Што се тиче ограничења у погледу субјеката која могу приступити закључењу брачног уговора наш законодавац предвиђа да брачни уговор могу закључити како будући супружници, тако и супружници. Међутим, да би брачни уговор производио правна дејства мора доћи до закључења брака. Тако одабир друге уговорне стране у брачном уговору само је условно слободан. Лице је слободно да одабере са ким ће закључити брак, а након тога, оно је условљено у погледу избора лица са којим ће закључити брачни уговор.²⁷⁷ Друга уговорна страна може бити само други супружник. Брак је и у овом начелу дао свој особени печат и пресудно утицао на измену уговорног начела, прилагођавајући га смислу и сврси брака.

Слобода одређивања садржине уговора, према правилима уговорног права, састоји се у могућности уговарача да слободно одређују која, каква и коме треба да припадају права/обавезе из уговора. Уговорници су слободни да одреде начин остваривања уговора, као и санкцију за његово нередовно извршење или пак неизвршење. Слободно одређивање садржине уговора онемогућава било које лице да одређује садржај облигационог односа у коме ће се уговарачи наћи након закључења уговора. Уговарачи су у извршењу уговора потчињени сопственој вољи, што чини да је уговор изнад закона.²⁷⁸

У погледу овог аспекта аутономије воље такође постоје знатна одступања у односу на општа правила уговорног права, одступања која оправдавају тврдњу да брачни уговор има особену правну природу.

Да бисмо добили правилан увид у слободу уговарања дату супружницима у погледу имовинских односа, одредбу Породичног закона којом се уређује брачни уговор, морамо тумачити у контексту са другим императивним нормама породичног закона. Једна од њих је да одрицање од издржавања између чланова продице нема правно дејство,²⁷⁹ односно да су

Прописујући наведене имовинске моделе који у себи већ инкорпорирају идеју заштите слабијег супружника, деце и трећих са којима супружници ступају у правне односе сматрамо да ће се остварити правилна заштита наведених лица.

У немачком праву слобода уговарања супружника ограничена је у интересу јавног поретка и добрих обичаја. У италијанском праву, поред ограничења успостављених у интересу заштите јавног поретка, слобода уговарања супружника ограничена је и обавезама које произилазе из брака. Они не могу мењати правила која се односе на једнакост удела у заједничкој имовини и правила о подели имовине, такође не могу мењати правила која се односе на издржавање деце и супружника. Више види: Г. Ковачек-Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002, 67. У француском праву слобода уговарања супружника ограничена је поштовањем морала, добрих обичаја и императивних правила грађанског права. У руском праву предвиђено је да се брачним уговором не може уговорити: ограничење правне и пословне способности супружника, њихово право на обраћање суду у циљу заштите својих права, уређење личних неимовинских односа супружника, права и обавезе супружника у односу на децу, предвиђање других услова који стављају једног од супружника у неповољнији положај, или који противрече основним начелима породичног законодавства. СК РФ Статја 42. Содержание брачного договора, "Семейный кодекс Российской Федерации" от 29. 12. 1995 N 223-ФЗ (ред. от 02. 12. 2019) (с изм. и доп. , вступ. в силу с 01. 01. 2020). О начинима ограничења слободе уговарања у брачном уговору у Руској Федерацији више види: Ю. С. , Поваров, «Содержание брачного договора: приемы ограничения свободы определения договорных условий», *Вестник ТвГУ, Серия: Право* (2), No. 2, 2014; О ваљаности брачног уговора у упоредном праву више види у: А. Ćulo, А. Radina, „Valjanost bračnog ugovora“, *Imovinski aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst-*, В. Rešetar, М. Župan (ur.), Pravni fakultet у Osijeku, Osijek, 2011, 150-160.

²⁷⁷ Односно ако су нека лица закључила брачни уговор пре закључења брака, а до брака није дошло, овај уговор неће производити правна дејства. Дакле лица могу закључити брачни уговор пре закључења брака, али такав уговор неће производити правна дејства док не дође до закључења брака. Да би дејствовао уговор лица која су закључила брачни уговор морају бити она која су касније закључила и брак.

²⁷⁸ Б. Лоза, *Облигационо право, општи дио, четврто допуњено и измењено издање*, Београд, 2000, 96.

²⁷⁹ Чл. 8. ст. 2. ПЗ.

супружници дужни да се узајамно издржавају,²⁸⁰ као и да су родитељи дужни да издржавају своју децу.²⁸¹

Према српском позитивноправном решењу, будући супружници и супружници су начелно слободни да брачним уговором уреде своје имовинске односе. Међутим, лични односи у браку и породици умногоме сужавају ово поље аутономије воља.

Брак је поље прожимања различитих интереса које индивидуално гледано није могуће правилно сагледавати. Да би брак опстајао и постојао, нужна је одређена врста корисног самоодрицања, у циљу животног прожимања супружника, али и других чланова породице, о чијим се интересима такође мора водити рачуна. У браку се интереси појединца преносе на интересе заједнице и њоме су, у великој мери потчињени. Ово потчињавање није никако унижавање личности било ког супружника, већ претварање једног квалитета у други, сложенији и целисходнији. Ни једно животно поље није могуће замислити без компромисног поступања, а у браку је то нарочито случај. По закључењу брака, а некада и пре, супружници се остварују и у улози родитеља и тада се поред њихових личних и заједничких интереса јављају и интереси њихове деце. Ако би се у брачном имовинском уговору дозволила законски неконтролисана²⁸² слобода уређења садржине уговора, такво поступање би било тешко одрживо, како са аспекта брака, тако и са аспекта породице која настаје или је настала (родитељи и деца). Брак као поље прожимања емоција, као место отелотворивања љубави, има и своју рационалну, економску страну. Да би животна заједница постојала морају да се остварују разни интереси брачне заједнице, а међу осталим и економски интерес. Ако би супружници у брачном уговору уговорили одредбе које не узимају у обзир начин одржавања заједнице живота, и која угрожава достојанствену егзистеницију њихове деце, или које стављају у тежи положај једног од супружника, то никако не би било у складу са етиком, моралом, а самим тим би требало бити у супротности и са правом, као нужним животним корективом.

Из ових разлога мишљења смо да је наше позитивноправно решење, које предвиђа скоро неограничену слободу уговарања између супружника, поприлично идеалистички формирано, не рачунајући на било какве „сенке у моралности“ супружника, или на њихову немогућност правилног сагледавања сопствених и заједничких интереса. С тим у вези, у делу који је срж и мотив писања ове дисертације, под називом „Моделу уређења имовинских односа“ биће дат наш предлог уређењу брачног уговора у нашем праву, као и објашњење наведених модела, уз нарочити осврт и пажњу усмерену на заштиту појединих категорија лица о чијем интересу се мора водити посебна брига. Последице закључења брачног уговора не настају само за супружнике, већ и за друга лица, и држава кроз законску регулативу мора водити рачуна о остваривању њиховог интереса. Сматрамо да би се кроз законско одређивање имовинских модела које би супружници могли да предвиде брачним уговором био остварен правилан однос између савремене тенденције ка проширењу аутономије воље појединаца и института брака као темеља породице и друштва, али и заштите интереса њихове деце, као и „слабијег“ супружника.

О проблематичности примене начела аутономије воље, у непромењеном и нерафинисаном облику, у односу на брачни уговор сведочи став Правне комисије Енглеске и Велса у погледу брачних имовинских режима. У овом ставу наведено је да аутономија воље у

²⁸⁰ Чл. 28. ПЗ.

²⁸¹ *Ibid.*, чл. 73.

²⁸² А препуштање моралу контролне функције је утопистичко поступање.

случају закључења брачног уговора може бити само привидна, јер брачни уговор закључују лица која, иако су свесни, одрасли људи способни за самостално здраворазумско одлучивање, будући у љубави са другом страном, вољни су да пристану на ствари и услове на које иначе никако не би пристали.²⁸³

Тешкоћа приликом процене и уговарања одређених уговорних ефеката који би требали да наступе у далекој будућности карактерише све људе, а ако се томе придода нада и вера да до таквог догађаја неће ни доћи, онда је могућност закључивања у време настанка уговора сведена на озбиљан минимум.²⁸⁴ Ово когнитивно ограничење значи да стране често нису способне да учине аутономне изборе када улазе у одређене односе. Такво стање *Eisenberg* карактерише као „ограничена рационалност“ (bounded rationality) и „рационално незнање“ (rational ignorance).²⁸⁵ Услед ових околности тешко је говорити о аутономном одлучивању страна, када оне не верују да ће икад доћи до испуњења брачног уговора. Такође, тешко је предвидети све могућности до којих би у току трајања брака могло да дође, управо из наведених разлога.

Брачни уговор је правни посао у ком је веома лако, а и често присутан дисбаланс моћи, јер је обично једна страна та која заговара закључење овог уговора.

Аутономија једне стране може бити ограничена коришћењем аутономије друге стране, нарочито ако супружник поседује моћ преговарања и убеђивања. *McLean* је закључио да морална вредност одлука зависи, не само од обичног изражавања воље, већ је могуће да на њу утиче и избор друге стране учињен по том питању. Из тог разлога је неопходно ограничити аутономију једне стране, да би се и друга старна користила својом аутономијом.²⁸⁶

Концепт према коме се аутономија воље пропагира као водеће начело се заснива на уверењу да је постојање слободе одлучивања поистовећено са равноправношћу страна. Ово схватање полази од супружника као неутралних страна, које су једнаке и рационалне у процесу одлучивања. Независност и слобода су постали „идеје водиле“ нашег доба, међутим у контексту породичног права их је потребно прилагођено тумачити да се не би претворила у своју супротност.

То што је дозвољено да се брачним уговором заобиђе законом предвиђен имовински режим не значи да обе стране имају слободу одлучивања, аутономију да установе своје услове уговора, нарочито ако се он закључује на „неравноправном пољу“. Дакле ако би се потенцирала аутономија воље као одлучно начело, тренд чијег оснаживања је присутан у модерном праву, не би значило да би исход тако закљученог уговора био правичан за обе уговорне стране. Ако се аутономија поставља као водеће начело потребно ју је претходно вишестрано изанализирати, да се утврди да ли је она погодна за манипулације неке од страна, и ако јесте одредити јој коректив, у противном оно што се поставља као разлог и повод за установљавање брачног уговора може да се претвори у његову супротност, те да супружници, односно једна страна

²⁸³ The Law Commission, *Matrimonial Property, Needs and Agreements*, Law Com No 343, 2014, par. 5. 26.

²⁸⁴ *Vix* наводи да је већина људи лоша у правилном закључивању о неком догађају који се може десити у далекој будућности, нарочито ако то разматрање укључује неизвесне догађаје који су у супротности са нашим оптимистичким претпоставкама. В. Vix, „Private Ordering and Family Law“, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 23, 2010, p. 249.

²⁸⁵ М. Eisenberg, „The Limits of Cognition and the Limits of Contract“, *Stanford Law Review*, Vol. 47:211, p. 213.

²⁸⁶ Е. McLean, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge, 2009, p. 28.

(„слабија“) буде изманипулисана, те да њена права буду нарушена. На тај начин би брачни уговор био опасно средство манипулација, сушта супротност мотиву из ког је настао, а то је да супружницима обезбеди већу слободу у уређењу имовинских односа.

Из наведеног се јасно види велика, пресудна, условљеност спровођењу овог начела институтом брака. Брак и оно што он по правилу носи, а то су емоције које везују супружнике као и деца, одлучујуће обликује слободу уговарања супружника у погледу њихове имовине. Ова браком условљена нужна ограничења слободи уговарања још су један од аргумената у тврдњи да брачни уговор има особену правну природу. О аутономији воље, као услову пуноважности брачног уговора, може се говорити једино ако се претходно постави питање односа моћи између супружника и ако се утврди да при закључењу брачног уговора није било економске, социјалне или „родне“ принуде било које стране у уговору. О дисбалансу моћи и начинима модификације начела аутономије воље у погледу брачног уговора биће речи у делу рада под називом *Заштита „слабије“ стране у уговору*.

4. 2. 2. 2. Начело равноправности супружника

Начело равноправности супружника проистекло је из промене погледа на породичне односе. Вековима важећи патријархални брачни модел заснивао се на принципу субординације, односно доминације мушког пола над женским.²⁸⁷

Патријархални модел уређена супружничких односа заснивао се на религијским схватањима,²⁸⁸ «потреби нужне ефикасности»,²⁸⁹ «принципу поларизације полних карактера».²⁹⁰

²⁸⁷ Чл. 15. и чл. 62. ст. 3. Устава РС, У старом Риму и Атини жена је била под влашћу мужа, међутим у Египту и Спарти положај жене био је изједначен са положајем мушкарца. У германском праву, жена је третирана као малолетно лице. До краја деветнаестог века у енглеском праву жена је посматрана као потпуно пословно неспособно лице. Муж и жена су третирани као једно лице које је представљао муж. И према грађанским законима донетим у деветнаестом веку предвиђала се превласт мужа над женом. Чак и Code Civil није поправио положај жене, чланом 213. проглашена је потпуна пословна неспособност жене. СГЗ је у параграфу 920. удату жену, у погледу пословне способности, изједначавао са малолетницом и умоболницом. Правни положај жене се мења крајем деветнаестог и почетком двадесетог века. У Енглеској се жена само симболично идентификује са мужем. У Француској стиче потпуну пословну способност законима из 1938. и 1942. Године 1917, победом Октобарске социјалистичке револуције, први пут је законски прокламована потпуна равноправност жене са мушкарцем. Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 277-278. О реформи брака у Совјетском савезу види: М. Константиновић, *Реформа брака и заштита деце и мајки у Совјетском Савезу*, Београд, 1945.

²⁸⁸ Православна вера се обично стигматизује као она које потенцира потпуно неравноправност у корист мушкараца, а на штету жене. Поткрепљење оваквом резону налазе у појединим одељцима Светог писма (нпр. :

Али хоћу да знате да је сваком човеку поглавар Христос, а човек је поглавар жени, а Бог је поглавар Христу (Прва посланица светог апостола Павла Коринћанима, 11,3); *А жени рече... Желеће те твоје вући к мужу своме, али ће он над тобом власт имати* (Књига Постања, 3,16)); Ови делови се тумаче извучени из контекста, а не у целини са другим деловима. Појмовима се даје лаичко значење, оно до кога се није дошло кроз визуру Православља, не узимајући у обзир ни вековну раздаљину између момента записивања Светог писма и значења појединих, тада употребљених појмова.

Муж да чини жени дужну љубав; тако и жена мужу (1. Кор. 7,3). *Жена није господар од својега тијела, него муж; тако и муж није господар од својега тела, него жена* (1. Кор. 7,4).

Српски грађански законик класични је пример, полно посматрано, патријархално уређеног законика.²⁹¹

Правно изједначавање жене са мушкарцем везано је за појаву социјализма. У Совјетском Савезу декретима о браку и разводу проглашена је равноправност жене са мушкарцем.²⁹² Демократизацијом породичних односа патријархални начин уређења односа између супружника замењен је демократским начином. Демократски принцип заснива се на равноправности супружника.

У нашој земљи начело равноправности супружника извире из уставног начела о равноправности жене и мушкарца, које важи у свим областима друштвеног живота уопште.²⁹³ Устав Републике Србије прописује да држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности, као и да закључење, трајање и раскид брака почивају на

Они који стигматизују Православље за полну неравноправност, то чине, сада, више по инерцији и без већег удубљивања. Свети Јован Златоусти (правник и теолог) у својој беседи на посланицу о Ефесцима (стих 5,22 -23) *Жене покоравајте се својим мужевима као Господ, јер је муж глава жени као што је Христос глава Цркви, и он је спаситељ тела. Но као што се црква покорава Христу, тако и жене у свему својим мужевима.* (Посланица светог апостола Павла Ефесцима, 5, 22) приближавајући ове речи Светог писма говори о љубави као централном појму Православне вере кроз коју је неопходно посматрати све. Свети Јован говори како је супружничка љубав дубоко усађена у наше биће. Адаму је Ева била више него сестра или кћерка, она је била његово тело... В. Димитријевић, *О браку и породици*, Православна ризница, Београд, 1998, 38. Патријархат и матријархат су истоврсна негирања благодатних међусобно прожимајућих дарова мушкарцу и жени. Где љубав влада ту нема места власти и господарењу. По Православном учењу Христос је љубав, а ако је он глава мужу, а муж жени, онда се ту ради о прожимајућој љубави која се преноси и умножава, правац њеног кретања не указује на потчињеност већ на здрави следоред који мора постојати због природе човека и света.

О узвишеном погледу Православља на жену и о његовом отвореном сведочењу о истом, између осталог говори и сведочење Светог Писма да су три жене (Пресвета Дјева Богородица, Марија Клеопова и Марија Магдалина) које су пратиле Христа не устрашивши се од прогона остале уз Њега распетог, док су се скоро сви његови ученици (апостоли) разбежали. Јован 19, 25. Такође, трећи дан по погребу, васкрслог Исуса Христа прво су виделе жене и њима се првима јавио. Као вероватно крунски моменат сликања положаја жене у Православљу јесте лик Богомајке којој је дата част већа и од анђела. Као што се види, жена у Православљу не само да није дискриминисана већ јој се даје узвишено место, које се у неким деловима чак и претпоставља положају мушкарца.

²⁸⁹ Брак као и сви други системи (породица, држава) морају да имају центар коме гравитирају и који све своје делове чини солидарним елементима једне целине. Ж. Перић, *Лично брачно право по Српском Грађанском Законику*, Београд, 1934, 63.

²⁹⁰ Као карактеристичне особине жене јављају се пасивност и емоционалност, док се активност и рационалност наводе као главне особине мушкарца. *Ibid.*, 82.

²⁹¹ О СГЗ постоје разна спорења, почевши о његовом настанку, да ли је копија АГЗ или је више од тога. О томе види С. Аврамовић, „Српски Грађански законик (1844) и правни транспланти- копија аустријског узора или нешто више од тога?“, *Српски грађански законик- 170 година*, Београд, 2014, 13-47.

Нарочита критика се СГЗ даје поводом уређења односа између супружника, односно положаја жене у браку и у породици. Први коментатор овог законика, Димитрије Матић, у свом делу «Објашњење Грађанског законика за Књажество Србско» сматрао је да је СГЗ-ом нанесена очевидна неправда према женама. Наведено према М. Драшкић, „Усвојење и хранитељство – добра традиција Српског грађанског законика?“, *Српски грађански законик- 170 година*, Београд, 2014,128.

Драшкић истиче да се Српски грађански законик данас не би могао оценити као напредан узор када је реч о породичноправним односима уопште. Потчињеност жене у односу на мушкарца огледала се у томе што је склапањем брака жена губила општу пословну способност и изједначавала се с малолетником, односно с категоријом у којој су се налазили „ума лишени, распикуће судом проглашене, пропалице и презадуженици којих је имање под стецште пропало“. Више види: *Ibid.*, 127-145.

²⁹² М. Младеновић, *Породично право у СР Југославији*, Научна књига, Београд, 1992, 75.

²⁹³ *Ibid.*

равноправности мушкарца и жене. Овај општи уставни принцип се даље развија одредбом Породичног закона који прописује да су супружници равноправни.²⁹⁴

Гледајући на однос уговорника са аспекта уговорног права, и подвлачећи разлике које условљавају особену правну природу брачног уговора, примећујемо да је садржина појма „равноправно“ у уговорном и породичном праву различита.

Облигационоправно начело равноправности уговарача значи да уговарачи и при закључењу и при извршењу одређеног уговора иступају као равноправни субјекти. Друштвени положај и економска снага једног уговарача не смеју бити кориштени у циљу задобијања његове повољније уговорне позиције. Из начела равноправности произилази и немогућност једностраног мењања садржине права и обавеза проистеклих из уговора, и немогућност, осим у одређеним случајевима, једностраног иступања из уговора.

Сагледавање равноправности два или више лица којима је уговорни однос примарни и једини однос, није толико тешко, и мање-више га је могуће са сигурношћу утврдити. Са друге стране, разумевање равноправности супружника умногоме је теже и сложеније. Примарни правни однос супружника јесте брак.²⁹⁵ Питање равноправности супружника у браку јесте веома сложено и о њему је већ било речи. Овде ћемо само напоменути да је садржина појма „равноправност супружника“ далеко сложенија и испреплетанија разним примарним личним односима и да оно што је равноправно у уговорном праву, не мора значити да је равноправно у брачном праву.²⁹⁶

Из свега наведеног још једном подвлачимо да брак, као примарни однос, због кога и поводом кога долази до закључења брачног уговора, врши одлучујући утицај на норме уговорног права, прилагођавајући их и модификујући до степена промене њихове природе и њеног прилагођавања браку, али не у мери потпуног губљења аутономије воље супружника у уређењу својих имовинских односа, и уз опстанак одређених елемената уговорног права, сједињених у једну нову целину посебног правног квалитета. Из баланса личних интереса и интереса заједнице формира се брачни уговор као посебна творевина посебне правне природе-место сусрета брачног и уговорног права.

²⁹⁴ Чл. 3 ст. 3. Породичног закона.

О једнакости и несубординацији у браку види: С. Ј., Frantz, D., Hanoch, "Properties of Marriage", *Columbia Law Review*, Vol. 104, Issue 1, 2004, 91-94.

²⁹⁵ Брак је, још увек, примарно емотивни однос, али је уређен правом.

²⁹⁶ Један од примера који ћемо искористити као илустрацију наше тврдње о различитости појма „равноправно“ у уговорном праву и у случају брачног уговора јесте случај када се у брачном уговору предвиди да нека ствар несразмерно велике вредности, која се води на супруту и која је стечена пре закључења брака и брачног уговора, преноси на другог супруга. Овакво поступање би врло вероватно изазвало негодовања и осуду, уз констатацију да се ради о злоупотреби положаја „слабије“ стране и скривеном противправном стицању имовинске користи, уз кориштење лошег, односно неповољног положаја „слабије стране“. Међутим, како су уговорници у брачном уговору лица којима брачни уговор није примарна правна веза, да би се оценило да ли је овакво поступање у складу са начелом равноправности, потребно је познавање личних односа и веза које се претходиле таквом договору супружника. У конкретном случају замислимо је да су лица пре закључења брачног уговора и брака била у пријатељским односима, те да је садашњи супруг, да би добио ослобођење од плаћања пореза, на име куповине прве непокретности, стан уписао на има садашње супруге, а да је при том он обезбедио целокупна средства, те да су путем брачног уговора, у виду поклона тај стан пренели на супруга, чиме је избегнуто плаћање пореза, а лице које је стицало средства за куповину непокретности, након тог преноса је постало и формални власник. Може се приговорити да је овакво поступање изигравање закона, али не и да се ради о неравноправном поступању супружника.

5. УСЛОВИ ЗА ПУНОВАЖНОСТ БРАЧНОГ УГОВОРА

Уговор настаје сагласношћу воља. Он претпоставља лица која изјављују вољу, предмет и основ. У неким случајевима воља се мора изразити кроз законом одређену форму.²⁹⁷ Да би један уговор настао и производио правна дејства потребно је да се испуне услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, предмета и основа, а понекад и форме уговора. Наведени услови називају се општим, јер ни једна сагласност воља не може створити облигациони уговор уколико јој недостаје било који од ових услова.²⁹⁸ У овом делу рада ће бити анализиран сваки од услова за пуноважност уговора и разматраће се специфичност ових услова у вези са закључењем брачног уговора.

5. 1. Уговорне стране и способност уговарања

5. 1. 1. „Будући супружници“ и супружници

Специфичност брачног уговора огледа се, између осталог, у уговорним странама. Уговорне стране брачног уговора су лица повезана посебном емотивном везом.

Стране брачног уговора могу бити супружници или будући супружници.²⁹⁹

Законска конструкција „будући супружници“ је поприлично неодређена. Ова неодређеност може бити тумачена на два начина. У првом реду, уже посматрано, будућим супружницима можемо сматрати веренике³⁰⁰, односно лица која су надлежном органу пријавили своју намеру да закључе брак. У другом реду, шире посматрано, овај законски термин може обухватати и лица која у тренутку закључења брачног уговора немају брачну способност, али која касније, закључе брак.³⁰¹ На основу овог ширег тумачења синтагме „будући супружници“

²⁹⁷ С. Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Београд, 1981, 245.

²⁹⁸ Б. Мораит, *Облигационо право, књига прва- Облигације и уговори*, Бања Лука, 2010, 155.

Закон о облигационим односима предвиђа четири општа услова за пуноважност уговора: сагласност воља, способност уговорних страна, пуноважан предмет и основ уговора (у неким случајевим и одређена форма). Овакво законско решење, ЗОО је преузео из француског законодавства. Грађански законик из 1804. године за пуноважност уговора предвиђао је: пристанак страна, способност страна, предмет уговора и основ уговора. *Ibid.*, 156.

О закључењу уговора више види: М. Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993.

²⁹⁹ Чл. 188. ст. 1. Породичног закона.

³⁰⁰ Доношењем Закона о браку и породичним односима РС 1980. године, законодавац почиње да избегава термин веридбе. У том закону је израз "вереници" замењен синтагмом "лица која намеравају да ступе у брак". Породични закон из 2005. Наведену синтагму замењује термином "будући супружници". Влашковић наводи да овај израз јесте краћи, али није коректнији од претходног и као да предодређује положај лица која желе да ступе у брак. Он сматра да "будући супружници" звучи дефинитивно и коначно, и поставља питање није ли слобода на закључење брака управо брана таквом схватању? В. Влашковић, «Судбина установе веридбе у породичном праву Србије», *Српско право- недка и сад*, Крагујевац, 2007, 232. О развоју установе веридбе код нас више види: *Ibid.*, 213-237.

³⁰¹ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 358.

можемо поставити питање да ли брачни уговор могу закључити лица која у тренутку закључења уговора не поседују брачну способност? Као и да ли се уговорна и брачна способност у погледу брачног уговора подударају?

Способност уговарања значи да лице које закључује уговор поседује пословну способност која се законом захтева за одређени уговор.³⁰²

Закон о облигационим односима предвиђа да је за закључење пуноважног уговора потребно да уговарач има пословну способност која се захтева за закључење односног уговора.³⁰³ Породични закон, говорећи о пословној способности детета предвиђа да млађи малолетник (дете до навршених 14. година) може предузимати правне послове којима прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче ни права ни обавезе и правне послове малог значаја. За старије малолетнике закон предвиђа да могу предузимати, поред правних послова из става 1 овог члана, и све остале правне послове уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно сагласност органа старатељства за правне послове из члана 193. став 3. ПЗ-а. Породични закон такође предвиђа да дете може предузимати и друге правне послове када је то предвиђено законом. Тумачећи законску синтагму «будући супружници» у контексту релевантних одредби Породичног закона и Закона о облигационим односима, уз консултацију животне логике, можемо закључити да нема препрека да брачни уговор закључе малолетници након навршене 15. године живота. Наиме, Породични закон дозвољава старијим малолетницима, након навршења 15. година живота да закључе уговор о раду, као и да располажу средствима оствареним на тај начин. Исто тако, од тог узраста допушта му се да одлучује о виталним питањима везаним за своје здравље (предузимање разним медицинским захвата). С обзиром на то да законодавац од овог узраста допушта малолетнику да предузима активности које представљају озбиљан «уплив у поступање одраслих», сматрамо да нема разлога ускраћивати му да од тог доба закључује и брачни уговор. Наиме, брачни уговор се закључује под одложним условом закључења брака. Правна дејства брачног уговора не могу наступити пре него што лица закључе брак, а лица га могу мењати или раскинути ако се околности промене пре закључења брака. Самим тим нема опасности да ће наступити правне последице евентуалне злоупотребе година и неискуства једног од супружника, а са тим нема ни посебне потребе да се законски прописује одређени узраст од кога лица могу закључити брачни уговор.³⁰⁴

³⁰² С. Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Београд, 1981, 245.

³⁰³ Чл. 56. ЗОО.

³⁰⁴ Другачије становиште налазимо код Поњавића који сматра да се аналогно закључењу брака брачни уговор може закључити са шеснаест година, када лице може стећи брачну способност. З. Поњавић, „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006, 167.

Тешић сматра да је за опредељивање појма „будући супружници“ потребно прибећи за субјективним мерилем, а то је утврђивање озбиљне намере за закључење брака између одређених лица. Код будућих супружника ова намера може бити исказана нпр. подношењем захтева за склапање брака матичару или приступању предбрачном испиту. Овај субјективни критеријум Тешић не сматра довољним и искључивим те му придружује и утврђивање да између лица која желе да закључе брачни уговор не постоје неотклоњиве брачне сметње. Тешић такође поставља питање да ли појам „будућих супружника“ обухвата и ванбрачне партнере јер ванбрачно партнерство обично представља припрему за брак? Овде постоје два гледишта: да се брачна намера не тражи од ванбрачних партнера, и друго да је брачна намера и овде неопходан услова за пуноважност брачног уговора али да је ванбрачни пар исказује на посредни начин, трајнијом заједницом живота. Н. Тешић, „„Љубав на први потпис“ - о неким случајевима ништавости брачних уговора-“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2 (2009), 229-246.

5. 1. 2. Заступање

Увођењем брачног уговора у наше законодавство 2005. године поставило се питање закључења брачног уговора лица делимично/потпуно лишених пословне способности. У нашем Породичном закону не постоји посебна одредба која уређује питање могућности закључења брачног уговора особе која је лишена пословне способности.³⁰⁵

Постоје две врсте пословне неспособности: потпуна и делимична.

Пословна способност лица потпуно лишеног пословне способности једнака је пословној способности млађег малолетника, а пословна способност лица делимично лишеног пословне способности одговара пословној способности старијег малолетника.³⁰⁶ Млађи малолетник и лице потпуно лишено пословне способности могу да предузимају правне послове којима прибављају искључиво права, правне послове којима не стичу ни права ни обавезе и правне послове малог значаја.³⁰⁷ Како закључење брака или брачног уговора не спада ни у једну од три наведене категорије правних послова, лице потпуно лишено пословне способности не може ни на који начин да закључи брачни уговор.

Лица потпуно лишена пословне способности не могу ступати у брачне односе, самим тим ни у ком случају не може бити речи о закључењу брачног уговора са особом потпуно лишеном пословне способности. Овакво поступање установљено је из разлога заштите интереса лица лишеног пословне способности.

Везано за идеју о намери за кохабитацијом ванбрачних партнера као конститутивном елементу, Панов истиче одређену бојазан за проблеме у доказивању исте. Тако наводи да ће чињеница да је субјективни елемент-*animus* конститутивни појам ванбрачне заједнице променити досадашњи став да је кохабитација услов за стицање права на издржавање од ванбрачног партнера. С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 146.

Ако постоји изједначавање брака и ванбрачне заједнице, поставља се питање зашто би се уопште постављало питање намере закључења брака код лица која се налазе у ванбрачној заједници. Из тога се поставља питање оправданости постављања као услова намере за закључење брака, а тиме се релативизује и старосна граница за закључење овог уговора. Из погледа на проблематику утврђивања намере за закључење брачног уговора код ванбрачних партнера и уопште на постојање потребе и оправданости утврђивања ове намере осветљава се мали део проблематике уређења имовинских односа ванбрачних партнера и неподобности да се једним инструментом уреде уговорни имовински односи супружника и ванбрачних партнера. Ако бисмо једним инструментом уређивали уговорне имовинске односе поводом имовине супружника и ванбрачних партнера наишли би на низ нелогичности (по нама једна од највећих је питање регистра брачних уговора). О овој проблематици, као и о могућем превазилажењу проблема биће речи у посебној глави овог рада која се бави могућношћу закључења брачног уговора између лица која се налазе у ванбрачном партнерству.

³⁰⁵ Поступак лишења пословне способности је уређен у Закону о ванпарничном поступку од чл. 31 – чл. 44. Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон.

У хрватском породичном закону, питање закључења брачног уговора лица лишеног пословне способности регулисано је посебним чланом. У члану 41. ст. 1. наводи се да у име брачног друга који је лишен пословне способности брачни уговор може закључити његов заступник уз претходно одобрење центра за социјални рад, док се у ст. 2. истог члана прописује да се такав уговор мора закључити у форми јавнобележничког акта. *Obiteljski zakon*, NN 103/15, 98/19, na snazi od 01. 01. 2020. <https://www.zakon.hr/z/88/Obiteljski-zakon>.

³⁰⁶ Чл. 146. ст. 2 и чл. 147. ст. 2. ПЗ.

³⁰⁷ *Ibid.*, чл. 64. ст. 1.

За разлику од лица која су потпуно пословно неспособна и која не могу сама да изјављују своју вољу већ то увек чине преко заступника,³⁰⁸ лица делимично пословно способна сама предузимају правне послове, али правна дејства предузетих правних послова зависе од сагласности законског заступника (било да се ради о старијем малолетнику или пунолетном лицу које је судским решењем делимично лишено пословне способности³⁰⁹).

Старији малолетници и лица делимично лишена пословне способности могу самостално предузимати све оне правне послова које могу предузимати и млађи малолетници и лица потпуно лишена пословне способности. Поред тога лице са навршених 15 година може сачинити тестамент, самостално располагати зарадом и имовином стеченом радом. Лице са делимично лишеном пословном способношћу може, поред законом дозвољених послова, самостално предузети и оне врсте послова које суд одреди.³¹⁰ Навођењем послова које лице делимично лишено пословне способности може самостално предузимати појачава се правна сигурност у правном промету. На тај начин се повећава правна сигурност трећих лица која ступају у правне односе са лицима ограничене пословне способности. Поред тога, само лице коме је делимично одузета пословна способност поуздано зна које правне послове може предузети (да ли може закључити брак, саставити тестамент, признати очинство, и др.). У решењу о делимичном лишењу пословне способности суд одређује рок у коме ће проверити да ли постоје разлози за даље трајање лишења пословне способности. Сам рок не може бити дужи од три године.³¹¹

Мишљења смо да малолетници од навршене 15 године, иако до 16 године не могу ступити у брак, уз сагласност законског заступника, могу закључити брачни уговор. Како се ради о правном послу који се тиче имовине заступаног, поред сагласности законског заступника потребна је и сагласност органа старатељства. У претходном поднаслову у ком смо говорили о томе шта означава синтагма „будући супружници“ дата су детаљнија образложења за наведени став у погледу узраста од ког се може приступити закључењу брачног уговора, па их на овом месту не бисмо понављали. Са друге стране, ако се ради о лицу које је судском одлуком делимично лишено пословне способности те из тог разлога нема пуну пословну способност, мишљења смо да и ова лица могу приступити закључењу брачног уговора (такође уз сагласност

³⁰⁸ Заступање је правни однос у коме заступник обавља правне послове у име и у корист другог лица, тако да се правна дејства закљученог/обављеног посла непосредно остварују за заступаног. С. Перовић, Облигационо право, књига прва, Београд, 1981, 249. Заступање пружа могућност да у уговорни однос ступи не само лице које је релативно неспособно да уговара већ и лице које је апсолутно неспособно да уговара. Преко заступника се могу закључити сви правни послови, осим оних који се због свог карактера могу закључити искључиво лично (нпр. тестамент). *Ibid.*, 250.

³⁰⁹ У решењу о делимичном одузимању пословне способности суд је дужан да на основу резултата медицинског вештачења одреди врсту послова које то лице може самостално предузимати поред послова на које је законом овлашћено. Чл. 40. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку.

Ограничено пословно способно лице може без одобрења свог законског заступника закључивати само оне уговоре чије му је закључивање законом дозвољено. Чл. 56. ст. 2. ЗОО. Остали уговори тих лица ако су закључени без одобрења законског заступника рушљиви су, али могу бити оснажени његовим накнадним одобрењем.

³¹⁰ Чл. 40. ст. 3. Закона о ванпарничном поступку.

³¹¹ *Ibid.*, чл. 40. ст. 2.

Лицу које суд у ванпарничном поступку потпуно или делимично лиши пословне способности орган старатељства одређује старатеља. Старалац га заступа по истим правилима која важе за старатељско заступање пословно неспособног и ограничено пословно способног детета. В. Водинелић, *Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2014, 486.

О старатељству над штићеником види чл. 135 и чл. 137. ПЗ.

законског заступника и органа старатељства), осим ако у решењу о делимичном лишењу пословне способности није изричито наведено да се лицу забрањује ступање у брак или је лишење учињено у делу који је од утицаја на могућност закључења брака, па самим тим не би било смисла закључивати брачни уговор који никада не би могао бити оснажен (бар не док постоји разлог делимичног лишења пословне способности).

5. 2. Сагласност воља

И за пуноважност брачног уговора, као и било ког другог уговора, потребна је сагласност уговорних страна, у овом случају супружника, односно будућих супружника. Поред сагласности будућих супружника и супружника, услов пуноважности може бити и одобрење законског заступника и сагласност органа старатељства (с обзиром да се ради о имовинским располагањима).

Да би брачни уговор био пуноважан потребно је да се постигне сагласност у моменту закључења уговора, пре закључења брака или током његовог трајања.

Воља супружника, као и уговорника уопштено, мора да поседује одређене квалитете.³¹² Поред свести о елементима предузете радње и намере да се уговор закључи који представљају основне особине правнорелевантне воље, за настанак уговора потребно је да воља буде озбиљна, стварна, слободна и упућена на нешто што је могуће остварити. Уколико постоји недостатак било које од ових особина воље уговор ће бити релативно ништав.

С обзиром на то да је брачни уговор акцесоран браку, код брачног уговора су правно релевантне оне мане воље које се релевантне и код пуноважности брака.

Мане воље представљају несагласност једне стране између „интимно формиране воље“ и изјављене воље, у циљу закључења уговора.³¹³ Закон о облигационим односима као мане воље наводи: претњу, битну заблуду, заблуда о побуди код уговора без накнаде, неспоразум, посредну изјаву и превару. Постојање претње, заблуде, преваре доводи до рушљивости уговора, док постојање неспоразума и симулације доводи до ништавости, односно до непостојећег уговора.³¹⁴

Неспоразум³¹⁵ постоји када стране верују да су сагласне, а међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе. Док код неспоразума до несклада воља долази случајно, код привидних, симулованих уговора до несагласности воља долази намерно. Симулација уговора се може јавити у две форме: као апсолутна и као релативна. Апсолутна симулација брачног уговора постоји када супружници склапају уговор који не желе, с тим да сврха таквог уговора није битна. Апсолутно симуловани уговори се закључују у циљу

³¹² По својој природи воља је психолошка појава којој код закључења уговора претходи извесно одлучивање и доношење свесне одлуке о заснивању права и обавеза. С. Перовић, *Облигационо право- књига прва*, Београд, 1982, 253.

³¹³ Б. Мораит, *Облигационо право*, Бања Лука, 2010, 204.

³¹⁴ О непостојећим уговорима види код: К. Доловић, „Непостојећи уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011, 263-278.

³¹⁵ Чл. 63. ЗОО.

заобилажења прописа као и преваре трећих лица. Пример за апсолуно симуловани брачни уговор био би случај када један супружник жели да поклони аутомобил детету другог супружника, те у брачном уговору наведу да један супружник другом супружнику (родитељу детета) поклања аутомобил, а овај га касније поклони свом детету и на тај начин избегну плаћање пореза. Релативна симулација брачног уговора постоји када се закључењем брачног уговора жели прикрити неки други правни посао. Овде постоје два уговора, симуловани, привидни, а то је брачни уговор и он је ништав, и дисимуловани (нпр. уговор о поклону) и он је пуноважан ако су испуњене све претпоставке потребне за пуноважност дисимулованог правног посла. У циљу заштите трећих савесних лица, привидни уговори не могу се истицати према трећим лицима.

Код неспоразума не постоји сагласност као један од конститутивних елемената настанка уговора, самим тим сматрамо да је било нелогично неспоразум сврставати међу мане воље у ЗОО. У случају постојања неспоразума уговор не настаје јер се воље нису сусреле.³¹⁶ Дакле овде нема подударности воља, па самим тим не може бити речи о њиховој мањкавости.

Превара постоји када једна страна изазове заблуду код друге стране или је одржава у заблуди у намери да је тим наведе на закључење уговора. У случају преваре друга страна може захтевати поништај уговора и када заблуда није битна, као и штету коју је претрпела преварним понашањем другог супружника. Пример преваре у брачном уговору могао би бити када на пример један супружник, који је историчар уметности, прећути другом супружнику да је ваза коју она поседује од непроцењиве вредности те наговори супругу да му дарује вазу у брачном уговору.

Претња постоји када уговорна страна или неко трећи изазове оправдани страх код друге стране што резултује у закључењу уговора³¹⁷ (нпр. један супружник запрети другом да ће поднети захтев за развод брака уколико не закључе брачни уговор са одређеном садржином). Да би претња била правно релевантна било би потребно доказати да је пре или у време закључења уговора постојала претња од стране другог супружника или трећег лица, да је она била недопуштена и да је узроковала оправдан страх из кога је дошло до закључења брачног уговора.

Заблуда је погрешна представа о некој околности. Да би заблуда била разлог релативне ништавости потребно је да буде битна и нескривљена. Говорећи о манама воље ЗОО наводи битну заблуду. Заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, на лице са којим се закључује уговор ако се закључује с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине.³¹⁸

Брачни уговор се свакако закључује с обзиром на лица, односно одређено својство лица (да се ради о будућим супружницима/супружницима) је битно за његову пуноважност. Може бити речи о заблуди о физичкој личности, заблуди о грађанској личности и заблуди о битним

³¹⁶ О оправданости термина непостојећи уговор види код: К. Доловић, „Непостојећи уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2011, 263-278.

³¹⁷ Страх се сматра оправданим ако се из околности види да је озбиљном опасношћу угрожен живот, тело или друго значајно добро уговорне стране или трећег лица. Чл. 60. ЗОО.

³¹⁸ Чл. 61. ЗОО.

особинама личности.³¹⁹ Заблуда о физичкој личности је веома ретка и о њој би могло бити речи када се брачни уговор закључи са једнојајчаним братом/сестром супружника. Иако тешко замислива, оваква ситуација јесте могућа ако би једнојајчани брат/сестра једног супружника узео документа другог брата/сестре и дошао пред нотара и закључио брачни уговор. Заблуда о грађанској личности постоји када постоји заблуда о неком атрибуту грађанског својства те личности (лично име, држављанство, брачни и породични статус, и др.).³²⁰ Заблуда о битним особинама личности је она заблуда која би другог супружника одвратила од брака да му је била позната.³²¹

Пример брачног уговора закљученог услед заблуде о битним својствима предмета био би када би супружници брачни уговор закључили током трајања брака и у њему, између осталог, извршили поделу до тада стечене заједничке имовине на начин да супрузи припадне слика за коју се касније открије да ју је сликао Пикасо, али у раној фази свог стваралаштва, те она по свом „стилу“ није подсећала на чувене Пикасове слике, а да као противвредност тој слици другом супружнику у имовину буде дата друга слика, много већа, са масивнијим оквиром и наизглед вреднија.

Како је могуће закључити брак без присуства једног супружника, путем пуномоћника посебно овлашћеног за закључење брака, поставља се питање да ли је могуће закључити брачни уговор без личног присуства супружника, путем заступника. Мишљења смо да се брачни уговор може закључити преко заступника, с тим да оба супружника буду упућена са свим елементима брачног уговора и да се са њима сагласе.

5. 3. Допуштеност предмета обавезе

Један од општих услова пуноважности сваког уговора је допуштеност његовог предмета. Породични закон, на општи начин, прописује да предмет брачног уговора може бити уређење имовинских односа између супружника. Брачним уговором може бити обухваћена целокупна имовина супружника или један њен део. Ако је уговором обухваћен један део имовине супружника, на њихову преосталу, посебну или заједничку имовину, примењиваће се законски имовински режим и правила која тај брачно-имовински режим прате.³²²

Како је предмет брачног уговора уређење имовинских односа између супружника, у законодавствима континенталног права уговорне стране, за разлику од англосаксонског права,³²³ не могу да уређују питања која нису повезана са имовинским односима. Из тог разлога

³¹⁹ Чл. 39. ПЗ. О овим заблудама види код: С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 101.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ У ЗБПОС било је примерице наведено која је заблуда о особинама личности битна. Тако се наводи: трајна и опасна болест; противприродне навике: хомосексуалност, педофилија, некрофилија, полна немоћ, нечасно занимање, и др.

³²² О. Сокић, „Брачни уговор“, *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006, 419.

³²³ Како је у англосаксонском праву супружницима дата широка слобода уговарања, догађа се да они у тој слободи и «претерају» те у брачни уговор унесу одредбе које су у најмању руку чудне. Тако нпр. уговарају поделу радника, небиситерки, ограничење гледања утакмица, новчану казну за повећање телесне тежине, новчана казна за неверство

(Мајкл Даглас и Кетрин Зита Џонс), и др. Више види у: *The Most Bizarre Prenuptial Clauses*, by Beverly Rice, December 2009. , <https://www.legalzoom.com/articles/the-most-bizarre-prenuptial-clauses>, 25. 1. 2020.

У САД не постоји федерални закон који уређује финансијске последице развода брака, те свака држава има своја правила. Финансијске одребе које се односе на развод брака у Њујорку умногоме сличе онима у Уједињеном Краљевству (заснивају се на дискреционим одлукама судова у сваком конкретном случају. Одлучивање суда је руковођено одређеном листом правила која руководе судију- правила су садржана у section 236 part B Domestic Relation Law). За разлику од Њујорка у девет држава постоји систем заједнице добара (*community property*), тако у Вашингтону, Калифорнији, Тексасу, и др. S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice – Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 72.

У Уједињеном Краљевству не постоји законски имовински режим. Дакле, у случају да супружници не закључе предбрачни уговор, имовина неће бити подељена у односу 50:50. Уместо тога суд ће у сваком конкретном случају одлучивати о расподели имовине супружника. У Уједињеном Краљевству се брачни уговор не закључује са циљем да се избегне законски режим (јер он ни не постоји), већ да се предупреди провизорно одлучивање судије. Ипак, одлучивање судије није у потпуности слободно већ се мора водити принципима који су наведени у MCA 1973. Раније су брачни уговори били нарочито неприхватљиви јер је владало становиште да они лоше утичу на сам брак јер се њима већ разматрају могућности за случај развода брака.

Family Law Committee of the Law Society предлаже измену легислативе у правцу да судови имају обавезу да (пред)брачне уговоре третирају као правно обавезне, водећи рачуна о начелу правичности, заштити интереса супружника и малолетне деце.

Велику пажњу изазвао је и став Врховног суда у случају *Radmacher v. Granatino*. У овом случају спор се појавио између бивших супружника, а поводом имплементације брачног уговора. Наиме, у брачном уговору су предвидели да ни једна страна, у случају развода, неће имати право да од друге стране захтева било какву имовинску корист. Без обзира на уговорено брачним уговором, супруг је захтевао финансијску корист. Пред судом се поставио питање да ли поступити по брачном уговору или провизорно, судски. С обзиром на одређену процедуралну мањкавост приликом закључења самог уговора, јавио се простор за провизорно одлучивање суда, те се отворио пут да се Supreme Court по први пут изјасни поводом положаја брачног уговора у праву Енглеске и Велса. У првом степену је суд одлучивао провизорно те је супругу доделио знатну материјалну корист, упркос другачијим одредбама брачног уговора, а уз образложење процедуралне мањкавости (непредстављање у целисти имовине супруге те непостојања независног правног савета упућеног супругу). На следећем степену, поступајући по жалби, суд је променио одлуку првостепеног суда, те је скоро у целисти донео пресуду у складу са постојећим брачним уговором (с тим да су, с обзиром да су у браку добили децу, а да то питање није било регулисано брачним уговором, супругу подељена средства којима би он, у периоду док деца не одрасту, могао несметано да настави са обављањем очинске улоге). Господин Гранатино (супруг) се жалио на овакву пресуду те је овај случај доспео пред Supreme Court. Питање које се представило пред Суд било је да ли је Апелациони суд поступио правилно када је одлучио да да правну снагу постојећем брачном уговору. Осам од девет судија је потврдило одлуку Апелационог суда, док је један судија дао своје издвојено мишљење. На овај начин је увео претпоставку у корист брачних уговора. Дакле суд је дужан да поштује све одредбе брачног уговора у који су стране ушле слободно, осим ако постоје околности у њему за које *не би било поштено* да остану на снази, тј. да обавезују стране. Оваква одлука била је највише донета под утицајем идеје „поштовања индивидуалне аутономије“. Суд није конкретизовао правни стандард када то „не би било поштено“, али су издвојили неке случајеве у којима се може узети да није поштено да одређени брачни уговор добије правну снагу (о томе у делу 80. *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*, 2009 EWCA Civ 649, [2010] UKSC 42, 20. октобар 2010. , <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0031.html>). У овом поступку *Lady Hale* је дала издвојено мишљење које се разликује утолико што би *Granatinu* дала кућу на коришћење до краја живота, а не до момента док деца не одрасту, истичући сву сложеност брачних уговора, нарочито ако се примењују након дугогодишњег брака, током ког може доћи до промене многих околности. Она је истакла како је тешко ако не и немогуће да се зна какав ће бити однос супружника у погледу њихових финансија у случају развода, и да чак и они са чврстом решеношћу да самостално воде финансије то неће моћи у целисти да испуне, нарочито ако добију децу (тачка 176 *Case Radmacher v. Granatino*). Ово мишљење такође указује на опште место, тј. да брачни уговор није обичан уговор и да се не може на њега гледати као на правни посао којим се регулишу финансијска питања пословних људи јер супружници обично нису свесни свих права и обавеза која на основу самог уговора њима следују, те разних могућности и непредвиђених ситуација које током брака могу настати. Важност мишљења *Lady Hale* огледа се у томе што је она уочила да постоје економска, социјална и полна (gender) димензија моћи у контексту брачног уговора која ове правне послове чини проблематичним због чега их суд не сме пренебрегавати, те да је недовољно сводити одлучивање о пуноважности брачног уговора на питање постојања аутономије воље. Ефекат овог случаја на положај брачног уговора у Енглеској је у томе што се од њега

у законодавствима континенталних земаља предвиђају се ограничења која уговорници морају узети у обзир приликом закључења брачног уговора.³²⁴

Тако је у немачком праву слобода уговарања супружника ограничена у интересу јавног поретка и добрих обичаја.³²⁵ У италијанском праву, поред ограничења успостављених у интересу заштите јавног поретка, слобода уговарања супружника ограничена је и обавезама које

ни један брачни уговор неће одбацивати без доброг разлога. S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 26.

Од овог случаја питање аутономије воље је постало кључно у одлучивању пуноважности одређеног брачног уговора, односно питање да ли су супружници разумели суштину брачног уговора који су закључили. Проблематика оваквог схватања је у томе што ако су супружници разумели основне одредбе и суштину брачног уговора, у погледу његове пуноважности највероватније суд неће даље испитивати однос моћи, односно неједнакост у „снази“ између супружника који су тај брачни уговор закључили. Тако аутономија воље као одлучујући фактор приликом просуђивања о пуноважности брачног уговора може посредно погодовати страни која има већу „снагу“ преговарања. *Ibid.*, 30.

Следћи корак у развоју правног схватања брачног уговора у Енлеској, након случаја *Radmacher v. Granatino* био је пројекат о брачном имовинском режиму који је спровела Law Commission (2014). У овом пројекту предложено је доношење акта (Nuptial Agreement Bill) који би резултовао у томе што судови не би могли обеснажити неки брачни уговор ако га они сматрају неправичним. Једино о чему би суд морао да води рачуна јесте да ли би се приликом примене таквог уговора намириле потребе обе стране његовом имплементациом. Опет, у одлучивању је постављен као смерница један правни стандард, те се предлаже постављање одређених одредница које би судовима помогле приликом његове употребе. *Ibid.*

³²⁴ Д. Мицковић, А. Ристов, „Брачни уговор у македонском и упоредном праву“, *Правни живот*, бр. 10/2012, 45.

У америчком праву судови су одбили примену предбрачних споразума који су разматрали развод, верујући да би омогућавање да се уговором унапред одреде супружничка права у случају развода, развод чинило превише лаким. Овакво схватање се почело мењати почетком 1970-их све док готово свака држава, статутом или судском праксом, није дозволила брачне споразуме да утврде супружничка права на имовини као и издржавање у случају развода. У исто време, судови и законодавни органи почели су се борити за успостављање одговарајућих стандарда пуноважности.

UPMAA (Uniform Premarital and Marital Agreements Act), по први пут, креира јединствене стандарде за признавање и ваљаност брачних уговора. UPMAA дефинише брачни уговор као уговор који склапају супружници који намеравају да остану у браку и који „афирмишу, преиначе или се одрекну брачног права или обавезе током брака или приликом раздвајања, раскида брака, [или] смрти једног супружника....“ UPMAA Sec. 2 (2). Такав споразум често служи истим сврхама као предбрачни споразум. Неке брачне уговоре склапају странке које су намеравале да потпишу предбрачни уговор, али им је понестало времена да обаве преговоре пре венчања. Исто тако, њега закључују парови који се отуђе те се одлуче да пробају мирене, али жели у сваком случају да закључе споразум који ће решити сва финансијска питања у случају да мирене не успе.

Ова правила желе да успоставе разумну равнотежу између жеља заговорника за предвидљивост извршења и потреба економски угрожених супружника и будућих супружника за истински фер поступком.

Стални проблем, из перспективе економски слабије стране, јесте пракса представљања предложеног предбрачног споразума близу датума венчања, када обавезе које претходе венчању чине тешким или немогућим да се добије правни савет и укључи у стварне преговоре. Најважнија карактеристика UPMAA-е је захтев да страна која прима предложени споразум има приступ независном правном заступању пре закључења самог уговора. Приступ правном заступању нужно значи и новац за ангажовање адвоката и време за проналажење адвоката, добијање савета и разматрање тог савета. Овај захтев би требао да учини поступак закључења предбрачног споразума правичнијим присиљавајући странку која тражи споразум да представи предлог споразума пре датума венчања и, у неким случајевима, да плати правне трошкове слабије странке. Када странка има адвоката, има бољу прилику да преговара о условима споразума. Судови су приметили да је стварни преговор трансакција између једнаких, негирајући захтев за принудом. Исти услов за приступ независним правним саветима примењивао би се када су странке већ у браку и желе да закључе споразум који ће регулисати њихову имовину и издржавати обавезе у случају смрти или у случају будућег развода или развода. L. J. Ravdin, „The Uniform Premarital and Marital Agreements Act“, *American Journal of Family Law*, Vol. 28, Issue 1, Spring 2014, 4-6.

³²⁵ У немачком праву дозвољен је избор типизованог имовинског режима те супружници могу да изаберу један од режима који је предвиђен законом.

произилазе из брака. Они не могу мењати правила која се односе на једнакост удела у заједничкој имовини и правила о подели имовине, такође не могу мењати правила која се односе на издржавање деце и супружника.³²⁶ У руском праву предвиђено је да се брачним уговором не може уговорити: ограничење правне и пословне способности супружника, њихово право на обраћање суду у циљу заштите својих права, уређење личних неимовинских односа супружника, права и обавезе супружника у односу на децу, предвиђање других услова који стављају једног од супружника у неповољнији положај, или који противрече основним начелима породичног законодавства.³²⁷ У француском праву, странке не могу искључити тзв. основни имовински режим, и морају поштовати моралне норме и добре обичаје, императивна правила грађанског и породичног права.³²⁸ У Шведској суд може да модификује или да не узме у обзир одредбе уговора, ако су неразумне с обзиром на предмет уговора, а имајућу у виду околности у време сачињења уговора, касније настале околности као и целокупне околности.³²⁹

За разлику од наведених законодавстава у српском праву³³⁰ предмет брачног уговора није детаљно законски регулисан. Законодавац одређује само да сваки уговор који није у супротности са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима јесте пуноважан. Мишљења смо да регулисање брачног уговора једним чланом није одрживо и да га је потребно детаљније регулисати баш као што се то чини у упоредним законодавствима (немачко, руско, француско, и др.).³³¹

Како породични закон на општи начин одређује да се брачни уговор може односити на постојећу и будућу имовину, за ближе одређење предмета овог уговора потребно је консултовати одредебе ЗОО.

Свака уговорна обавеза мора имати свој предмет. Предмет уговорне обавезе се састоји у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу (*dare, facere, non facere, pati*). Непосредни предмет сваке уговорне обавезе јесте акт давања, чињења, нечињења или трпљења, што уједно чини и

³²⁶ Г. Ковачек-Станић, *Упоредно породично право*, Нови Сад, 2002, 67.

³²⁷ Статја 42. Содержание брачног договора, "Семейный кодекс Российской Федерации" от 29. 12. 1995 N 223-ФЗ (ред. от 02. 12. 2019) (с изм. и доп. , вступ. в силу с 01. 01. 2020), види и: Л. Б. , Максимович, *Брачный договор* (контракт), Москва, 2000.

³²⁸ Супружници не могу дерогирати ни дужности и права која за њих произлазе из брака, нити правила која произлазе из њиховог родитељског ауторитета, законско управљање као и старатељство. Чл. 1388. СС.

³²⁹ Г. Ковачек-Станић, „Овлашћења јавног бележника у брачним/партнерским односима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2, 2012, 92-93.

Предбрачни уговори нису обавезујући ни у Енглеској. Matrimonial Causus Act из 1973. године даје суду слободу да издаје финансијске налоге (ancillary relief) везане за имовину супружника, те суд може одлучити о расподели супружничке имовине на другачији начин од оног што су се они договорили предбрачним уговором. Једино ограничење које суд има при одлучивању о расподели имовине супружника јесте део 25. поменутог акта. Овај део наводи листу узрока које суд треба да узме у обзир при сачињавању финансијског налога. S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice–*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 2. Циљ дозвољавања суду да донесе налоге којима се имовина супружника расподељује на начин другачији од оног предвиђеног у предбрачном уговору јесте да се у сваком конкретном случају изврши што правичнија расподела добара у случају развода брака. *Ibid.*, 3.

³³⁰ Овакво решење познаје и хрватско законодавство.

³³¹ Такав став износи и С. Панов у: *Породично право*, Београд, 2012, 354. Такође ово гледиште дели и Д. Радић који истиче да је ограничење слободе уговарања општом одредбом недовољно да би се обезбедила заштита одређеним породичним вредностима. У том смислу он предлаже новелацију позитивноправног решења тако што би се слобода уговарања ограничила посебним решењима која би била у функцији заштите одређених интереса брака и породице, а посебно малолетне деце. Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 366.

посредни предмет уговора.³³² Један уговор може произвести више обавеза које, свака за себе, имају свој предмет, те и уговор може имати више предмета.

Предмет уговора је понашање на које се једна уговорна страна обавезала другој. Предмет уговора је „оно о чему је уговор“.³³³

Да би уговор био пуноважан потребно је да предмет обавезе, односно уговорна обавеза која се састоји у давању, чињењу, нечињењу или уздржавању буде могућа, допуштена, одређена или одредива.³³⁴ ЗОО прописује да је уговор ништав када је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив.³³⁵ Ако је предмет обавезе, односно чинидба из које се предмет састоји немогућа, могу наступити различите правне последице које се разликују зависно од тога да ли је немогућност постојала од почетка или је накнадно наступила, као и да ли је објективна или субјективна. До ништавости долази и ако подаци садржани у брачном уговору нису одређени, или у случају да је од стране уговорника одређено треће лице које треба да определи предмет, а оно то не учини.³³⁶

Поред наведених услова пуноважности уговора, да би предмет обавезе и сам уговор били пуноважни потребно је да је предмет обавезе сагласан са принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима. У појединим случајевима, ипак, уговор може бити пуноважан и поред неиспуњења задатих критерија, ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.³³⁷

Побројане критеријуме нарочито је интересантно посматрати са становишта брачног уговора. Наиме, породично право се одликује великим бројем императивноправних норми које у знатној мери ограничавају слободну вољу уговорника (будућих супружника/супружника).³³⁸ Поред императивноправних норми у вези са браком и породицом постоји велики број моралних норми чије непоштовање, по слову закона, такође води ништавости уговора.³³⁹

Као што је раније писано, породично право обилује императивноправним нормама. Постојање великог броја императивноправних норми јесте последица тога што су породично и брачно право, поље преплитања личне сфере човека, његове слободе, која не може бити апсолутна, јер би тиме онемогућавала друга лица да остварују своју вољу. Правилно

³³² С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1982, 311.

³³³ Може се рећи да су неке ствари, односно акт чињења или уздржавања од чињења на које би се иначе имало право, непосредни предмет обавезе, али и посредни предмет самог уговора који је створио ту обавезу.

У комуникацији се често чује да је предмет уговора нека ствар или радња, а то није правилно. Предмет неког уговора (нпр. купопродајног) није кућа или земља, већ акт предаје куће или земље. Ова термилошка неправилност нема практичног значаја те у законским текстовима можемо учити скраћено изражавање предмета уговора. Више види: *Ibid.*

Често се мешају појмови предмета уговора и садржаја уговора. Предмет уговора је оно о чему је уговор, а садржај уговора је оно што настаје поводом предмета. Садржај уговора обухвата права и обавезе уговорних страна, односно понашање уговорних страна током важења уговора и у вези са његовим извршењем.

³³⁴ Чл. 46. ст. 2. ЗОО.

³³⁵ Чл. 47. ЗОО.

³³⁶ Чл. 50. ЗОО.

³³⁷ Чл. 103. ЗОО.

³³⁸ У хрватском праву ништавом се сматра и одредба којом странке уговарају примену страног права као меродавног за њихове имовинскоправне односе јер Обитељски закон изричито забрањује ту могућност. Види чл. 257, 063-а.

³³⁹ Чл. 46. и 49. ЗОО.

функционисање породице, као микрокосмоса и темеља сваког друштва, залог је правилном постојању и правилном развоју једног друштва. Из тих разлога, законодавац настоји да путем прописа, понекад, заштити људе од њих самих, а посредно и државу и друштво од непромишљених поступака појединца, који могу имати последице не само на личном, већ и на општем, друштвеном плану. Поред великог броја императивних законских норми који знатно сужавају могућност изражавања аутономије воље супружника у погледу брачног уговора, законодавац посебно истиче да супружници, односно будући супружници брачним уговором могу уредити своје имовинске односе на постојећој или будућој имовини. Законодавац овде наглашава да се брачним уговором могу уредити само имовинска питања супружника, не и лична. У пракси се често схвата да предмет брачног уговора може бити само располагање односно расподела заједничке имовине, што нигде у закону није наведено, већ се изричито наводи да може бити регулисана како постојећа, тако и будућа имовина. Према томе, могуће је да располаже посебном имовином која је постојала до закључења брака, заједничком имовином, као и оном имовином која ће бити стечена у неком моменту, под одложним условом. С обзиром на општост одређења предмета у нашем Породичном законодавству, тумачећи формулацију могућег предмета, односно садржине садржане у њему, закључујемо да предмет и садржина брачног уговора могу бити слободно одређени у границама које су постављене принудним прописима, јавним поретком и добрим обичајима, односно пуноважност брачног уговора одређиваће се са становишта пуноважности предмета било ког облигационоправног уговора. Мишљења смо да овакво поступање није сасвим правилно. Опште одређење предмета брачног уговора, вођено идејом слобода супружника, може, уместо до већих права и слобода довести до њиховог непоштовања и злоупотребе. Уводити брачни уговор, непоставивши механизме заштите и контроле законитости и правичног поступања на првом месту међу супружницима, па потом и према заједничкој деци, није најисправније решење. Да оно што је намењено увећању слобода и поверења у браку, и избегавању спорова, не постане средство злоупотребе „слабих и немоћних“, мишљења смо да би требало другачије законски уредити брачни уговор. У глави која следи предложићемо имовинске моделе за које би у брачном уговору супружници могли да се одреде и тиме измене законски имовински ржим. Сматрамо да би се кроз законско прописивање и уређење имовинских модела, који ће бити описани у наставку рада, могла смањити, односно избећи могућности злоупотреба „слабијих страна“ (супружника и деце) уз истовремено поштовање ширења аутономије воља субјеката.

Прописивање имовинских модела за које би се супружници могли одредити у брачном уговору сматрамо за најбољи начин уређења брачног уговора, јер би се таквим поступањем обезбедио механизам поштовања слобода уговарања супружника, уз истовремену заштиту „слабије“ стране али и заштите суштине брака, коме брачни уговор треба да служи, а не да га рedefинише.

5. 4. Основ брачног уговора

Свака уговорна обавеза, поред предмета одређених карактеристика, мора имати и допуштен основ, каузу. Кауза објашњава разлог из ког настаје нека уговорна обавеза, разлог из

ког се неко уговором обавезао на нешто.³⁴⁰ Кауза је битна за разумевање потреба и мотива (код неких уговора) који су навели нека лица да ступе у уговорни однос.

ЗОО прописује да свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ. Основ се сматра недопуштеним ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.

Закон прописује претпоставку да уговорна обавеза има основ иако он није изражен.³⁴¹ Ако се утврди да основ не постоји или да је недопуштен, уговор је ништав.³⁴²

Код двостраних уговора основ обавезивања једне стране налази се у обавезивању друге стране. Код једностранообавезних добротних уговора основ обавезивања једне стране је намера чињења добротности формирана код друге стране. Основ код добротних уговора не сме се мешати са мотивом. Мотив постоји и код теретних и код добротних уговора, али је у добротним спојен са основом.³⁴³

ЗОО прописује да побуде из којих је уговор закључен не утичу на његову пуноважност, али ако је недопуштена побуда битно утицала на одлуку једног уговарача да закључи уговор и ако је то други уговарач знао или морао знати, уговор ће бити без дејства. Уговори без накнаде немају правно дејство и у случају да други уговарач није знао да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог сауговарача.³⁴⁴ Брачни уговор може бити и добротни, те побуде, мотиви могу бити нарочито важни за његову пуноважност.

Основ закључења брачног уговора јесте уређење имовинских односа у погледу садашње и будуће имовине супружника на другачији начин од законског решења. Иако би ово требало бити правило и циљ закључења брачног уговора, с обзиром да је у том циљу и настао, супружници код нас обично не иду за тим да уговоре различите уделе у заједничкој имовини, или, начин управљања заједничком имовином, одговорност за поједине имовинске обавезе и др. Из увида у одређени број, иначе ретко закључиваних,³⁴⁵ брачних уговора имали смо прилике да видимо да се брачним уговором обично не установљавају другачија права у односу на она која би супружницима свакако припадала према законском имовинском режиму. У брачним уговорима у које смо имали увид понављале би се већ постојеће законске одредбе режима заједничке имовине (да оно што је било посебна имовина до закључења брака остаје и након његовог закључења, да ће све оно што је стечено радом бити заједничка имовина која ће се у случају престанка брака делити на једнаке делове, да ће ствари које буду припале једном супружнику на основу наследства припасти њему у искључиву својину, те да ће оно што је стечено играма на срећу улазити у заједничку имовину, осим ако се не докаже да је учешће у игри остварено из посебне имовине једног супружника када ће добитак припасти супружнику

³⁴⁰ О каузи видети код: О. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет, Београд, 2012.; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1982, 323-342; А. Дудаш, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Нови Сад, 2011; О. Антић, „Кауза“, *Правни живот*, бр. 10/2005, 821-856; С. Перовић, „Кауза уговорне обавезе“, *Правни живот*, бр. 3/4 (2005).

³⁴¹ Чл. 51. ЗОО.

³⁴² Чл. 52. ЗОО.

³⁴³ Б. Мораит, *Облигационо право*, Бања Лука, 2010, 163.

³⁴⁴ Чл. 53. ЗОО.

³⁴⁵ У периоду од 2006-2014. у Основном суду у Новом Саду закључено је 65 брачних уговора. Г. Ковачек-Станић, С. О. Самарцић, «Заштита слабијег партнера у уговорном брачно-имовинском режиму», *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4 (2016), 1060.

који је извршио улог, и томе слично) или би њиме пак била вршена деоба постојеће имовине што може бити предмет посебног уговора (уговор о деоби заједничке имовине). Из извршеног увида констатовали смо да поред тога што се парови ретко одлучују на закључење овог уговора, и када то чине, они ретко уводе било какву измену у односу на законски имовински режим или пак под формом брачног уговора закључују уговор о деоби заједничке имовине. Шта је томе разлог? На основу наведеног ми уочавамо два основна разлога. Први би био неинформисаност супружника о последицама законски важећег имовинског режима, о томе какве последице он собом носи и која права из њега за супружнике произилазе. Непознавање позитивноправних прописа ове области уноси несигурност међу супружнике, те они, бивају манипулисани, некада својим незнањем, а некада од стране несавесних правника у циљу остваривања личне имовинске добити. Да би се овакав тренд прекинуо потребно је боље информисати јавност о последицама које законски брачни имовински режим са собом носи. То би се могло остварити у виду предмета у средњим школама у оквиру кога би се поучавало о правима која правни систем наше земље гарантује. У оквиру таквог предмета или макар обавезног вишемесечног семинара за све средњошколце, могло би се проћи кроз најважнија права, али и обавезе, поучити младе људе начинима остваривања тих права, те последицама њиховог непоштовања. На тај начин би се младим људима, који ступају на поље одраслости, омогућило да благовремено сазнају права која им закони пружају, али и да их упозори на последице непоштовања истих. Тако бисмо добили полазну основу за избегавање непотребних поступака као што је закључење брачног уговора поводом права која им ионако законом припадају. Са друге стране може се поставити питање из ког разлога нотари дозвољавају закључење брачних уговора који нису ништа више него сумирање законског текста или пак закључење уговора о деоби заједничке имовине у виду брачног уговора. На нотарима је обавеза да лицима која приступају закључењу одређеног правног посла дају упутства о последицама тих аката као и о правима и последице која им на основу тих аката следују. Нотаријату се у нашој земљи додељују многа права, те би било нужно пажљивије испитати начин на који они та права примењују. Сада можемо само говорити о преиспитивању начина на који се они служе датим овлашћењима, али је било нужно пре давања овој служби одређених овлашћења подробно испитати могућност, у датом друштву и у датим околностима, испуњавања обавеза које им се стављају у надлежност. Остављајући ову тему, за сада, по страни, а са идејом да јој се у неком од следећих радова подробније посветимо, враћамо се на теоријско питање каузе брачног уговора.

Иза сваког основа крије се мотив и њега не треба мешати са основом. Мотив је оно што је субјективно, унутрашње и што човека наводи да ступи у одређени правни посао. Мотив, побуда, у случају брачног уговора јесте разлог који је навео супружника да закључи брачни уговор, али је он скривен.³⁴⁶ Мотив за закључење брачног уговора може бити неповерење у другог супружника, страх изазван озбиљном претњом, једноставнија подела имовине у случају развода, осигурање будућности заједничке деце и др. Мишљења смо да, у циљу појачане заштите супружника, приликом утврђења пуноважности појединог брачног уговора мора бити утврђен мотив за његово закључење. Утврђивањем мотива за закључење брачног уговора појачаће се сигурност да одређени брачни уговор није средство негирања слободе човека. Иако испитивање мотива може довести до повећане правне неизвесности, сматрамо да је у случају

³⁴⁶ Ж. Перић истиче да „правни послови морају бити стални, сигурни, ако се жели да се у односима појединаца има реда и мира. Ако би судбина правних послова била врло често неизвесна, а то би се десило када би и мотив могао имати утицаја на његову судбину... “ Ж. Перић, *Специјални део Грађанскога права. 2, Облигационо (тражбено) право. Део 1, Општи део облигационог (тражбеног) права : о уговорима уопште*, Београд, 1920, 182.

брачног уговора претежнији интерес појединца, супружника, у односу на друга лица чији интереси поништењем уговора могу бити угрожени.

5. 5. Форма брачног уговора

Поред општих услова за пуноважност сваког уговора, за настанак и за пуноважност неких уговора потребно је испунити одређене услове који се тичу форме уговора. Такви уговори се називају формални уговори.

Поред материјалних услова,³⁴⁷ за пуноважност брачног уговора, потребно је да буду испуњени формални услови. Формални услови се односе на: форму *ad solemnitatem* (битну форму) и надлежност за закључење уговора. Битна форма представља конститутивни елемент брачног уговора. Без испуњења законом прописане форме, брачни уговор не може бити пуноважан. Битна форма предвиђена законом представља конститутивни елемент брачног уговора, па брачни уговор не може бити пуноважан ако форма није испуњена (*forma ad solemnitatem*).

Форма облигационих уговора је начин изражавања њихове садржине кроз унапред предвиђене спољне (видљиве) облике преко којих треба да се манифестује воља.³⁴⁸ Формални уговори су они уговори који морају бити закључени у законом, или споразумом странака, одређеној форми. Форма увек подразумева неки спољни, видљиви облик у коме се изјава воље чини. Постоје различите врсте форми.

Брачни уговор представља формални уговор јер се закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.³⁴⁹

³⁴⁷ Материјални услови потребни за настанак и правна дејства уговора обухватају способност уговарања, сагласност воља, предмет и основ уговора. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 311.

³⁴⁸ С. Перовић, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, 26.

³⁴⁹ Чл. 188. ст. 2. Породичног закона РС.

Пре доношења Закона о изменама и допунама Породичног закона (2015) године, којим је предвиђено да брачни уговор мора бити закључен у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, брачни уговор је морао бити закључен у писаном облику и морао је бити оверен од стране судије. Види: чл. 188. ст. 2 ранијег Породичног закона. Како је пре измена Породичног закона 2015. године услов пуноважности брачног уговора, поред писане форме била и овера од стране судије, активном интервенцијом судије (органа јавне власти) брачном уговору обезбеђивала се форма јавне исправе. С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 354.

Јавнобележничка професија у српском праву установљена је доношењем Закона о јавном бележничтву 2011. године. Више видети код: Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Досије, Београд, 2014, 18.

Увођењем јавног бележничтва Србија се придружила групи земаља које прихватају систем јавног бележничтва латинског типа. Основна карактеристика латинског типа јавног бележничтва огледа се у томе да јавни бележници обављају јавнобележничке послове као основно занимање, а нису у службеничком односу према држави. Јавни бележник је самостални и независан стручњак из области права, са јавним овлашћењима за издавање јавних исправа и обављање других послова предвиђених законом у оквиру одређених области права. Д. Кнежић-Поповић Д., „Европски јавни бележници на ветрометини“, *Правни записи*, год. VII, бр. 2, 2016, Београд, 230.

Улога јавних бележника превентивног је карактера и огледа се у спречавању евентуалних спорова у домену уговорних односа и доприноси већој правној сигурности грађана. О. Јовић-Прлаиновић, „Јавнобележничко породично право“, *Породични закон- двадесет година после*, 2018, 353.

Приликом потврђивања (солемнизације) уговора јавни бележник је дужан да уговорнике нарочито упозори на то да се њиме искључује законски режим заједничке имовине, о чему ставља напомену у клаузули о потврђивању.³⁵⁰

Циљ прописивања нотаријалне форме за брачни уговор је у заштити самих уговарача, и делимично трећих лица са којима уговарачи ступају у правне односе поводом своје имовине.

Јавнобележничком формом брачног уговора на првом месту се штите интереси самих уговорника, супружника. Јавнобележничком формом се супружници упозоравају на могуће последице које за њих наступају искључивањем законског имовинског режима.

Брачни уговор је уговор са многобројним последицама по имовину супружника. Брачним уговором супружници утврђују како појединачне тако и заједничке имовинске позиције, током брака, али и у случају његовог престанка. Услед многобројних и далекосежних последица који собом носи брачни уговор, не би се смело брзоплето и непромишљено ступати у овај правни однос. Нотаријална форма принуђује супружнике да систематичније приступе уређењу својих имовинских односа и да промишљају приликом уговорних формулација. Међутим, ова форма је само један од потребних корака у обезбеђивању правичнијег и исправнијег поступка закључења брачних уговора. Поред тога што је битан елемент у поступку закључења брачног уговора, те остваривања равноправности у оквиру њега, она је битан фактор остваривању свеобухватне тежње баланса «моћи» страна уговорница.

Јавнобележничка форма брачног уговора је и у функцији заштите интереса лица са којима супружници, појединачно или заједнички, ступају у правне односе поводом своје имовине (трећа лица). Јавнобележничком формом брачног уговора трећа лица се обавештавају да међу супружницима није на снази законски имовински режим заједничке имовине.

Трећа лица, повериоци супружника, имају право да имају приступ подацима о имовинском потенцијалу свог дужника. Евиденција брачних уговора који се односе на непокретности омогућује трећим лицима да сазнају право имовинско стање свог дужника. Одредбом ПЗ која прописује да се брачни уговор који се односи на непокретности уписује у јавни регистар права на непокретностима и тиме се повећава степен заштите трећих савесних лица са којима супружници ступају у правне односе поводом своје имовине.³⁵¹

Током поступка нотарске обраде брачног уговора, нотар је пре свега дужан да легитимише супружнике, да их упозори на правне последице одрицања од законског имовинског режима и на последице закључења брачног уговора. Јавни бележник врши потврђивање исправе стављањем клаузуле о потврђивању (солемнизациона клаузула)³⁵² која је

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Чл. 188, ст. 3. ПЗ. О довољности ове мере за заштиту интереса лица са којима супружници ступају у имовинске односе биће речи у делу који следи а односи се на заштиту трећих лица.

³⁵² Солемнизациона клаузула је потврда јавног бележника да су супружници (ванбрачни партнери) у његовом присуству својеручно потписали исправу и том приликом изјавили да садржина исправе у свему одражава њихову вољу. О самој солемнизацији видети: Д. Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Досије, Београд, 2014, 229.

Солемнизациона клаузула садржи: име и презиме јавног бележника, назнаку да поступа у својству јавног бележника и податке о седишту јавног бележника; име, презиме, датум рођења и адресу пребивалишта странака, односно назив и седиште странке - правног лица и име и презиме, адресу и пребивалиште његовог заступника; начин на који

услов за пуноважност правног посла. Солеmnизационом клаузулом јавни бележник потврђује да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне изјавиле да та исправа у свему и потпуно одговара њиховој вољи и да су је својеручно потписале.³⁵³

Мишљења смо да је законодавац правилно поступио прописивањем нотаријалне форме као услова за пуноважност брачног уговора. На овај начин обезбедила се нешто поузданија заштита како супружника тако и трећих лица. Солеmnизацијом брачног уговора супружници пролазе кроз још један тест који им ближе приказује шта је то брачни уговор и које су његове последице по њихову имовину, док се са друге стране, трећим лица (повериоцима супружника), кроз прописивање обавезног уписа брачног уговора који се односи на непокретности у јавни регистар права на непокретностима, обезбедила могућност да сазнају о постојању посебног имовинског режима између супружника и на тај начин се повећала могућност заштите њихових интереса.

5. 6. Прилагођавање (*alteratio*) брачног уговора

Брачни уговор је специфично поље преплитања института брака и слободe уговарања, где је слобода уговарања омеђена природом брака. Брачни уговор карактерише двострука правна веза уговорника, брачна и уговорна. Ове две правне везе су различите по својој природи и сврси. Акти које предузимају супружници морају бити усклађени са најважнијим интересима брачне заједнице, односно породице. Како породично право карактеришу императивноправне нормe, а имовинске послове диспозитивне нормe, у њиховом сукобу предност имају императивноправна правила породичног права. Императивност правних правила која регулишу питања брака указује на већи значај овог правног института у односу на уговор, као и на потребу да се уговор прилагођава браку. То прилагођавање, односно потчињавање уговорне везе брачној чини се кроз алтерацију уговора.³⁵⁴ Прилагођавање се не врши само у случају брачног уговора већ у случају свих уговора које супружници закључују. *Alteratio* брачног уговора представља прилагођавање уговора институту брака који је у овом односу доминантнији и чија је секундарна појава брачни уговор.

је утврђен идентитет странака; име, презиме, датум рођења и адресу пребивалишта заступника и начин на који је утврђен његов идентитет и овлашћење за заступање; име и презиме и адресу пребивалишта сведока, преводиоца и тумача ако су учествовали у поступку потврђивања исправе и податке о начину утврђивања њиховог идентитета; изјаву јавног бележника да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне усмено изјавиле да је њихова воља у свему верно унета и својеручно потписале исправу; означање исправа које се прилажу клаузули о потврђивању, као што су пуномоћја, изводи из матичних књига, катастра непокретности, земљишних и других јавних књига; датум и час потврђивања исправе; место потврђивања исправе, ако се потврђивање исправе врши изван јавнобележничке канцеларије; изјаву да су странке, а кад је потребно и други учесници, поучени о садржини и правним последицама правног посла, као и изјаву да су странке упозорене да су њихове изјаве нејасне, неразумљиве или двосмислене, као и да су и после упозорења при таквим изјавама остале; број под којим је потврђена исправа заведена у општи пословни уписник; потписе странака, заступника, сведока, тумача и других учесника; потпис и печат јавног бележника. Чл. 93б Закона о јавном бележничству.

³⁵³ Чл. 93а Закона о јавном бележничству.

³⁵⁴ Поступак прилагођавања уговора браку у правној литератури се најчешће означава појмом алтерација. Тако: Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982; Р. Суџум, «Уговори између брачних другова и уговарање брачног имовинског режима», *Реформа породичног законодавства*, Београд, 1996; Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016. Мишљења смо да би се за овај институт могао користити назив прилагођавање, јер он читаоцу кроз сам појам приближава идеју института.

И брачна и уговорна веза подразумевају испуњење одређених обавеза и задобијање одређених права. Коегзистенција ова два института је могућа у мери у којој се извршење уговора не супротставља извршењу права и обавеза која произилазе из брака. Уколико извршење уговора онемогућава извршење брачних дужности, брачна и уговорна веза долазе у колизију и међусобно се искључују.³⁵⁵

Због своје друштвене вредности, која се исказује и кроз императивност правних правила којима се уређује, суштина брака, односно његове основне вредности морају бити очуване, те се не може дозволити да имовински уговорни однос између супружника слаби основу брака. Став друштва према браку и породици, изражен и кроз императивна правна правила, указује на то да се разлог претежности брачних елемената у односу на уговорне елементе у брачном уговору не састоји само у правно-логичким разлозима, већ и у правно-политичким, моралним и разлозима правно-политичке природе.³⁵⁶ У браку се воља појединца мора прилагодити, односно потчинити браку. Ако би се у брачној заједници пореметила постављена равнотежа различитих интереса, на рачун имовинскоправних, могло би доћи до релативизације личноправних односа у браку и до урушавања читавог института брака. С тога, поред личноправних разлога за очување суштине брака и превласт брачних елемената у брачном уговору, на алтерацију брачног уговора велики утицај има и однос друштва према браку, који према Суцуму представља морално-психолошке и правно политичке-разлоге алтерације. Из наведеног произилази да је у брачном уговору неопходно уговорни део прилагодити брачном. Ово прилагођавање је правилно ако се кроз њега и након њега дејства уговора измене до мере да се његова дејства могу уклопити у брачне оквире.

Уговор је институт који има своју аутономију и своју специфичну природу која се тешко прилагођава другим правним институтима. Прилагођавањем уговора неком другом правном институту лако може доћи до губљења његових карактеристика и до престанка његовог постојања. Претпостављање брака уговору доводи до мењања уговора. Уговор више није обични уговор између два лица која нису повезана претходном правном везом, већ још један правни однос у који улазе лица која се налазе у претходном, између осталих карактеристика (емотивних, моралних) и правном односу - браку. У брачном уговору уговарачи су истовремено и супружници и странке у имовинском уговору, из чега следи да они морају да испуњавају своје обавезе произашле из брака, али и из уговора.

Да би брачни уговор био пуноважан потребно је уговорне елементе, који би били у супротности са основама брачног права, прилагодити институту брака. Ако уговорни елементи брачног уговора не би били прилагођени брачним елементима, имовински уговор између супружника не би могао бити пуноважан. Измена уговора у правцу усклађивања са основним вредностима брака у француском праву се назива алтерацијом уговора.³⁵⁷

³⁵⁵ Р. Суцум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 283.

³⁵⁶ Р. Суцум, «Уговори између брачних другова и уговарање брачног имовинског режима», *Реформа породичног законодавства*, Београд, 1996, 406.

³⁵⁷ Pierr Julien, *Les contrates entre epoux*, Paris, 1962, 17, наведено према: Р. Суцум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 283.

Поред назива алтерација уговора, неки писци користе назив *денатурализација уговора*. G. Cornu, *Les contrats entre epoux*, Paris, 1953. , наведено према Р. Суцум, 284.

Прилагођавање (*alteratio*) брачног уговора се различито одражава зависно од тога да ли се ради о небитним састојцима брачног уговора или о битним састојцима брачног уговора. Када се брачни уговор може прилагодити брачном односу он ће тако прилагођен остати на снази. До прилагођавања брачног уговора може доћи само ако су небитни елементи уговора у супротности са императивним прописима. У том случају брачни уговор ће остати пуноважан, а небитна одредба ће бити лишена правног дејства. Док, ако се ради о сукобу императивних правила брачног права са неким битним елементом уговора, а тај битни елемент се не може прилагодити сврси брака, уговор у целости неће бити пуноважан.

Разлика између редовних уговора и брачног уговора представља подручије прилагођавања. Циљ прилагођавања је да се помири институт брака са уговором. Прилагођавање се постиже усклађивањем уговора са принудним одредбама о личним и имовинским односима супружника. Циљ прилагођавања уговора увек је исти.³⁵⁸

Како је институт брака претежнији од брачног уговора могуће су различите форме прилагођавања брачног уговора. У циљу бољег разумевања појма прилагођавања брачног уговора, у наставку ћемо навести неке од случајева прилагођавања брачног уговора.

- Питање могућности *конвалидације брачног уговора* представља једну од форми прилагођавања брачног уговора. Ово питање се поставља кад је брачни уговор закључен, али не у законом прописаној нотаријалној форми. Како је код брачног уговора нотаријална форма прописана као услов његове пуноважности, следило би да њено неиспуњење води ништавости уговора. Међутим, ЗОО прописује да је санкција за неиспуњење форме код формалних уговора ништавост, осим ако из циља прописа којим је предвиђена форма не произилази нешто друго.³⁵⁹ Поставља се питање да ли може бити простора за оснажење брачног уговора који није закључен у нотаријалној форми? Да би се дао одговор на ово питање потребно је утврдити циљ који је законодавац желео постићи прописивањем нотаријалне форме брачног уговора.

Циљ нотаријалне форме брачног уговора састоји се у заштити интереса оба супружника. Како је циљ заштита интереса супружника потребно је размотрити случајеве у којима ће, иако незакључен у прописаној форми, извршењем самог уговора или једног његовог дела, брачни уговор конвалидирати.³⁶⁰

Брачни уговор је уговор чије извршење се протеже на трајање брака, а како је брак трајна заједница, неодређеног трајања, такав би требао да буде и брачни уговор. С обзиром на то могуће је да су супружници, у моменту постављања питања пуноважности брачног уговора испунили претежни део или целину обавеза везаних за постојећу имовину. У том случају могуће је целовито анализирати постојеће стање везано за извршење доспелих обавеза, утврдити да је поступање саобразно циљу закључења брачног уговора и да се

³⁵⁸ Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 284.

³⁵⁹ Чл. 70. ст. 1. ЗОО.

³⁶⁰ ЗОО предвиђа да ће уговор бити пуноважан иако није закључен у прописаној форми, ако су уговорне стране извршиле своје обавезе у целини или претежном делу, а из циља прописане форме очигледно не произилази нешто друго. Чл. 73. ЗОО.

остварује начело равноправности супружника. Из наведеног следи да је могућа конвалидација брачног уговора ако је он у претежном делу или у целини извршен.³⁶¹

- *Питање утицаја закључења и престанка брака на важење брачног уговора.* Како је брачни уговор акцесоран браку потребно је анализирати утицај закључења брака и његовог престанка на пуноважност брачног уговора.

С обзиром да ми заступамо становиште да је брачни уговор неподобан за регулисање имовинских односа ванбрачних партнера, те да је потребно предвидети посебан инструмент за регулисање њихових имовинских односа, мишљења смо да брачни уговор производи правна дејства моментом закључења брака.

Ако брачни уговор закључују лица која још нису ступила у брак, сматраће се да је брачни уговор закључен под одложним условом.

У случају када је уговор закључен под одложним условом, важи опште правило да у случају испуњења услова, уговор делује од тренутка његовог закључења. Међутим, ако из закона, природе посла или воље странака произилази нешто друго, могуће је другачије правно финале.³⁶²

Посматрајући други део одредбе ЗОО-а у односу на правила породичног права³⁶³ увиђамо да има места примени правила да правна дејства брачног уговора наступају од момента закључења брака.³⁶⁴

Са друге стране, поставља се питање утицаја престанка брака на пуноважност брачног уговора. Престанком брака, престаје потреба за закључењем брачног уговора.³⁶⁵ По

³⁶¹ Тако С. Панов, *Породично право*, Београд, 2008, 675.

Наведени правни резон можемо применити и ако је предмет брачног уговора будућа имовина супружника. Из самог брачног уговора, права и обавеза сваке стране може се закључити да ли је односни брачни уговор закључен у обостраној користи оба супружника или није.

О другачијем погледу на конвалидацију брачног уговора у случају неиспуњења форме, уз испуњење претежног дела обавезе или обавезе у цлини види код: О. Сокић, «Брачни уговор», Ново породично законодавство, *Зборник радова са саветовања 16. и 17. октобра 2006. године*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2006, 422. У овом случају, ако се сматра да нису испуњени услови за конвалидацију, може бити речи о конверзији брачног уговора. Види: чл. 106. ЗОО.

³⁶² Чл. 74. ст. 2. ЗОО.

³⁶³ Брачни уговор је средство модификације брачног имовинског режима. Брачни имовински режим ступа на снагу наступањем брака, његовим закључењем. Не би било логично брачном уговору дати правну снагу пре заснивања брачног односа када ни законски имовински режим не наступа док не дође до заснивања брака. Имовински режим је продукт закључења брака и ступања у брачну заједницу, па баш тако и његове модификације могу производити правна дејства тек по његовом закључењу.

³⁶⁴ Тако С. Стјепановић, «Брачни уговор», *Српска правна мисао*, бр. 1-4/2001, 299; М. Игњатовић, «Имовински уговор брачних другова у праву Републике Србије- несклад теорије и праксе», *Правни живот*, бр. 10 (2008), 495.

³⁶⁵ С обзиром да су уговорне стране бивши супружници, уговор којим би бивши супружници желели да уреде своје имовинске односе у вези са заједничком имовином, не би се могао сврстати у брачни уговор. Након престанка брака бившим супружницима на располагању остају могућности да закључе уговор о уређењу имовинских односа након престанка брака, уговор о деоби заједничке имовине и то према општим правилима грађанског права. Видети: М. Алинчић, Д. Храбар, Д. Јаковац-Лозић, А. Кораћ, *Обитељско право*, Народне новине, Загреб 2006, стр. 509.; О. Јовић-Прлаиновић, „Јавнобележничко породично право“, *Породични закон- двадесет година после*, Београд, 2018, 356.

престанку брака, не можемо више говорити о будућим супружницима или супружницима као уговорним странама брачног уговора. Престаје потреба за закључењем уговора којим би се модификовало нешто што је већ по сили самог закона престало (законски имовински режим који је везан за постојање заједнице живота у браку). У нашем правном систему постоје други правни инструменти (споразум о деоби заједничке имовине, уговор о поклону, уговор о купопродаји, и др.) који омогућују да лица након престанка брачне заједнице уреде своје имовинске односе.

Међутим, правна дејства која је произвео постојећи брачни уговор, не могу бити оспоравана престанком брака. Напротив, један од разлога постојања брачног уговора јесте избегавање дуготрајних и мучних имовинских спорова након престанка брачне заједнице живота. Престанком брака брачни уговор и даље постоји, али престаје да производи правна дејства *pro futuro*.

6. ЗАШТИТА ПОСЕБНО ОСЕТЉИВИХ КАТЕГОРИЈА

Уставна и законска прокламација равноправности супружника не мора, а најчешће и није доследно спроведена у пракси. Механизми остваривања равноправности супружника у погледу закључења и извршења брачног уговора нису посебно предвиђени. Чини нам се да законодавац није препознао потенцијалну опасност увођења брачног уговора у наш правни систем без предвиђања механизма заштите „слабијег“ супружника, деце добијене у заједници живота супружника, као и трећих лица са којима супружници ступају у правне односе.³⁶⁶

Брачни уговор је условљен браком и његова садржина и правила модификована су примарним односом у коме се лица налазе, те се на њега не могу примењивати правила која се примењују на пословне уговоре лица која не везује никаква посебна примарна веза.³⁶⁷ Да би брачни уговор био у складу са циљем због ког је установљен, те да би заиста био средство које ће омогућити обострано правичне исходе нужно је да он буде правичан за обе стране како у моменту његовог закључења тако и у тренутку његовог извршења.

6. 1. „Слабији“ супружник

Питање „моћи“ је једно од кључних питања када говоримо о брачном уговору, јер услови закључења овог уговора могу довести до погодовања једној страни у знатно већој мери у односу на другу страну.³⁶⁸ Међутим оно што се у пракси показује сложеним јесте препознавање моћи. Поред проблема утврђивања постојања дисбаланса моћи између уговорника, поставља се питање правних механизма уз помоћ којих би се постојећи дисбаланс исправио и којим би се „слабија“ страна у правном послу заштитила.

Идеја брачног уговора постављена је на претпоставци да брачни уговор закључују два независна субјекта, родно-неутралне индивидуе, обе са захтевом за заштитом своје имовине и финансија. Али да ли је то у пракси тако? Ако овој констатацији уведемо релативност у погледну родно-неутралности, долазимо до значајно различите слике. Чак и у случајевима када би у брак улазиле особе које су финансијски независне, не значи да ће таква ситуација остати

³⁶⁶ Сваки брачни уговор је закључен под утицајем одређене (надмоћније) стране у уговору (issue of power). S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, наведено у предговору књиге.

³⁶⁷ “Where you are dealing with prenups, you are dealing with something special. You are dealing with people’s emotions..”, испитаник 10., S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 95.

³⁶⁸ *Bix* наводи да је улазак у брак са брачним уговором који несумњиво фаворизује једну страну горе него не закључити брак. B. Bix, „The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract“, *Reconceiving the Family: Critique on the American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution*, R. Wilson (ed), Cambridge University Press, 2006, 389.

непромењена и током трајања брака, што би довело до промене у финансијским позицијама супружника, те до финансијске зависности једног супружника у односу на другог.³⁶⁹

Већина лаика се са појмом брачног уговора упознаје кроз медије и поп културу. Медији су пратили и прате разводе познатих који су као финале обично имали имовинске „дебакле“ једне (по правилу мушке) стране.³⁷⁰ Медијско сликање жена као „спонзоруша“ чини се и у филмовима.³⁷¹ Оваква порука коју медији шаљу веома је негативна јер слика жене као „финансијске предаторке“, што се одражава и на лош поглед на сам брачни уговор. Са друге стране, шаље поруку да једино жене улазе у брак из користољубивих разлога, а да таква ситуација није са мушкарцима. Оваква стигматизација ни на који начин није добра, те је потребно изнаћи начине да се она превазиђе. Посебан проблем се јавља када онај супружник који има мање финансијских средстава нема исти степен аутономије у браку.³⁷²

Када се ради о закључењу брачног уговора, погрешно је сматрати да о његовом закључењу одлучују само супружници. Наиме, уобичајене су три групе људи које се одлучују на закључење брачног уговора: лица која долазе из богатих породица, лица која су се током живота обогатила као и лица која су раније била у браку.³⁷³ Када у брак улазе лица која потичу из богатих породица, обично је породица из које долазе та која условљава даље уживање породичних добара закључењем брачног уговора. Тако у овом случају, оба супружника закључују брачни уговор, суштински без њихове слободне воље. Породица богатијег супружника или могуће породице оба супружника ако обоје потичу из богатих породица, врше својеврсну присилу на свог члана у циљу очувања породичног богатства. Дакле у оваквим случајевима не само да се не може говорити о супружницима као јединим учесницима брачног уговора, већ се они јављају као извршиоци туђе воље. Воља супружника који потиче из богате породице јесте условљена захтевима породице из које потиче, док је воља другог супружника

³⁶⁹ У вези са променљивости разних околности током трајања брака интересантно је поменути становиште *Regan* везано за уговорни однос између супружника и његову променљивост. *Regan* сматра да се по завршетку брака не може говорити о истим лицима са почетка брака, јер су околности које су се дешавале током брака толико утицале на супружнике да су се они променили, тако да су сада други људи у односу на она лица која су тај брак закључила. M. Regan, *Alone Together: Law and the Meaning of Marriage*, Oxford University Press, 1999, 189.

³⁷⁰ Развод *Paul McCartney*- а привукао је изузетну пажњу јавности, уз тврдњу да је могао сачувати велики део свог богатства да је закључио предбрачни уговор са супругом *Heather Mills*. Наиме он се 2007. године развео од супруге што га је „коштало“ 24,3 милиона фунти. C. Gentry, *Why prenuptial agreements may be a smart option for women*, <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/sep/01/prenuptial-agreements-women>, 24. 3. 2020.

У још једном веома пропраћеном судском спору *Crossley v Crossley*, супруг је описао супругу речима „career divorcee“ наводећи да је се обогатила новцем који јој је остајао након развода од бивших мужева. Предбрачни уговор закључен у овом случају имао је велики утицај на гледање на предбрачни уговор као на озбиљно средство заштите имовине у случају развода.

³⁷¹ У филму *Intolerable Cruelty*, *Catherine Zeta Jones* има улогу жене која се удала са идејом да се разведе уз економски добитак и уз планирање начина да избегне веома стриктан предбрачни уговор.

³⁷² Истраживање спроведено од стране Office of National Statistics, 2013. године под називом „Woman in the labour market“ је показало да је жена у финансијски зависном положају јер је подела рада тако заснована да жена традиционално обавља већину кућних послова, који нису плаћени. Ово истраживање је показало да мушкарци раде послове који су повезани са вишим приходима. Такође, показало је да расте број жена које су у радном односу, с тим да су оне жене које имају децу мање запослене, док је обрнуто у случају са мушкарцима. <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/employmentandemployeetypes/articles/womeninthelabourmarket/2013-09-25>, 23. 3. 2020.

³⁷³ S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 79.

условљена практичном немогућношћу закључења брака са „богатијим“ супружником.³⁷⁴ У наведеном случају је видљиво како својеврсна присила не мора директно потицати ни од једног супружника, те да је могуће да дође до закључења брачног уговора иако ни једно од будућих супружника (у овом случају је исправније говорити о будућим супружницима јер је чешће да се у оваквим ситуацијама захтев за закључењем брачног уговора јави као услов закључења брака) не осећа потребу за његовим закључењем.

Поред родитеља као иницијатора закључења брачног уговора, ту се наравно јављају и сами супружници. Брачни уговори се обично закључују јер између будућих супружника постоји разлика у економској сфери. Главни разлог за закључење брачног уговора је у жељи једне стране да заштити средства која већ поседује или која очекује да ће стећи у будућности.³⁷⁵ Ретко се дешава да обе стране теже закључењу брачног уговора, те се основано може запитати о аутономији воље стране која не иницира закључење брачног уговора. Управо из овог разлога потребно је посветити се проучавању и утврђивању разлога (побуда, мотива) неког лица да закључи брачни уговор.

Ако је познато да се брачни уговори закључују услед жеље и захтева, најчешће, једне стране, онда је веома могуће и извесно да ће у процесу закључења уговора доћи до примене „моћи“³⁷⁶ једног супружника на другог.

Наравно, чињеница да један од супружника потенцира закључење брачног уговора не мора нужно значити да ће брачни уговор бити закључен на штету другог и да ће његов правни положај бити неповољнији од оног у ком би се налазио да није пристао на закључење брачног уговора. Међутим, иако то не мора у сваком случају бити, у већини случајева «конце ће вући» страна која је економски моћнија. Дакле, уколико је економски баланс моћи између уговорника нарушен, највероватније је да ће он бити испољен и кроз одредбе брачног уговора које ће бити установљене у корист економски надмоћнијег супружника.

На који то начин економски јача страна утиче на процес закључења уговора?

На првом месту она условљава закључење брака закључењем брачног уговора. Она потенцира његово закључење и диктира услове уговора. Оваквим поступањем економски надмоћнијег лица ствара се емотивна напетост између страна, која може изазвати два финала. Један је да лице под притиском не пристане на закључење оваквог уговора, те до закључења брака ни не дође, а друго, чешће финале огледа се у пристанку на услове уговора, те следствено томе до закључења брака.

³⁷⁴ *Ibid.*, 79.

³⁷⁵ *Ibid.*, 80.

³⁷⁶ Појам *моћи* је тешко одредив. Овај појам има много лица и могу му се придодати разна значења. Под њим, у овом раду, ми подразумевамо надмоћ једног супружника над другим у економској и/или социјалној и/или емотивној сфери. Економска моћ је саморазумљив појам те га није потребно приближавати. Под социјалном моћи подразумевамо виши положај на друштвеној лествици или виши степен образовања једног од супружника услед кога он може исходovati бољи економски положај кроз брачни уговор. Под надмоћи и могућности манипулације на пољу емоција, подразумевамо мањак емоција на страни једног супружника услед чега он може да условљава другог супружника (који је у потпуности емотивно предан свом супружнику и који му безрезервно верује) и на тај начин за себе прибави већу економску корист.

Следеће питање које се јавља јесте да ли постоји повезница између економске надмоћи и пола. Одговор на ово питање зависи од тога да ли се ради о лицу које потиче из богате породице или је та средства стекло сопственим радом. У првом случају не може се повући веза између пола и економске надмоћи, док је у другом случају, у неким примерима, таква паралела могућа.³⁷⁷ С обзиром да се обично жене у потпуности посвећују супругу и породици током трајања брака, у овим случајевима, супруг би, по правилу, био тај који би био економски надмоћнија страна.³⁷⁸

Економска побуда није једини мотив за закључење брачног уговора. На његово закључење могу утицати бројни фактори. Поред већ постојећег породичног богатства и стеченог, као и раније постојећег брака, на закључење брачног уговора могу утицати и године уговорника, њихово искуство, схватање брака, и др.

Будући супружници су лица која су специфичне уговорне стране. Њихов потенцијални уговорни однос је условљен њиховим пређашњим, емотивним односом. У таквим сложеним људским односима аутономије воље се не може универзално посматрати. Излагањем о различитим факторима који утичу на одређивање супружника за закључење брачног уговора јасно указују на потребу посебног разматрања постојања аутономије воље, те да ју је веома тешко утврдити. С тога се поставља питање оправданости стављања аутономије воље као централног појма којим се потенцира и оправдава постојање брачног уговора.

Аутономија воље супружника или лица које се спремају да то постану не може се посматрати као аутономија два или више лица која ступају у одређени правни однос као примарни однос. Начело аутономије воље се у случају супружника мора посматрати другачије, уз уважавање емоција које између страна постоје и које утичу на сва одлучивања па и она у погледу уговора. Тешко је (а можда и неспојиво са браком) замислити будуће супружнике као лица која су у свом одлучивању независна од сопствених емоција које осећају према другој страни. Њихова аутономија је у већој или мањој мери условљена емоцијама према другој страни, те је свакако и редукована у односу на аутономију лица која не везују нежне емоције. Управо те емоције које постоје између лица која одлучују да закључе брак јесу повод могућим злоупотребама од стране једног од супружника, који можда у већој мери или влада својим емоцијама, или му мањкају те се користи емотивним слабостима друге стране. Тако један супружник може манипулисати одлучивањем другог супружника, а да се правно не би могла

³⁷⁷ Наиме, како у породици постоји одређена инхерентна подела рада тако да супруга по закључењу брака предузима на себе одређене (или све) послове домаћинства, што се нарочито умножава рођењем детета, до те мере да неке жене у потпуности напуштају радна места да би се посветила породици и чувању, подизању и васпитању деце. Тако, могуће је да у моменту закључења брака супруга представља економски надмоћнију страну (услед боље плаћеног посла), а да током трајања брака, она тај посао напусти и да њен супруг постане «хранитељ породице». У овом случају се ради о промењеним околностима о којима је потребно водити рачуна приликом имплементације самог брачног уговора.

³⁷⁸ О супругу као економски надмоћнијој страни говори истраживање које је спроведено у Њујорку. У њему су учествовали адвокати који су учествовали у закључењу предбрачних уговора, те су кроз одговоре на питања истраживача, открили главне карактеристике предбрачних уговора и лица која се за њега одлучују у Њујорку. У већини сведочења испитаници овог истраживања као слабију, манипулисану страну наводе будућу супругу. Будућим супругама се манипулисало кроз условљавање закључења брака закључењем брачног уговора према коме оне нису имале скоро никаква права у односу на будућу имовину супруга. Често су улазиле у брачни уговор верујући да ће се нешто променити те да ће будући супруг одустати од одредаба и да ће поништити брачни уговор. S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 79-81.

спорити аутономија воље, јер није постојала нити присила нити принуда.³⁷⁹ Почетна неправичност не мора бити толико опасна, ако се брак поводом ког је закључен оконча у релативно кратком периоду, међутим такав случај није са дугогодишњим браковима.

У случајевима када је брачни уговор закључен изразито у корист једне стране нарочито је тешко утврдити и предвидети све могуће неправичности које могу настати. Проблематичност брачног уговора који је закључен коришћењем «моћи» једне уговорне стране нарочито долази до изражаја у браковима који трају дуже време. Како је брачни уговор правни посао којим се располаже и будућом имовином, веома је тешко у моменту његовог закључења рачунати са свим или већином животних околности које у животу супружника могу настати, односно са промењеним околностима које живот носи. Мишљења смо да већина супружника не може ни замислити какве све последице могу проizaћи из једнострано орјентисаног брачног уговора. Спорови који би се могли у неком наредном периоду појављивати пред нашим судовима, могли би изазвати ништа мање проблеме за суд и ништа већу извесност за супружнике који се разводе, у односу на оне који нису приступили закључењу брачног уговора. Наравно и у случајевима када би брачни уговор био закључен у искључивој користи за једну уговорну страну, постављало би се питање основа покретања имовинског спора између супружника. Овај основ ми видимо на плану воље уговорника. Ако бисмо овде аутономију уговорника посматрали чисто уговорно не бисмо могли да се позивамо на њу као на основ. Међутим, ако бисмо у разматрању ишли дубље и анализирали факторе који су утицали на пристанак једне стране да закључи брачни уговор који очигледно није у њеној користи, аутономија воље би могла бити основ непоштовања одредаба брачног уговора. Ми основ видимо на пољу «моћи» једног уговорника. Поставља се питање како злоупотребу «моћи» санкционисати?

Овде би се могло водити општим захтевом да правни посао не сме бити очигледно неправичан за једну страну у моменту примене брачног уговора, те законски предвидети показатеље који упућују да је неки правни посао очигледно неправичан. Неки би се овом предлогу могли супротставити аргументујући то претераном влашћу која би на тај начин била дата судовима. С обзиром да је породично и брачно право поље изузетно осетљиво и непогодно за примену општих принципа које важе у другим гранама права, тако и овде сматрамо да би било нужно у сам процес укључити судије специјализоване за брачна питања, који би, у моменту развода брака још једном, пре него што се поступи по његовим одредбама, преиспитали брачни уговор. Кажемо «још једном» јер је у процесу његовог закључења укључен нотар, упозоравајући стране о последицама закључења брачног уговора, и у одређеној мери, испитујући да ли се одређени брачни уговор не закључује услед неких очигледних недостатака (јасна присила, принуда и томе слично). Укључујући специјализованог судију у сам процес сматрамо нужним за постизање веће сигурности и заштите «слабије» стране у уговору, стране која би у супротном могла били у изузетно неповољној позицији, нарочито након година проведених у браку, када по животном току, нужно произађу бројне промене.

³⁷⁹ Оправдано је да се на овом месту постави питање да ли сви ови утицаји једног супружника на другог могу бити сматрани принудом. *Hitchings* сматра да је принуда у оваквим релацијама тешко доказива, осим ако трећа страна није умешана. Такође она сматра да изјава о томе како до брака неће доћи уколико друга страна не пристане на закључење брачног уговора, не може бити сматарна принудом, те да би се о принуди радило, поред те изјаве мора да постоји и још неки додатни фактор. E. Hitchings, *Law Commission Report: A Study of the views and approaches of family practitioners concerning marital property agreements*, School of law, University of Bristol, 2011, 67.

Посебан проблем представљају брачни уговори који су закључени током брака.³⁸⁰ Они су нарочито проблематични јер се у њима јавља већа могућност емотивне манипулације другим супружником. Наиме, када се ради о брачном уговору који се закључује пре закључења брака, одређене емотивне манипулације могу имати два финала: или други супружник пристаје на њих те долази до закључења брачног уговора, а потом и закључења брака, или супружник увидевши манипулативност друге стране не пристаје на закључење брачног уговора те следствено томе не долази ни до закључења брака.³⁸¹ Са друге стране када се брачни уговор закључује након закључења брака, исход непрестанка једног супружника на његово закључење је – развод брака. С тога је притисак, који страна која тежи закључењу брачног уговора у браку, неупоредиво већи него што је на будућег супружника. Наиме, брак захтева многа одрицања и компромисе, а обично је праћен и рађањем деце, те се међусобни односи лица усложњавају, и много је теже без последица изаћи из таквог једног односа.³⁸²

Из наведеног следи да је у погледу брачног уговора, у циљу заштите његове суштине као и «слабије» стране у односу потребно увести шире поимање аутономије воље прилагођено примарном односу лица, те да је потребно увести правни стандард неправичности или непоштења, који би био приближен законским примерима када постоји очигледна неправда према једном супружнику, а који би примењивале посебно обучене судије за брачне односе.

Законодавац остаје нем на евидентну животну неравноправност у преговарачким положајима уговорника брачног уговора.³⁸³ Овакво поступање вероватно произилази из жеље да се остави могућност будућим супружницима да потпуно самостално уређују имовинска питања поводом своје имовине, јер би у супротном држава морала предвидети неке системе заштите стране у преговарачки „лошијем“ положају. Како је преговарачка неравноправност евидентна, без законодавне интервенције брачни уговори су „осуђени“ на значајан дисбаланс моћи уговорника. Дисбаланс преговарачке моћи између супружника је толико присутан да се подразумева и на њега се не обазире.³⁸⁴

Како је кроз анализу установљено да је у погледу закључивања и трајања брачног уговора у циљу правичних исхода потребно сагледавати контекст у коме је закључиван уговор

³⁸⁰ “Post-nuptial agreements, however, are very different from prenuptial agreements. The couple are now married. They have undertaken towards one another the obligations and responsibilities of the married state. A pre-nuptial agreement is no longer the price which one party may extract for his or her willingness to marry. ” (para 36), *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*, 2009 EWCA Civ 649, 2010 UKSC 42, par. 59, p. 25., <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0031-judgment.pdf>.

³⁸¹ Обично се закључење брачног уговора поставља као услов закључења брака.

³⁸² Мање је сложена ситуација када се брачни уговор закључује између лица која још нису ступила у брак. Свакако да и веза два лица са собом носи многе везе и повезаност коју није тако лако прекинути, али свакако да је однос мање сложен од брачног.

³⁸³ У законодавствима нордијских земаља брачни уговор је правно обавезујући, али може бити стављен ван снаге у случају да се утврди да постоји неједнакост између страна уговорница. Немачки уставни суд даје могућност судовима да испитују брачне уговоре, с тим да сам Уставни суд није одредио обим у коме се могу преиспитивати брачни уговори, већ је то препустио Врховном суду (Bundesgerichtshof). W. Pintens, „Matrimonial Property Law in Europe“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed.), Intersentia, 2011, 39.

³⁸⁴ Како се наводи у истраживању спроведеном са одређеном групом адвоката који су учествовали у сачињавању брачних уговора у Њујорку, аутономија је нешто што уговорне стране скоро никад немају, али се скоро увек претпоставља да имају, као да брачни уговор подједнако представља воље обеју страна. S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice–*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 103.

те у оквиру контекста разматрати да ли је аутономија воље постојала током његовог закључења и важења. У наставку рада ће бити анализирана средства која би могла послужити постизању баланса моћи како у процесу закључења брачног уговора тако и током његовог трајања, па све до његовог извршења.

6. 1. 1. Правни механизми за превазилажење дисбаланса моћи међу супружницима

Правни механизми за превазилажење дисбаланса моћи између супружника и заштите „слабијег“ супружника могу бити различити. Ковачек-Станић их дели на непосредне и посредне. Под непосредним правним механизмима Ковачек-Станић подразумева оне механизме којима се одредбама закона експлицитно води рачуна о имовинском положају супружника.³⁸⁵ Посредна заштита слабијег супружника остварује се кроз предвиђање забране уговарања или искључивања одређених правила, као и могућношћу уговарања искључиво законски предвиђених уговорних режима. Руско законодавство нам може послужити као пример законодавства које познаје непосредну заштиту „слабијег“ супружника. Суд може, на захтев једног од супружника, у целини или делимично, прогласити ништавим брачни уговор ако услови уговора ставе супружника у крајње неповољан положај.³⁸⁶ Посредну заштиту у виду немогућности да се искључи основни имовински режим по ком постоји обавеза да супружници снесу трошкове домаћинства, као и одредбе о подизању деце и породичном дому срећемо у француском праву.³⁸⁷ У једном броју земаља посредна заштита је предвиђена кроз законско прописивање одређених имовинских режима за које супружници у свом брачном уговору могу опирати (Шведска, Грчка), док у другом броју земаља закон одређује режиме који се могу уговорити, уз дозвољавање супружницима да уговоре и друге имовинске режиме (Немачка, Француска).

На европском нивоу Савет Европе је препознао потребу за заштитом „слабијег“ супружника у брачном уговору те је донео два значајна акта: Резолуцију о једнакости супружника у грађанском праву (1978)³⁸⁸ и Препоруку о доприносу после развода брака (1989).³⁸⁹ Резолуција о једнакости супружника у грађанском праву обавезује владе на преузимање неопходних мера којима се обезбеђује да закони који се примењују на брачне уговоре не садрже одредбе које дискриминишу једног од супружника, док Препорука о доприносу после развода брака садржи савет државама чланицама да усвоје одговарајућа правила која се односе на брачни имовински режим, а посебно правила која бившем супружнику дају право да добије одговарајући део имовине другог супружника.³⁹⁰

³⁸⁵ Г. Ковачек-Станић, С. О. Самарцић, «Заштита слабијег партнера у уговорном брачно-имовинском режиму», *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4 (2016), 1047-1048.

³⁸⁶ Чл. 44, ст. 2 Породичног закона Руске Федерације (Семейный кодекс Российской Федерации, N 223-ФЗ од 29. 12. 1995. године.

³⁸⁷ Чл. 1387-1581, Code Civil.

³⁸⁸ Council of Europe Committee of Ministers, Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil law, <https://rm. coe. int/09000016804e8e9e>, 26. 05. 2020.

³⁸⁹ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to member states on Family Mediation, <https://rm. coe. int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>, 26. 05. 2020.

³⁹⁰ Г. Ковачек-Станић, С. О. Самарцић, «Заштита слабијег партнера у уговорном брачно-имовинском режиму», *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4 (2016), 1048.

У делу који следи ми смо навели и обрадили одређене механизме, чијом комбинацијом, према нашем мишљењу, би могла бити остварена боља заштита слабијег супружника, те отклоњена могућност постојања и злоупотребе дисбаланса моћи међу супружницима. Механизме смо обрађивали по неком хронолошком следу, од момента настанка идеје за закључењем брачног уговора, преко његове овере, трајања и на крају, његовог извршења.

Први од могућих механизма за превазилажење дисбаланса моћи између супружника који намеравају да закључе брачни уговор био би установљавање обавезног независног правног савета.³⁹¹

Независни правни савет би погодовао аутономији воља страна уговорница тако што би им помогао да схвате последице одредаба предвиђених брачним уговором. Кроз овај савет стране уговорнице би могле бити упозорене на шири спектар последица које њима самима, са лаичке тачке гледишта, не би могле бити познате. Дobar стручни савет и разговор могао би да помогне да одлуче да ли ће, или неће приступити закључењу конкретног брачног уговора. Наравно, у неким случајевима страна уговорница ће, без обзира на упозорења и савете правног стручњака, пристати да закључи брачни уговор на сопствену штету.

Компетентни правни савет ће помоћи уговорним странама да у процесу преговора замисле и могуће промене околности те да у светлу тих промена размотре одређене одредбе свог брачног уговора.

Правни савет имао би за циљ и да освести уговорне стране те да само преговарање учини рационалнијим те потенцијално правичнијим. Суштинска предност независног правног савета у погледу брачног уговора била би у томе што би он стране уговорнице упозорио на последице које у тренутку закључења уговора не морају бити очигледне.³⁹²

Према позитивном законском решењу нотар је тај који супружнике упозорава на могуће последице закључења њиховог уговора. Нотар је у процесу овере уговора дужан да упозори стране да ће се закључењем брачног уговора дерогирати законски имовински режим. Ту се његов утицај завршава. Из тог разлога савет који нотар пружа странама не може се узети за довољан за битно правичније преговарање те закључивање брачног уговора. Поступање нотара може једино бити једно од средстава ка правичнијем преговарању и закључењу уговора, али никако једино. Независни правни савет би требао да се даје свакој страни појединачно од стране различитог правног стручњака, у временском периоду који претходи овери самог уговора код нотара. Временски период који претходи закључењу уговора треба да буде толики да омогући страни уговорници да размисли о оном што је сазнала од правног стручњака, те да буде у могућности да још једном преиспита своју одлуку.

³⁹¹ У Принципима европског породичног права наводи се да нотар или други правни стручњак са сличном функцијом треба да: даје непристрасни савет сваком супружнику понаособ; да обезбеди да сваки супружник разуме правне последице брачног имовинског уговора и да обезбеди да оба супружника дају слободан пристанак на уговор. K. Voelke-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzales Beilfuss, M. Jantera-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Relations Between Spouses*, Intersentia, 2013, 128.

³⁹² Нпр. уговорници уговарају да приходи сваког супружника улазе у његову посебну имовину. Супруга или супруг се у току брака одричу каријере у циљу бављења чувањем и васпитањем деце, напушта посао те у тренутку развода бива у знатно неповољнијем и неправичном економском положају.

Независни савет правног стручњака је пожељан начин за повећавање могућности да брачни уговор буде закључен у корист оба супружника, али он не може бити једино средство у процесу обезбеђивања веће аутономије воље супружника. Он не може бити једино средство, јер сам по себи не може бити гаранција правичном преговарању. Наиме, нека лица, иако ће добити информацију о последици њиховог евентуалног пристанка на поједине одредбе уговора или на уговор у целини, ипак ће приступити закључењу брачног уговора. Оглушавање о правни савет може бити изазвано разним факторима. Нека лица ће се надати да је брачни уговор само привремен, те да ће супружник који га је иницирао, у току трајања заједнице живота у браку сам одустати од њега, те да ће га ставити ван снаге, или да ће га ревидирати те сачинити други са знатно повољнијим одредбама за другу страну. Други сценарио би био да страна бива слепо вођена емоцијама те да рачуна да до развода брака, па самим тим и до примене уговора неће никад ни доћи, и томе слично. Поред ових разлога који указују на мањкавост и недовољност овог средства заштите „слабијег“ супружника јављају се и промењене околности.

Ако узмемо да је у процесу закључења брачног уговора и постојала аутономија воље супружника (релационо схваћена), не мора значити да ће она постојати и током трајања заједнице живота у браку. Живот је увек инвентивнији чак и од најмаштовитијег ума, те је практично немогуће у процесу закључења уговора предвидети све околности које могу да настану током трајања брака супружника, те да одредбе брачног уговора прилагоде рачунајући са свим промењеним околностима. Из тог разлога потребно је законски предвидети средства која ће супружницима стајати на располагању и у току трајања заједнице живота у браку и која ће им омогућавати да тим промењеним околностима прилагоде свој брачни уговор.

Амерички Правни институт (American Law Institute- ALI) је усвојио принципе који се односе на развргнуће породичне заједнице, те на брачне имовинске режиме.³⁹³ Ови принципи су нама интересантни јер се нарочито баве ограниченом рационалношћу страна уговорница. ALI принципи имају за циљ да се постигне, оснаживање страна уговорница, суштинска права, аутономија страна те препознавање дисбаланса моћи у одређеном контексту.

У Принципима се предлаже да се прати следећа процедура³⁹⁴ приликом закључења споразума у циљу да се учини што извеснијим да ће споразум бити закључен на правичној основи:

1. да се споразум закључи најмање у року од 30 дана пре закључења брака;
2. странама се саветује да добију независни правни савет;
3. сам споразум би требао да буде у једноставном језичком стилу;
4. страна која се одриче требала би имати барем приближно знање о имовини и приходима друге стране.

Ови Принципи су значајни јер препознају проблематичност закључења уговора између страна које су већ повезане неком везом, у овом случају емотивном, која њихово преговарање чини далеким од сфере рационалног. Принципи признају да стране у брачном уговору

³⁹³ Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 8:1, 2001.

³⁹⁴ Детаљно ове захтеве види у делу 7. 04 *Principles of the Law of Family Dissolution*, American Law Institute, American Law Inst. Publ., 2002, 1073-1083.

највероватније неће моћи хладнокрвно и рационално одлучивати о одредбама свог уговора, те предвиђа један временски период који би ипак могао да помогне да стране размисле о одредбама које су учиниле и да их евентуално измене.

Наведене одредбе би, у одређеној измењеној и прилагођеној форми, могле наћи места и у нашем правном систему, у делу који се односи на услове за закључење брачног уговора. Мишљења смо да би било корисно одредити одређени временски период (између 30 и 60 дана) који треба да протекне од закључења брачног уговора до заључења брака. Поред њега, корисним сматрамо да се уведе обавезан независни правни савет (о чему је већ било речи), али и обавезу упознавања супружника о међусобним имовинским околностима.

ALI принципи дају добру полазну основу одређењу механизма остваривања правичног поступка закључења брачног уговора.

Одређивање механизма за правичнији поступак закључења брачног уговора јесте нужно и основно, али за остваривање свеукупне правичности није довољно. Како је брачни уговор трајни уговор и како се његове одредбе односе на будући неизвесни период, потребно је развити систем који би се бавио промењеним околностима у току трајања заједнице живота у браку, те провером правичности примене брачног уговора у време његовог извршења.

Промењене околности у току трајања заједнице живота у браку могу бити адресоване на три начина: «клаузулама о заласку», реуговарањем брачног уговора током трајања брака и давањем овлашћења специјализованим судијама да преиспитују правичност одредаба брачног уговора у моменту његовог извршења.

1. У САД је уобичајено уговарање «клаузула о заласку» (*sunset clauses*). Према њима брачни уговор у целини или неке његове одредбе остају без дејства неколико година по закључењу брака.³⁹⁵ Након одређеног временског периода или неког догађаја који је спецификован у самом уговору ове одредбе аутоматски престају да важе или обавезују на реуговарање. Ове одредбе представљају раскидни рок који штити супружнике од непредвиђених околности на самом почетку брака (у почетним годинама).³⁹⁶

За разлику од права САД-а наше право овакве одредбе не познаје. Мишљења смо да би се могло размотрити њихово увођење у наш правни систем.³⁹⁷

Примена „клаузула о заласку“ би нарочито била пожељна у случају брачног уговора. Оне би нпр. омогућиле странама уговорницама да постепено увећавају корпус заједничких права, односно да са повећањем временског периода важења самог уговора односно трајања брака, све већи број добара прелази у заједничку имовину. То би било нарочито погодно у случајевима када је један од супружника у лошем

³⁹⁵ К. Е. Stoner, S. Irving, *Prenuptial Agreements: How to Write a Fair And Lasting Contract*, 2008, 11, наведено према: Н. Тешић, „Ко плати дукат да у брак уђе, нуди два да из брака изађе“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2012, 303.

³⁹⁶ Тешић сматра да уговор овде није модификован само роком већ и условом јер је за престанак дејства уговора потребно да супружници остану у браку до истека рока. *Ibid.*

³⁹⁷ „Клаузуле о заласку“ ни у српском праву нису нужно противне јавном поретку. *Ibid.*

материјалном стању па се могу довести у питање његови мотиви за улазак у брак са знатно богатијом страном. Брачни уговор који би садржао овакве одредбе би оставио простора да економски слабија страна докаже неоснованост сумње у њене брачне мотиве те да протеком времена супружници постану изједначени у имовинским правима.

2. Реуговарање брачног уговора би могло бити друго решење за проблем промењених околности током трајања брачног уговора. Периодично преиспитивање одредаба брачног уговора помогло би да стране уговорнице прилагоде имовинскоправне одредбе промењеним околностима те да у моменту извршења брачног уговора, постоји прилагођеније и правичније решење. На пример, ако би се брачни уговор закључио између супруга који је економски слабија страна, лице са малим приходом, и супруге која има успешну каријеру на начин да у току трајања брака приход од сваког супружника улази у његову посебну имовину. Међутим током трајања брака, супруг, иначе љубитељ игара на срећу, освоји велики новчани износ на, након чега покрене лични бизнис и у кратком периоду постане неко ко остварује несразмерно више прихода, а супруга, понесена новонасталом ситуацијом као и рођењем детета, одлучи да престане са обављањем своје профитабилне делатности те да се посвети породици рачунајући да сада за новац нема потребе да брине. У случају развода брака, ако се брачни уговор не би ревидирао након што су се промениле околности, супруга би се нашла у незавидном положају. Ако би остало да суд нема право да се меша у слободу уговарања, те да разводом брака брачни уговор ступа на снагу без било каквог ревидирања и преиспитивање правичности његовог исхода, супруга би из брака изашла очиглено економски и емотивно оштећена. Подстицањем периодичног ревидирања брачног уговора брачни уговор би се приближио животној стварност супружника. На тај начин би се уважила промењивост њихове аутономије и појава околности која би првобитни брачни уговор учиниле неправичним и штетним за једну или обе уговорне стране.
3. Трећи начин „борбе“ и уважавања промењених околности била би контрола одредаба брачног уговора, односно правичности њиховог исхода у тренутку извршења брачног уговора од стране специјализованог судије. Контрола правичности одредаба брачног уговора од стране специјализованог судије би била још један од корака ка постизању што правичнијег исхода брачног уговора.³⁹⁸ Судском контролом би била омогућена ревизија уговорних одредаба и у случају када један од супружника, услед дисбаланса моћи, иманентног или насталог током трајања брака, није имао могућност да утиче на покретање или да покрене ревизију првобитног брачног уговора. Судска ревизија би могла да отклони и омашке и пропусте који су се десили у процесу закључења брачног уговора (пропусти нотари, или независног правног саветника). Судска контрола, је корисна да би се отклониле и неке неправилности које су постојале и у моменту закључења уговора, али које нису биле утврђене.³⁹⁹

³⁹⁸ Шведско законодавство познаје могућност измена или неузимања у обзир одредаба брачног уговора уколико су те одредбе неразумне у односу на предмет уговора, узимајући у обзир околности у време сачињавања уговора, касније настале околности, као и целокупне околности. Поглавље 12, чл. 3, Marriage Code of Sweden (1987).

³⁹⁹ N. Dethloff, „Contracting in Family Law: A European Perspective“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011, 89.

Дозвољавањем суду да изврши увид у брачни уговор приликом његовог извршења у процесу развода брака омогућило би се да се провери правичност одредаба брачног уговора у моменту извршења брачног уговора.

У одговору на питање да ли би и у којим ситуацијама било оправдано дозволити суду да стави ван снаге брачни уговор могу нам послужити већ помињани ALI принципи. Према овим принципима било би оправдано ставити ван снаге брачни уговор уколико се докаже да би његово извршење довело до „суштинске неправде“ („substantial injustice“).⁴⁰⁰ ALI принципи дају смернице за утврђивање несавесног поступања неке од страна како у погледу закључења брачног уговора тако и у погледу његовог извршења. У утврђивању да ли је уопште потребно преиспитивати брачни уговор пре његовог извршења ALI принципи предлажу проверу да ли је нпр. рођено дете од закључења брачног уговора, или да ли је дошло до промене у околностима које имају суштински значај на стране или децу, а за које се у моменту закључења уговора није могло претпоставити. Ако се нека од наведених ситуација десила онда је испуњен услов да би суд мога да истражује да ли би извршењем брачног уговора дошло до *суштинске неправде*. У опредељивању овог стандарда ALI нуди смернице: нпр. велика разлика између исхода на основу уговора и оног што би супружницима следовало да није био закључен брачни уговор; да ли је брачни уговор закључен због користи треће стране, да ли је сврха и даље релеватна, те да ли су одредбе уговора тако формулисане да служе сврси; утицај извршења уговора на децу супружника.⁴⁰¹

Једна од релевантних смерница идеји увођења судске контроле правичности одредаба брачног уговора налазимо и у Принципа европског породичног права Комисије за породично право. Комисија је у оквиру Принципа предвидела непосредну заштиту слабијег партнера на основу принципа који се односи на постојање изузетних тешкоћа на страни једног супружника. У Принципима се предвиђа да надлежни орган може, узимајући у обзир околности у време закључења уговора или оне које су настале накнадно, у случају изузетних потешкоћа, ставити ван снаге или изменити брачни имовински уговор. Могућност стављања ван снаге или измене уговора предвиђена је узимајући у обзир промењене околности, нарочито имајући у виду посебне околности другог супружника.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 8:1, 2001, 35.

⁴⁰¹ *Principles of the Law of Family Dissolution*, American Law Institute, American Law Inst. Publ. , 2002, 7. 05, 1093-1109.

За разлику од Принципа који као критеријум наводе суштинску неправду, *Brod* користи нешто објективнији правни стандард *економске правде*. Овај приступ подразумева израчунавање жртви у виду економских, каријерних и образовних прилика које је једна страна пропустила мењајући споразум да би се анулирао економски диспарат који је произашао из ових жртава. G. Brod, „Premarital Agreement and Gender Justice“, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 6, 229.

⁴⁰² K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. Gonzales Beilfuss, M. Jantera-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, *Principles of European Family Law Regarding Relations Between Spouses*, Intersentia, 2013, 135-138.

Комисија образлаже давање могућности стављања ван снаге брачног уговора разликама које постоје између брачног уговора и комерцијалних уговора (емоционална повезаност страна уговорница, да се ради о уговорима који се закључују за неодређени временски период, не рачунајући на промене у околностима, и др.).

Вишестепеност контроле процеса закључења и извршења брачног уговора је корисна јер она штити аутономију страна уговорница од самовоље друге уговорне стране, те утиче на то да без обзира на постојећи дисбаланс моћи, исход уговарања буде у корист обе стране.

Поред наведених механизма посредне заштите слабијег супружника, ми се залажемо и за уређење садржине брачног уговора у виду законом уређених опционих имовинских режима тако да и она, као један од видова посредне заштите слабијег супружника, допринесе што правичнијем исходу брачног уговора, те међусобној користи самих супружника. У следећој глави биће представљени имовински режими за које ми сматрамо да ће у још већој мери допринети балансу моћи у брачном уговору.

6. 1. 2. Теоријски оквир за превазилажење дисбаланса моћи међу супружницима

Контрола одредаба брачног уговора од стране специјализованог судије предвиђена је као један од механизма превазилажења дисбаланса моћи и постизања правичности одредаба брачног уговора. У вези са овим механизмом јавља се питање начина на који ће судија утврђивати да постоји дисбаланс моћи и евентуално ставити ван снаге поједине одредбе брачног уговора или уговор у целини, а уз то да не поступа неправично према оној страни која се поуздала у уговор и да не релативизује сваки брачни уговор те да супружнике удаљи од идеје закључења брачног уговора?

Теоријска разрада која следи односи се на оне случајеве у којима не постоји очигледна неправичност одредаба брачног уговора,⁴⁰³ већ када се код судије јави недоумица у погледу неправичности његовог извршења.

У одговору на ово питање потребно је успоставити теоријски оквир и у оквиру њега првенствено утврдити шта слобода уговарања између супружника значи. Након утврђења граница слободе уговарања између супружника оствариће се полазна основа за судијско просуђивање о правичности одређене одредбе брачног уговора или брачног уговора у целини.

Од чега почети при конструкцији брачног уговора, односно који су то елементи које је потребно изнаћи и проверити да бисмо могли рећи да теорија представља добру основу за правилно разумевање односа уговорница, као и за правичну примену брачног уговора, примену која одражава циљ његовог установљавања?

Брачни уговор се закључује између будућих супружника или између супружника, у оним случајевима када ова лица желе да уреде своја имовинска питања на начин другачији од законом предвиђеног. Прво питање које се при закључења овог уговора поставља јесте питање постојања слободе уговарања односно аутономије воље. Следеће питање и проблематични моменат

⁴⁰³ У случају очигледне неправичности специјализовани судија би имао право да стави неправичну одредбу или цео уговор ван снаге, те да наложи примену законског имовинског режима. Очигледна неправичност би постојала када би нпр. брачним уговором било уговорено да ће све стечено током заједнице живота у браку припасти супрузи, а муж, иако се није бавио комерцијалном делатношћу, старао се о четворо заједничке деце, бавио кућним пословима као и пружао менталну подршку супрузи у њеним каријерним настојањима.

брачног уговора произилази из чињенице да се овај уговор обично закључује доста раније у односу на моменат престанка брака. Током тог временског периода нужно долази до промене разних животних околности, те је немогуће правилно применити брачни уговор уколико се ове околности не би уважавале. Поставља се питање да ли је ове елементе могуће посматрати на исти начин као и у случају обичних комерцијалних уговора те применити општа правила која се односе на аутономију воље и промењене околности. Наше мишљење је да би такво поступање водило неправичним последицама. Да бисмо то образложили полазимо од образлагања аутономије и њене проблематичности на пољу брачног уговора, а ово разматрање ће нужно захтевати објашњење контекста. Затим ћемо покушати да образложимо промењене околности и његове последице на примену брачног уговора, да бисмо на крају дали предлог теоријског оквира који би осликавао особености брачног уговора.

Поред чињенице да се брачни уговор закључује између лица које везује емотивна веза, „проблематичност“ брачног уговора појачава чињеница да се он закључује за неке будуће околности, незнајући за даљи развој догађаја (емотивних, економских, и др.) и без могућности да их предвиде јер је живот увек инвентивнији. Управо из ових разлога је потребно аутономију воље сагледати из другог угла те изнаћи начине да се у моменту примене брачног уговора утврде промене у аутономији воље и другим околностима, за које да су супружници знали, би утицале на одлучивање супружника у моменту закључења уговора, а све у циљу што правичније примене брачног уговора.

У утврђивању теоријског оквира брачног уговора поћићемо од релационе теорије. У оквиру овог рада који говори о појму и правној природи брачног уговора већ смо се укратко дотакли ове теме, али само у контексту обраде и појашњења појма „брачни уговор“, тј. појашњења садржине речи уговор у овој синтагми.

Класична концепција уговора није примењива на брачни уговор, јер полази од тога да уговорне стране брину само о својим интересима, што не сме бити случај у брачном односу. Као одговор на недостатке класичне уговорне теорије јавила се релациона уговорна теорија. Међутим, ова теорија је изворно настала за потребе регулације комерцијалних уговора, те је у непромењеном облику није могуће правилно применити на брачни уговор. У процесу прилагођавања релационе теорије на почетку ћемо се послужити феминистичком критиком ове теорије која управо указује на проблем моћи и заштиту „слабије“ стране у уговору.

У истраживању теоријског оквира који би био погодан за брачни уговор, погодно је поћи од релационе теорије јер она препознаје проблеме који су повезани са сачињавањем уговора који се односе на околности које трају дужи временски период као што је нпр. брак, а за које се по природи ствари везују околности које се не могу предвидети у тренутку закључења уговора. Међутим, релациона теорије не познаје проблем неравноправног положаја мушкарца и жене при закључењу овог уговора, те је у погледу овог питања потребно консултовати феминистички поглед (феминистичку критику релационе теорије). Комбинација релационе теорије са феминистичким освртом на њу оправдава се заједничким погледом ових схватања. Наиме обе концепције деле исти поглед, у смислу да сматрају да уговорно право треба да уважава промену у размишљању (*changing understanding*) страна, као и да уговорно право не би требало да буде сконцентрисано само на максимизирање богатства.⁴⁰⁴

⁴⁰⁴ J. Wightman, „Intimate Relationships, Relational Contract Theory and the Reach of Contract“, *Feminist Legal Studies*, Vol 8, 2000, 93-131.

У утврђивању теоријског оквира за брачни уговор несумњиво је да је потребно поћи од односа између страна уговорница јер је управо овај однос оно што највише утиче на будући уговор. Како бисмо у разматрању пошли од односа страна уговорница потребно је редефинисати и аутономију уговорника јер њу у оквиру наведеног концепта није могуће посматрати изоловано и индивидуално. Аутономију воље супружника је потребно посматрати у интеракцији која је нужна да би један интимни однос постојао. Супружници треба да буду упућени да не раде само у личном интересу, већ да гледају на заједнички (како њихов тако и њихове деце) финансијски интерес у случају развода.

Релациона теорија је настала као средство критике традиционалног приступа аутономији воље. У уговорном праву аутономија је централни појам и она обухвата идеју слободе, слободног пристанка и личног интереса. Класично схваћена аутономија се концентрише на индивидуу која тражи решење које је у његовом најбољем интересу. Са друге стране релациона аутономија обара очекивање да се индивидуа понаша у сопственом интересу и уместо тога наглашава потребу испитивања констелације односа који окружују поступак одлучивања.⁴⁰⁵ У комплексности породичних односа може се поставити питање могућности да лица доносе потпуно индивидуализоване, слободне одлуке. Међутим, право управо претпоставља да је одлука донета аутономно.

Крајем двадесетог века, појавио се концепт релационе аутономије. *Mackenzie* и *Stoljar* описале су релациону аутономију као свеобухватни појам, који означава низ сродних перспектива . . . заснованих на заједничком уверењу, уверењу да су особе социјално одређене и да се идентитет лица формира у контексту друштвених односа и обликује их комплекс друштвених одредница које се укрштају, као што су раса, класа, пол и националност.⁴⁰⁶ Релациона аутономије уважава контекст у коме се одлука доносила. У релационој аутономији породичног права, *Herring* је супротставио своју перспективу релационе аутономије са неолибералним перспективама аутономије. Иако су неолиберални појмови аутономије изграђени на претпоставкама да су доносиоци одлука независни, самоиницијативни и рационални актери, релациона аутономија тврди да „[не] бити аутономан не значи бити изолован и слободан од одговорности, већ да се буде повезан у односу са њиховим међусобним узајамним и зависним одговорностима“.⁴⁰⁷ На нашу аутономију приликом доношења тих одлука утичу односи са другима и односи с онима са којима закључујемо споразуме. То је довело до тога да је *Herring* користио релацијску аутономију да би се аутоматски супротставио извршавању брачних уговора где постоји неравнотежа моћи између страна. Чини се да је главна разлика између неолибералне аутономије и релацијске аутономије једноставно у томе што у је случају усвајања релационе аутономије држава приморана да пита зашто је одлука донета.⁴⁰⁸

Кључни елемент релационе уговорне теорије је значај који она придаје контексту, тако што пре него што погледа саму трансакцију, води рачуна о односу између страна уговорница. Овакав приступ се разликује од традиционалног приступа који, иако уважава контекст уговора,

⁴⁰⁵ S. Thompson, „Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements“, *Journal of Law and Society* 45 (4), 2018, 12-13.

⁴⁰⁶ C. Mackenzie and N. Stoljar, „Autonomy Refigured“, *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, ed. C. Mackenzie and N. Stoljar (2000) 4.

⁴⁰⁷ J. Herring, *Relational Autonomy and Family Law*, Springer, 2014, 68.

⁴⁰⁸ *Edgar v Edgar* [1980] 1 W. L. R., 1420.

не ставља фокус на неравноправности које могу настати у интимним односима. Критика традиционалном приступу настаје, не због тога што он игнорише контекст - он се критикује јер не приоритизује контекст.⁴⁰⁹

Релациона уговорна теорија који је развио *Macneil* испитује уговор у целини.⁴¹⁰ *Macneil*-ов модел темељи се на принципима уговорног права на које се ослања у пракси, али га проширује „да обухвати много шири и богатији друштвени или можда филозофски релацијски уговор који је тачније објаснио како се размена одвијала“ у споразуму који се процењује. *Macneil*-ова теорија доводи у питање неолибералне основе уговора и његов индивидуализовани модел аутономије. Релациона уговорна теорија нам помаже да схватимо како је и зашто склопљен споразум.

Релациона уговорна теорија превазилази потешкоће које *Macneil* назива "презентацијом".⁴¹¹ То се односи на дугорочне уговоре који се баве будућности као да су садашњост. Брачни уговор је пример презентације јер се он закључује у погледу будуће ситуацију која се може или не мора догодити у будућности - развод. Али то уговарање које се везује за будући неизвесни догађај се закључује у тренутним околностима странака - пре него што су у браку или током трајања брака и у тренутку када се развод чини далеким и мало вероватним изгледом. Релациона уговорна теорија помаже да се истакне чињеница да брачни уговори могу бити сложени због многих непредвидивих начина на који се брачни однос може развити.⁴¹² Брачни уговори се не могу тумачити само у оквиру обећања које странке дају једна другој у споразуму који потписују. Како објашњава *Leckei*, садржај односа „једноставно се развија из интеракција страна током његовог живота“.⁴¹³

У разматрању прилагођавања релационе теорије особеностима брачног уговора користићемо се и феминистичком перцепцијом релационе теорије, у циљу извршења увида у дисбаланс моћи у брачном уговору. Феминистичка перцепција је корисна јер указује на дисбаланс утицаја између уговорника, који не мора нужно бити ни на страни мушкарца.⁴¹⁴ Она осветљава родне претпоставке које су садржане у пословним и друштвеним односима.⁴¹⁵ *Conagan* сматра да су традиционалне уговорне теорије (које он назива „*tradicional academia*“), родно неутралне, те да нису способне да се носе са емоционалним компликацијама које носе брачни уговори.⁴¹⁶ Феминистичка перцепција релационе теорије ће нам помоћи да што реалније

⁴⁰⁹ H. Beale, „Relational Values in English Contract Law“, *Changing Concepts of Contract: Essays in Honour of Ian Macneil*, ed. D. Campbell et al., 2013, 116.

⁴¹⁰ I. Macneil, *Contract: Exchange Transactions and Relations*, Foundation Press, 1978.

⁴¹¹ I. Macneil, „Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law“, *Northwestern University Law Rev.*, Vol. 72, 1978, 854.

⁴¹² Стране у брачном уговору често имају нереално виђење садашњости и такође не знају како ће се околности променити. G. Hadfield, „Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law“, *University of Pennsylvania Law Rev.*, Vol. 146, 1998, 1258.

Када се околности промене то је често на економску штету супружника који предузима старање о домаћинству као и старање о васпитавању деце.

⁴¹³ R. Leckei, „Relational Contract and other models of marriage“, Vol. 40, *Osgoode Hall Law J.* 1, 2002, 8.

⁴¹⁴ О феминистичком погледу на породично право: A., Diduck, K., O'Donovan, „Feminism and Families: Plus Ça Change?“, *Feminist perspectives on Family Law*, Diduck, A., O'Donovan, K. (ed.), Taylor & Francis e-Library, 2007.

⁴¹⁵ J. Conaghan, „Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law“, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 3 (Sep., 2000), 351-385.

⁴¹⁶ *Ibid.*, 359.

сагледамо однос моћи који условљава постојање аутономије као једног од кључних начела уговорног права.

Тешко је говорити о феминистичком погледу на неко питање јер унутар феминистичког покрета постоји више струја и погледа на одређене проблеме.⁴¹⁷ Оне разматрају утицај развоја уговорне теорије на положај жена, али свака на себи својствен начин. За нас ће бити релевантни они погледи који уочавају дисбаланс моћи уз истовремено разматрање аутономије страна.

Неки феминистички погледи иду доста далеко. *Paterman* сматра да је уговорно право, као и већина грана права мушка конструкција која жену ставља у позицију објекта мушког угњетавања.⁴¹⁸ *Paterman* није једина која заступа овакво становиште према класичној концепцији уговора. *Tidwell* и *Linzer* сматрају да је класични поглед на уговоре повезан стандардим као што су индивидуална аутономија, тешко преговарање, самопоуздање, и др.⁴¹⁹ *Code* сматра да је наш поглед на аутономију воље идеализован од стране мушкараца који усмеравају свој труд ка максимизирању сопствених интереса.⁴²⁰

Феминистички поглед на закључење брачног уговора фокус свог приговора ставља на претпоставку начина на који људи преговарају и улазе у интимне споразуме и због тога феминистички поглед може препознати дисбаланс моћи који постоји у моменту када се споразум закључује. Овај поглед напомиње да стране уговорнице јесу људи а не рационалне преговарачке машине.

Феминистички поглед истиче важност препознавања полне димензије брачног уговора из два разлога: прво јер је мушкарац обично богатија⁴²¹ и моћнија страна и друго, јер је вероватније да је жена та која ће жртвовати каријеру да би преузела старање о кући и родитељске обавезе, те да ће бити оштећена закључењем уговора који не урачунава ове њене активности.

Са друге стране *Kingdom* сматра да није исправно феминистичко становиште према коме се жени пружа правна заштита само из разлога што је жена, те сматра да би исправно коришћење закључака до којих се дошло феминизмом, било оно које би се фокусирао на сва лица која су под утицајем дисбаланса моћи (дакле и на мушкарце). У просуђивању дисбаланса моћи, те полног приступа, мора се поћи на начин да се препознаје дисбаланс без креирања

⁴¹⁷ Fredman истиче како нео-лебералне перспективе наглашавају слободу избора жена, уместо да говоре о утицају који друштвени системи имају на ове „слободе“. S. Fredman, *Woman and Law*, Clarendon Press, 1998, 288-290., наведено према: S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 147.

⁴¹⁸ C. Pateman, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988. Из оваквог становишта произилази да би закључивање брачног уговора уз непромењену класичну концепцију уговора, било поговарање мушкој самовољи те могуће нарушавање права жена.

⁴¹⁹ P. Tidwell, P. Linzer, „*The Flesh-Colored Band Aid-Contracts, Feminism, Dialogue and Norms*“, *Huston Law Review*, Vol. 28, 791.

⁴²⁰ L. Code, „Second Persons“, *What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*, Cornell University Press, 1991, 78, наведено према: S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice – Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 149.

⁴²¹ *Lady Hale* наводи да је мушкарац богатија страна у уговору. *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*, 2009 EWCA Civ 649, 2010 UKSC 42, 137.

полних стереотипа те да се жена увек сматра слабијом страном, само на тај начин би оба супружника била у равноправној позицији самосталног одлучивања.⁴²²

Ако се дисбаланс моћи не би узимао у обзир те би у таквом стању били закључивани уговори онда би се уговарањем брачног уговора само правно оснаживала неједнакост супружника, те би брачни уговор постао средство манипулације и угрожавања слободе лица, а не израз њихове аутономије.

Комбинацијом релационе теорије и феминистичке критике исте, *Thompson* гради теоријску основу *феминистичке релационе уговорне теорије*.⁴²³

Феминистичка релациона теорија препознаје да лица не улазе у уговорне односе у вакуму, те да њихова воља не може да се посматра индивидуалистички и неvezано од контекста у коме се уговарање одвија. Према овој теоријској поставци аутономија је више него само рационално доношење одлука, она је, у брачним уговорима изложена емоцијама, међузависности те притисцима будућих супружника или супружника. Као резултат наведеног Феминистичка релациона уговорна теорија сматра да је неопходно препознати контекстуални концепт аутономије да би се пропознао дисбаланс моћи између страна уговорница овог уговора. Циљ феминистичке релационе уговорне теорије је да сачини концепт аутономије воље који ће бити примењив током целог „живота“ брачног уговора.

Феминистичка релациона уговорна теорија је конципирана на темељу релационе аутономије и релационе уговорне теорије комбиновањем ових приступа и превазилажењем њихових недостатака са феминистичке тачке гледишта. Ауторка феминистичке релационе уговорне теорије наводи да је ова теорија корисна не само као средство критике традиционалне уговорне теорије већ и као начин да се обезбеде решења која могу оснажити уговорне стране у свакодневним односима, нарочито ону страну која би у случају традиционалне формулације која не уважава шири контекст у ком је закључен уговор била слабија страна услед дисбаланса моћи.⁴²⁴ У наведеном чланку *Thompson* наводи да је индивидуалистички приступ брачном уговору неадекватан.⁴²⁵ Она наглашава да концепт аутономије сам по себи није лош али да је проблематична његова примена у праву.⁴²⁶ Брачни уговор узима се као доказ аутономије странака, под условом да су странке адекватно обавештене и да ни на једну странку није противправно извршен притисак да га потпише. Међутим, ова претпоставка аутономије служи да се скрајну контекстуални фактори као што су: како је и зашто је склопљен споразум и промене динамике моћи које се дешавају током трајања односа.⁴²⁷ Претпостављајући аутономију страна уговорница не поставља се питање зашто би појединац свесно потписао лош споразум или остао странка у њему. Али како *McLean* напомиње, контекст у коме се врши избор

⁴²² E. Kingdom, „Cohabitation Contracts and the Democratization of Personal Relations“, *Feminist Legal Studies*, Vol. 8, 2000, 5.

⁴²³ Феминистичка релациона уговорна теорија је формулисана у књизи Sharon Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, али је детаљније разрађена у чланку S. Thompson, „Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements“, *Journal of Law and Society* 45 (4), pp. 617-645.

⁴²⁴ S. Thompson, „Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements“, *Journal of Law and Society* 45 (4), 2018, 4.

⁴²⁵ *Ibid.*, 10.

⁴²⁶ *Ibid.*, 11.

⁴²⁷ *Ibid.*

мора се уважити, јер се у противном аутономија своди на питање информисаног пристанка. Дакле, ако се аутономија и сагласност поистовете, остаћемо са поједностављеним погледом на аутономију у којем се појединци или слажу или не. Ауторка феминистички аспект ове теорије сматра пресудним, јер у концепт релационе уговорне теорије уводи родну димензију. Она истиче да се не може рећи да тренутни концепт није способан да реши последице родне неравноправности у интимним односима. Релациона теорија може, кроз посматрање добитака и губитака који потичу из везе, препознати да промене после развода пречесто доводе до лоших економских услова за жене. Ако се не би примењивала релациона теорија, и ако се њено значење не би обогатило разматрањем и родне равноправности, дешавало би се нешто што се у интимним односима може означити као својеврсним апсурдом. Наиме ако брачним уговором не би био уговорен економски интерес за страну која се бави домаћинством и васпитањем деце, та страна би по разводу брака била знатно осиромашена и њена права би била нарушена. *McLean* поставља питање не би ли се требао на исти начин одмеравати допринос који остварује директне приходе као и онај који има за циљ одржавање породичног јединства. Тако би, ако би се примењивала класична концепција, без разматрања уговорног контекста, показало да страна која улаже у своју каријеру и не бави се васпитањем деце по престанку брака зарађује на рачун супружника који је, на пример жртвовао каријеру, да би се посветио породици. Циљ феминистичке релационе теорије је да пружи алтернативну анализу традиционалних доктринарних концепата у уговору и да им да ново значење.

Феминистикој релационој уговорној теорији је похвално што поред тога што указује на родне различитости (које су природне)⁴²⁹, указује и на контекст путем ког она шире поставља угао гледања и самим тим не мора да реагује „женоцентрично“. Правилно посматрано ова теорија није основ женског шовинизма, те стављања мушкарца у потчињени положај и самим тим она остварује циљ свог формирања, а то је равноправност страна уговорница и правичност исхода уговарања.

Феминистичка релациона теорија на тај начин охрабрује стављање односа страна уговорница у центар разматрања, и фокус на прави однос снага, не дајући неприродну предност било женској било мушкој страни у уговору. Суштина феминистичке релационе уговорне теорије је у томе што она брачни уговор сагледава у целини, од настанка до извршења, уз нарочит осврт

⁴²⁸S. A. M. McLean, *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge-Cavendish, 2010, 215.

⁴²⁹ Феминистички приступ даје гендерски изазваном дисбалансу моћи између страна централно место. Мишљења смо да је то претерано наглашавање искључиво гендерских утицаја те да тако, баш као и свако пренаглашавање доводи до неправичности за једну страну, у овом случају би то било за мушкарца. Свакако да гендерске разлике имају утицаја на дисбаланс моћи и на одредбе брачног уговора, али он је само један од фактора о којем се мора водити рачуна. Несумњива је корист од обраћања пажње на дисбаланс моћи за који је заслужна феминистичка релациона уговорна теорија, али, као што смо и раније навели он не мора бити условљен само економски бољом позицијом једног супружника.

О термину «пол» и «род», који у општем и уобичајеном значењу, подразумева петрифицирану дистанцираност, несавладиву, упркос снази волунтаризма, дистанцу, у контексту теме реч „пол“ подразумева почетну одвојеност, која, снагом (финог/срећног) атавизма, снагом биолошких, природних закона који не наређују него констатују, слободном вољом и жељом за симфонијом, генерално, у финалу увек успешно победи почетну дистанцираност. Рђави принципи у једној сфери јесу етиологија рђавости целог друштва. С. И. Панов, „Гендерско васпитање/родна сензитивност: редефиниција демократије и ет(н)ички идентитет“, *Српска политичка мисао*, бр. 1/2013. год. 20. vol. 39, 30-31.

на процес извршења у ком се поново може у целости процењивати цео уговор те позиција супружника у њему.⁴³⁰

Применом концепта феминистичке релационе уговорне теорије на брачни уговор погодвали би обема странама уговорницама, те финансијској добробити целе породице у случају развода. У процењивању аутономије страна уговорница феминистичка релациона уговорна теорија се не ограничава само на процес закључења брачног уговора, већ она ту аутономију преиспитује и у току трајања брака. Како је средиште ове теорије на односу између страна, логично је да се однос и позиције супружника преиспитују током трајања целог периода, а не само у почетку, јер се околности могу променити.

Из феминистичке теорије се треба преузети нијансиран и сложен поглед на аутономију воље и пристанак страна уговорница. Феминистичка релациона теорија познаје не само основне мане воље, већ и суптилне методе којима једна страна врши притисак на другу.⁴³¹ Суд би требао да пажљиво разматра околности под којима је закључен брачни уговор. Постојање независног правног савета не може бити доказ да је брачни уговор закључен слободно и без утицаја моћи једне од страна. Овај приступ указује на потребу разматрања свих околности од преговора до извршења брачног уговора, јер је пристанак промењива категорија.

На крају ове анализе можемо закључити да је феминистичка релациона уговорна теорија суштински корисна те да треба да послужи у препознавању и спречавању коришћења моћи од било које стране у уговору за коју се утврди да је се користила својом моћи да наведе другу страну да закључи брачни уговор одређене садржине. Оно што нам се не допада у овој концепцији јесте реч „феминистичка“ јер може изазвати забуну у погледу опредељења ове теорије, те неправично и вештачко фаворизовање жена називом саме теорије индикујући да су оне увек слабија страна у уговору. Из тог разлога ми смо мишљења да треба наведени концепт феминистичке релационе уговорне теорије усвојити у делу у ком указује на неравноправности до којих може доћи при закључењу брачног уговора, уз изостављање назив *феминистичка*. За изостављање речи феминистичка се залажемо из разлога што се и мушкарац, а не само жена, могу јавити као „гендерски“ слабија страна, штавише сматрамо да ће у времену које долази можда баш мушкарци бити ти који ће и чешће бити слабија страна. Агресивна политика већине феминистичких концепција данас се претвара у нешто друго у односу на почетни мотив настанка феминистичких покрета. Данас феминистички покрет све више поприма обресе покрета за унижење мушкараца, њихово потчињавање, до мере угрожавања њихових права. Када би се послушали неки ставови екстремних феминистичких струја,⁴³² те када би се као слабија страна искључиво наводила жена, неминовно би дошло до извргавања саме феминистичке концепције те до неравноправности и потчињености сада друге, мушке стране. Тако бисмо ишли у круг и никад баланс моћи, бар у овом аспекту, не бисмо могли постићи. Из тог разлога је погодно из феминистичке концепције преузети оно што је у њој корисно за постизање правичнијих исхода у брачном уговору, те урачунати и гендерски аспект, али не ограничавајући га на жену већ га проширити и на мушкараца, уважавајући могућност, нарочито данас, да и мушка страна буде слабија страна чак и у економском аспекту. Како је брак

⁴³⁰ S. Thompson, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, 173.

⁴³¹ O. Gan, „Contractual Duress and Relations of Power“, *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 36, 201-202.

⁴³² Више види: С., Антонић, *Искушења радикалног феминизма: моћ и границе друштвеног инжењеринга*, Службени гласник, Београд, 2011.

заједница жене и мушкарца, те како су они различити, а опет једно и како је лепота у тој различитости и у самом јединству које се постиже браком мишљења смо да теорија која ће се бавити брачним имовинским уговором мора да одише духом саме институције у корист које је и настао брачни уговор, а са њим и теоријска основа- релациона уговорна теорија. Да би брачни уговор био средство подстицања равноправности и спречавања нарушавања права супружника, сматрамо да је потребно препознавати дисбаланс моћи и спречавати га, али да никако није пожељно у првом моменту, пре него што се околности неког случаја не испитају било женску било мушку страну у уговору карактерисати као више или мање доминантну тј. „слабију“. Мушкарци у нетрадиционалној улози морају такође бити заштићени. Погрешан је став великог броја феминистичких теоретичара да је жена та која је у сваком брачном односу потчињена, те да мушкарци не могу бити слабија страна у брачном уговору. Ако би се примењивао феминистички „женоцентрични“ приступ, без уважавања околности случаја (на чему инсистира релациона теорија) онда би у случајевима у којима мушкарац не игра традиционалну мушку улогу, те где је он пасивнија и слабија страна у односу исход преговарања и закљученог брачног уговора могао да буде на његову штету.⁴³³

С тим у вези се залажемо да назив теорије буде *прилагођена релациона уговорна теорија*. Прилагођена релациона уговорна теорија би представљала релациону теорију обогачену закључком до ког је феминистичка концепција дошла, а то је да постоји дисбаланс моћи и да он може бити и „гендерски- полни“.

6. 2. Лица са којима супружник/ци ступају у правне односе

Поред посебне заштите, коју је у вези са закључењем брачног уговора потребно пружити „слабијем“ супружнику, још једна категорија лица на коју постојање брачног уговора може имати значајног утицаја јесу трећа лица са којима супружници ступају у правне односе, те је и у име заштите ових лица потребно установити одговарајући законски механизам.

Супружници у току трајања брака, заједнички или појединачно, закључују правне послове са трећим лицима. Поводом ових располагања могу се јавити одређени проблеми како за саме супружнике тако и за трећа лица са којима ступају у правне послове. Који су то проблеми и како се они могу превазићи? Разликујемо две врсте проблема. Прва јесте располагања једног од супружника предметом велике вредности из заједничке имовине без знања другог супружника, а други би био пропуст јавног бележника, или лица које врши упис у јавни регистар права на непокретностима да заведе промену права својине на одређеној непокретности која је извршена у брачном уговору.

⁴³³ *Garrison* сматра да су правни системи који се заснивају на претпоставци да је женама потребна посебна и додатна заштита у односу на мушкарце веома патерналистички, те да се заснивају на класичним женским стереотипима- слабости, зависности, рањивости, ирационалности, управо оним стереотипима који су ранијим законодавствима која су женама ускраћивала бројна права, управо због наведених карактеристика, те су тиме штетили женама. У једној ери која се заснива на родној равноправности, ствараоци политике би требали добро да промисле пре него што се ослоне на такве негативне стереотипе и да их употребе као средство стварања одређене правне политике. M. Garrison, „Cohabitant Obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011, 131-132.

Поједине покретне ствари могу имати вредност еквивалентну непокретности или чак и већу (предмети за вршење одређених заната, зуботехничка опрема, опрема за дијагностификацију или лечење лекара приватне праксе, и др.). Узмимо за пример брачни пар стоматолога који је током трајања брака закључио брачни уговор и у њему зуботехничку опрему определио као својину супруге, иако је она стечена дотадашњим радом супружника, те би требала да представља њихову заједничку својину. Након закључења брачног уговора супруг отуђи зубарску столицу, иначе најновији модел чија вредност је у десетинама хиљада евра. Купац је лице које живи у њиховом месту, зна да су обоје супружника зубари, да заједно раде и стичу, те претпоставља да су се супружници сагласили да отуђе предмет, а да супруг иступа у име њих обоје. Како код нас не постоји место на ком би овакав купац могао да провери статус својине на овој ствари, поставља се питање како превенирати овакву ситуацију или макар умањити могућност њеног настанка, те на који начин би други супружник могао да се заштити? Као добро решење ми овде видимо установљивање регистра брачних уговора. Јавношћу његове главне књиге у којој би био доступан списак лица која су приступила његовом закључењу, омогућио би у нашем случају купцу да једноставно провери да ли постоји брачни уговор између супружника, те да ако увиди да постоји, да тражи податак о томе како су они уредили својину ствари које он жели да прибави. На овај начин би се заштитио, како други супружник тако и повећала правна сигурност за трећа лица која са супружницима ступају у правне односе.

Други разлог због ког заступамо увођење регистра брачних уговора јесте ситуација у којој би или нотар или лице које води регистар непокретности пропустило да заведе промену у власништву над одређеном непокретношћу. У овим случајевима, треће лице би могло, полазећи од регистра брачних уговора, добити сигурнију информацију о правном статусу одређене непокретности.

Брачним уговором супружници уређују своје имовинске односе, али да би брачни уговор деловао према трећим лицима у правном промету и да би они могли ускладити своје понашање у складу са чињеницом његовог постојања потребно је да им се омогући да сазнају за његово закључење. Ми смо становишта да би увођење јединственог регистра брачних уговора било добро средство за олакшање одвијања правног промета, уз доприношење већем степену правне сигурности. У овом делу рада ми ћемо настојати да дамо предлог уређења овог механизма у нашем правном систему.

Наше позитивно право пружа трећим лицима симболичну заштиту прописујући обавезу уписа у јавни регистар права на непокретностима брачног уговора који се односи на непокретности.⁴³⁴ Исто решење предвиђа и Преднацрт Грађанског законика Републике Србије.⁴³⁵

У многим државама, у циљу заштите трећих савесних лица, постоје и јавни регистри брачних уговора.⁴³⁶ У појединим правним системима обавеза регистрације брачног уговора у регистар нема само значај за трећа лица већ представља услов пуноважности брачног уговора.

⁴³⁴ Чл. 188. ст. 3. ПЗ.

⁴³⁵ Чл. 2338. ст. 3. Преднацрта Грађанског законика Србије.

⁴³⁶ N. Dethloff, „Contracting in family law: A European perspective“, *The future of family property in Europe*, edited by Katharina Boele-Woelki, Jo Miles, Jens M. Scherpe, Cambridge –Antwerp–Portland 2011, 74-75.

⁴³⁷ О оправданости и пожељности увођења регистра брачних уговора говори и идеја увођења регистра која се јавила на нивоу Уније. Европска комисија је 2008. године, у расправи која је следила Зелену књигу о колизијским аспектима питања брачноимовинског режима, изнела став да је потребно отпочети расправе о таквом регистру који би омогућио заштиту правне сигурности за све стране.⁴³⁸ Међутим, наше право овај регистар не предвиђа. Како наше право не познаје овај регистар а како га ми предлажемо, у наставку ћемо представити решење словеначког законодавства које је одавно увело овај регистар, а затим ћемо дати појашњење могућности увођења овог регистра у наш правни систем.

Пример суседског законодавства које предвиђа постојање регистра брачних уговора јесте словеначког законодавство. Породични законик, који се у потпуности примењује од 15. априла 2019. године, предвиђа да Регистар уговора о уређивању имовинских односа формира Нотарска комора Словеније.⁴³⁹

Према овом законуку нотар има обавезу да пре склапања брачног уговора, непристрасно саветује супружнике и постара се да обоје у потпуности разумеју значење и правне последице садржаја брачног уговора. Поред тога нотар ће упознати супружнике са постојањем регистра брачних уговора и подацима који се у њега уносе, и наложити им да се брачни уговор упише у регистар брачних уговора и објаснити правне последице таквог уписа.⁴⁴⁰ Регистар брачних уговора води Нотарска комора Словеније као компјутерски вођену базу података.

Будућим супружницима, који су закључили брачни уговор, налаже се да када ступе у брак, треба да пошаљу извод из матичне књиге венчаних бележнику пред којим су закључили брачни уговор да би он даље поступао у циљу регистрације брачног уговора. Јавни бележник који је саставио брачни уговор дужан је да пошаље Нотарској комори Словеније захтев за упис у регистар уговора о регулисању имовинских односа у року од осам дана од пријема извода из матичне књиге венчаних. Јавни бележник који састави брачни уговор, у захтеву за упис у регистар брачних уговора наводи: лично име и адреса сталног или привременог пребивалишта супружника или ванбрачних партнера; лично име и седиште јавног бележника који води уговор о регулисању имовинских односа; датум уписа у регистар уговора о регулисању имовинских односа, датум закључивања, датум ступања на снагу, датум измене и датум истицања брачног уговора. Законик предвиђа и поступање јавног бележника у случају раскида брачног уговора.

⁴³⁷ Тако у Шведској и Данској. А. Чуло Маргалетић, И. Шимовић, «Регистар брачних уговора као допринос сигурности у правном пормету», *Зборник Правног факултета у Загребу*, 59, 5, 2009, 1056-1059.

У Дружинском законуку Словеније предвиђено је оснивање посебног регистра брачних уговора, који води Нотарска зборница Словеније. Чланом 94. овог прописа прописује се да брачни уговор неће важити за трећа лица, ако се брачни уговор не буде уписан у регистар и да ће се на њих примењивати законски имовински режим. *Družinski zakonik, Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C in 200/20 – ZOOMTVI.*

У Хрватској је 2017. године у оквиру радне групе за израду Новог хрватског обитељског законика предложено оснивање Хрватског уписника брачних уговора. Према овом предлогу упис у наведени уписник био би још један од услова пуноважности брачног уговора. Наведени уписник водила би Хрватска јавнобележничка комора. I., Majstorović, „Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova i autonomija volje“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar, 2018, 113.

⁴³⁸ *Summary of the replies to the Green paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the questions of jurisdiction and mutual recognition*, European Commission, Directorate-General Justice, freedom and security, Directorate C: Civil justice, rights and citizenship, Unit C1: Civil justice, Brussels, 5 February 2008, 7.

⁴³⁹ <https://www.notar-z.si/registri/register-pogodb-o-ureditvi-premozenjskopравnih-razmerij>, 28. 5. 2020.

⁴⁴⁰ Чл. 87., Породични законик Словеније, *Družinski zakonik, Uradni list RS, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19 in 67/19 – ZMatR-C.*

Захтев за упис раскида брачног уговора шаље се бележнику који је саставио уговор и он је дужан да у року од осам дана од пријема захтева Нотарској комори Словеније прослати захтев за регистрацију раскида брачног уговора, који садржи датум раскида.⁴⁴¹

Регистар брачних уговора садржи податке о закљученим брачним уговорима. У погледу садржине Регистра уговора о уређењу имовинских односа законик прописује следеће податке: серијски број и датум уноса; лично име супружника; датум, место и државу рођења супружника или ванбрачног партнера који је страни држављанин, адресу сталног или привременог пребивалишта супружника или ванбрачних партнера; лично име и седиште јавног бележника који води уговор о регулисању имовинских односа; датум закључивања, датум ступања на снагу, датум измене и датум истека уговора о уређењу имовинских односа. Подаци у регистру брачних уговора чувају се трајно.

Регистар брачних уговора успоставља Нотарска комора Словеније.⁴⁴² Она води брачни регистар и осигурава објављивање података унетих у регистар у складу са чланом 93. став 2.⁴⁴³

Подаци из члана 91. овог законика прикупљају се и користе како би се доказало постојање брачног уговора. Јавни су следећи подаци брачног уговора који су уписани у регистар: лично име и адреса сталног или привременог пребивалишта супружника или ванбрачних партнера; лично име и седиште јавног бележника који води уговор о регулисању имовинских односа; датум уписа у регистар уговора о регулисању имовинских односа, датум закључивања, датум ступања на снагу, датум измене и датум истицања уговора о регулисању имовинских односа. Објављивање информација да постоји уговор о уређивању имовинских односа не искључује општа правила о поверењу у земљишну књигу и претпоставку о имовинским правима утврђена законом којим се уређују имовински односи и законом којим се уређује земљишна књига.⁴⁴⁴

Решење према коме уколико брачни уговор није уписан у регистар брачних уговора, претпоставља се у односу на трећа лица да имовински односи супружника подлежу законском имовинском режиму⁴⁴⁵ је веома добро. Оно са једне стране подстиче супружнике да прибегну регистрацији брачног уговора, а са друге стране штити трећа лица са којима супружници ступају у правне односе.

Словеначко решење нам се чини веома добрим, те сматрамо да би га могли преузети у наше законодавство. Правну подлогу за оснивање регистра брачних уговора представљао би Закон о заштити података о личности⁴⁴⁶ као и Породични закон. Мишљења смо да би било потребно регистар брачних уговора регулисати и посебним Законом о регистру брачних уговора, уз усвајање Правилника о регистру брачних уговора који би служио за регулацију техничких и организационих питања (нпр. питање начина рада, ажурирања података, трошкова регистрације, и др.).⁴⁴⁷

⁴⁴¹ *Ibid.*, чл. 90.

⁴⁴² *Ibid.*, чл. 92.

⁴⁴³ *Ibid.*, чл. 91.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, чл. 93.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, чл. 94.

⁴⁴⁶ У регистар би се уносили лични подаци, те би он представљао збирку личних података.

⁴⁴⁷ Тако и код: А. Čulo, I. Šimović, „Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, 2009, 1031.

Регистар брачних уговора би требао да се састоји од главне књиге и збирке уговора.⁴⁴⁸ Главна књига би служила за похрањивање података о закљученим брачним уговорима (нпр. име и презиме, датум рођења, адреса, име родитеља и занимање, држављанство), времену овере и регистрације, као и именом нотара који је извршио оверу и регистрацију. Подаци из јавне књиге би били јавни, тј. доступни заинтересованим трећим лицима. Са друге стране увид у збирку закључених и оверених уговора требао би бити веома рестриктивно регулисан, те омогућити супружницима да сами одлуче о дозвољавању увида у уговор. Само давање дозволе за увид у закључени брачни уговор не би значило да је брачни уговор свима доступан за увид, напротив, само она лица која испуне одређене претпоставке би имала то право. Чуло и Шимовић наводе следеће претпоставке: упућивање захтева за увид у садржај брачног уговора од стране заинтересованог трећег лица; навођење у захтеву података о брачном уговору, лицима која су га закључила, шта је предмет интересовања подносиоца захтева, те подаци о самом подносиоцу захтева; постојање писане сагласности оба супружника⁴⁴⁹ за увид у садржај брачног уговора; сврха због које треба омогућити увид у садржај брачног уговора.⁴⁵⁰ Уколико би лице испунило наведене захтеве, тек тад би био дозвољен увид у брачни уговор, на начин да Јавнобележничка комора заинтересованом лицу доставља извод из оног дела брачног уговора који представља предмет његовог интересовања.

С обзиром да нотари оверавају брачне уговоре, мишљења смо да би регистар требала водити Јавнобележничка комора Србије.

Регистрација брачног уговора би требала бити обавезна, иначе би само оснивање регистра изгубило смисао. С обзиром да би упис у регистар био обавезан, сам упис би имао конститутивни карактер, брачни уговор би производио правна дејства моментом уписа у регистар.

Када се говори о дејству регистрације брачног уговора у регистар, мора се правити разлика његовог дејства у односу на супружнике и у односу на заинтересована трећа лица.

Што се тиче супружника упис у регистар има више последица. Прва би била да од уписа у регистар он почиње да производи правна дејства.⁴⁵¹ Као што је речено, упис у регистар би био обавезан и у односу на супружнике имао би конститутивни карактер. Уколико не би била прописана обавезност регистрације само увођење регистра не би имало смисла, јер не би био остварен његов главни циљ, а то је извесност његовог постојања за трећа лица. Прописујући обавезност уписа у регистар и условљавајући уписом дејство уговора створила би се основа за правилну примену регистра. Друга би била спречавање спорова око постојања брачног уговора

⁴⁴⁸ Овакав састав регистра инспирисан је саставом земљишних књига.

⁴⁴⁹ Захтевање сагласности оба супружника у складу је са начелом сагласности које важи за земљишне књиге.

⁴⁵⁰ А. Čulo, I. Šimović, „Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, 2009, 1035.

Овакво поступање је у складу са начелом јавности (публицитета) које је било важно за земљишне књиге.

⁴⁵¹ Уколико би будући супружници закључили брачни уговор, они би били у обавези да након закључења брака, нотару доставе извод из матичне књиге венчаних, након чега би он пред њим раније закључени уговор доставио Јавнобележничкој комори у циљу регистрације.

у неком каснијем моменту, или спора око времена настанка у случају конкуренције два или више уговора.⁴⁵²

Проблем нерегистрације уговора пре установљавања обавезног регистра, могао би се решити давањем одређеног временског периода у коме би сви они који су раније закључили своје уговоре, могли то учинити.

Према трећим лицима регистар брачних уговора би имао обавештајну сврху.

Решење словеначког законодавства предвиђа да и ванбрачни партнери могу да изврше упис уговора у регистар брачних уговора. У овом делу се не слажемо са словеначким решењем. Наиме ми смо као једну од полазних хипотеза навели да ванбрачни партнери не могу уређивати своје имовинске односе путем јединственог инструмента као и супружници. Као један од показатеља потешкоћа које произилазе из јединственог регулисања имовинских последица брака и ванбрачне заједнице навели смо и регистар брачних уговора. На који начин нам регистар брачних уговора указује на проблематичност изједначавања ових заједница? Прво и основно питање које се овде намеће јесте на који начин би се лица легитимисала за регистрацију брачног уговора. Да би руководилац регистра извршио упис одређеног брачног уговора мора, у складу са начелом законитости, да испита постојање и испуњеност материјалних и формалних услова за остваривање уписа. Како би се ванбрачни партнери легитимисали у овој фази поступка? Како у Србији не постоји регистровано ванбрачно партнерство, не би могли поднети никакв формални доказ постојања заједнице. Ко би у том случају био овлашћен и способан да провери да ли међу тим лицима заиста постоји ванбрачна заједница. Одговор не би могао бити да је то јавни бележник, јер он за то нема нити овлашћења нити могућности. Са друге стране мишљења смо да се њему не би ни смело препустити тако важно просуђивање да се не би довело до повећања правне несигурности. Наравно, нико не може спорити могућност и право лица која живе у ванбрачном партнерству да закључују имовинске уговоре, али, према нашем мишљењу, они то не би могли чинити према правилима породичног, већ општег грађанског права.

У коауторском раду Чуло-Шимовић наилазимо на другачије решење према коме би ванбрачни партнери требали доћи пред нотара са својим имовинскоправним уговором и личном картом. Поред тога они би нотару требали доставити извод из матичне књиге рођених као доказ да нису у браку, те ако је рођено заједничко дете, извод из матичне књиге рођених за њега. Пре овере потписа уговора јавни бележник би био у обавези да наведену документацију провери. Након овере потписа, ванбрачни партнери би били у обавези да дају изјаву пред јавним бележником којом потврђују да су у ванбрачној заједници, навести датум од ког се налазе у ванбрачној заједници, те изјавити да преузимају одговорност у случају да се утврди супротно. Ту изјаву би ванбрачни партнери били обавезни да потпишу. Тек након свих наведених радњи јавни бележник може спровести регистрацију имовинскоправног уговора у регистар.⁴⁵³ Изнети предлог нам се не чини прихватљив јер представља превише провизорно решење утврђења постојања ванбрачног партнерства. Поред тога, сам предлог да за све буде овлашћен нотар, те да исто лице и оверава уговор и утврђује легитимацију лица као ванбрачних партнера нам се чини превише несигуран и погодан злоупотребама. Чак и када би се увела регистрација ванбрачног партнерства ту функцију би требао да врши неки други орган, а не нотар који и овако има

⁴⁵² А. Čulo, I. Šimović, „Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, 2009, 1038.

⁴⁵³ *Ibid.*, 1048.

превелик број овлашћења, те смо мишљења да не би могао да довољно компетентно поступа у овом сложеном и битном случају.

На основу спроведене анализе налазимо да би се увођењем регистра брачних уговора у наш правни систем допринело повећању сигурности у правном промету, уз истовремено повећање правне сигурности самих супружника (као носилаца права и обавеза које из њега произилазе), као и заинтересованих трећих лица.⁴⁵⁴ Предвиђање регистра брачних уговора представљало би још један од корака као свеобухватнијој и бољој регулацији брачних уговора у нашој земљи.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, 1030.

7. САДРЖИНА БРАЧНОГ УГОВОРА

Целокупна досадашња анализа извршена је у циљу изналажења најпогоднијег модела брачног уговора, односно прописивања његове садржине. Кроз анализиране институте имали смо за циљ да прикажемо које то све опасности крије тренутно решење, те да предложимо начине превазилажења, или макар умањења могућих неправичних исхода. У наставку су дати обрасци имовинских модела за које ми сматрамо да би били најпогоднији да као средство проширења могућности одабира имовинског режима супружницима, уз бригу и старање о интересима оба супружника, али и заједничке деце, омогуће што правичнији исход расподеле имовине. Идеја законског прописивања имовинских модела за које ће се будући супружници или супружници моћи одредити произашла је из жеље да се заштити „слабији“ супружник, те да се спрече злоупотребе положаја једног супружника и тиме брачни уговор претвори у средство манипулације, уцене и нарушавања слобода „слабијег“ супружника.

Имовински односи су регулисани законом, али у многим правним системима и сами супружници својим споразумом могу уређивати имовинске односе. Неретко су и уговорни режими у ствари законски, с обзиром да су законом прописани типизирани имовински режими које супружници могу изабрати својим споразумом.⁴⁵⁵

7. 1. Имовински модели

У скоро свим правним системима континенталног права супружници могу да сачине брачни уговор и да изаберу имовински режим који ће се примењивати на њихову имовину. У већини система супружници могу да уговоре имовински режим како пре закључења брака тако и током трајања брачне заједнице. У неким системима супружници могу да закључе брачне бенефиције (*avantages matrimoniaux*) које имају ефекат једино у случају престанка брака смрћу, али не и разводом, с тим да они не могу да мењају њихов брачни имовински режим у зависности од основа престанка брака (смрт или развод) те се не могу споразумети да ће постојати заједница добара уколико дође до престанка брака смрћу, или да ће постојати одвојеност добара уколико брак престане разводом.⁴⁵⁶

У погледу слободе уговарања, односно начела аутономије воље супружника можемо разликовати две групе земаља. У првој групи супружници уживају широку аутономију у погледу избора брачног имовинског режима (нпр. Аустрија, Француска, Белгија). У овим земљама супружници могу изабрати неки од имовинских режима који је регулисан законом, да изаберу неки од страних брачних имовинских модела те да га примене, или да у целости формирају свој имовински режим.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, деце и старатељско право*, Нови Сад, 2014, 121.

⁴⁵⁶ W. Pintens, "Matrimonial property law in Europe", *The Future of Family Property in Europe*, (ed.) K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Sherpe, 2011, 37.

⁴⁵⁷ Pintens наводи да се супружници ипак, у већини случаја, одређују за законом уређен имовински режими, уз неке измене. *Ibid.*, 38.

У другу групу правних система, који пружају нешто ужу слободу уговарања супружницима, улазе оне земље које дозвољавају супружницима избор законом одређених брачних режима (нпр. Немачка, Данска, Финска, Италија, Словачка, Грчка, Швајцарска).

Сасвим одвојену групу представљају *common law* системи који начелно дозвољавају широку слободу уговарања супружницима у погледу имовинских односа у току брака, али у пракси ови споразуми се претежно фокусирају на последице развода.⁴⁵⁸ *Common Law* систем се генерално одликује значајном улогом судства, што није изузетак ни са брачним уговорима. Тако, иако супружници начелно имају веома широку слободу уговарања, која се не ограничава само на имовинска питања, суд је тај који има последњи глас када је извршење таквих споразума у питању, те почетна широка аутономија може бити изиграна.

Након разграничења између ових група земаља, у наставку ћемо дати кратак приказ система учешћа (и његових модалитета), имовинског режима који се поред режима посебне и заједничке имовине (система који су детаљно описани у претходним деловима рада, те им се овде нећемо враћати) у упоредном праву јавља као законски имовински режим. Кратак опис система учешћа послужиће нам да заокружимо причу о постојећим законским имовинским моделима, те да нас уведе у детаљну анализу два режима које ми предлажемо као могућу уговорну алтернативу законском имовинском режиму заједничке имовине.

Систем учешћа се као законски брачни имовински режими јавља у Нордијским и Германским правним системима.⁴⁵⁹ У овом систему имовина супружника остаје одвојена током трајања брака, али у случају престанка брачне заједнице живота сваки супружник учествује у имовини другог. У оквиру система учешћа разликују се два приступа: према првом моделу супружници учествују у одложеној заједници, док по другом моделу учествују у складу са законском одштетном клаузулом.⁴⁶⁰

Систем одложене имовинске заједнице је настао у нордијским земљама.⁴⁶¹ У нордијским земљама овај систем познаје резервисану имовину и заједничку имовину. Поклони као и

⁴⁵⁸ Тешко је поредити континентални и *common law* систем јер се у континенталном праву брачни уговор фокусира на функционисање брачног имовинског режима, како током тако и на последице престанка брака било смрћу било разводом брака, док је у *common law* системима акценат стављен на последице престанка брака. Из тог разлога *Pintens* сматра да је немогуће поредити брачни уговор у континенталном и *common law* системима, већ да се брачни уговор *common law* система може поредити са споразумима поводом развода брака у континенталним системима. W. Pintens, „Matrimonial Property Law in Europe“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed.), Intersentia, 2011, 45.

⁴⁵⁹ Иако се често могу чути примедбе о различитости *common law* и континенталног права, Енглески правни систем у погледу брачног имовинског режима је веома сличан систему учешћа континенталног права. J. M. Scherpe, „Matrimonial Causes for Concern? - A Comparative Analysis of *Miller v Miller*; *McFarlane v McFarlane* (2006) UKHL 24“, *King's Law Journal*, Vol. 18, 2007, 356.

⁴⁶⁰ W. Pintens, „Matrimonial property law in Europe“, *The Future of Family Property in Europe*, (ed.) K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe, 2011, 27.

⁴⁶¹ Увођење овог имовинског система у права нордијских земаља био је одговор на проблем неједнакости. Касније су овај имовински систем преузеле и Немачка, Аустрија, Грчка и Швајцарска. B. Rešetar, „Matrimonial Property in Europe: A Link between Sociology and Family Law“, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12. 3 (December 2008), 1.

У последње време све већи број лица закључује бракове са лицима других националности, што повећава могућност сукоба закона. Конвенција о праву примењивом на брачне имовинске режиме која је усвојена од стране Хашке конференције за приватно међународно право, није се показала претерано успешном на пољу ратификације (ратификовале су је само Француска, Луксембург и Холандија). Међутим она је послужила као водила за нека

наследство примљено под условом да уђе у резервисану имовину, као и средства и права, улазе у резервисану имовину (*reserved property*). Сва друга добра улазе у заједничку имовину (*common assets*). Током брака разликовање на ове две групе добара није од значаја. Оно добија на значају у случају престанка брака, када се ствара одложена заједница имовине. Одложена заједница састоји се од нето имовине заједничке имовине сваког супружника. Утврђена имовина би требала да буде подељена на једнаке делове, што значи да би сваки супружник учествовао не само у имовини другог супружника коју је он стекао зарадом већ и у добрима која је тај супружник поседовао пре брака или она која је стекао током трајања брака поклонима или наследством.⁴⁶² У свим нордијским правним системима (уз изузеће Норвешке) судије могу да одлуче да расподела имовине не буде на једнаке делове. Из разлога равноправности супружника, судија може одлучити да чак део посебне имовине једног супружника урачуна у имовину другог супружника.⁴⁶³

Као пример за други модел у оквиру система учешћа (систем учешћа путем законске клаузуле о новчаној компензацији *-statutory monetary compensation clause*) узећемо Немачку и Швајцарску.

Немачко право разликује почетну и крајњу имовину. Почетна имовина је она коју је супружник имао пре ступања у брак као и она коју је стекао поклоном или наследством. Крајња имовина (*final property*) је она која се састоји од свих добара једног супружника, после изузимања из имовинске масе дугова, а након развргавања брачног имовинског режима. Под коначном имовином подразумевају се средства која припадају једном супружнику на крају имовинског режима после одбитка обавеза. Коначна имовина супружника повећава се за износ за који се та имовина смањила као резултат чињенице да је супружник, након почетка имовинског режима: чинио имовинска располагања којима није испунио моралну дужност или није показивао поштовање према другом супружнику или извршио дела са намером да оштети другог супружника. Ако је коначна имовина супружника мања од имовине коју је навео у подацима датим у тренутку раздвајања, тај супружник мора показати и доказати да смањење имовине није проузроковано горе наведеним делима. Износ за који се смањује имовина не додаје се коначној имовини ако је умањење извршено најмање десет година пре краја имовинског режима или ако је други супружник био сагласан са неоснованим располагањима или расипањем.⁴⁶⁴ У случају развода, супружник коме након деобе имовине припадне мањи део, има право да захтева половину износа за који је имовина другог супружника већа од

законодавства (нпр. Шведско и Финско), као и међународном признавању аутономије страна, у виду давања слободе супружницима да изаберу право које ће се примењивати на њихов брачни имовински режим. Раније постојећа Конвенција из 1931. године је била ревидирана 2006. од стране Данске, Финске, Норвешке, Шведске и Исланда у виду Конвенције о питањима међународног приватног права која се тиче брака, усвајања и старатељства. Нова правила су ступила на снагу у свим Нордијским земљама 1. 12. 2008. године. Фокус је стављен на аутономију страна уговорница због све веће промене у материјалном праву и удаљавању ових система. Циљ ове конвенције као и бројних других докумената јесте да утиче на олакшавање слободног кретања лица која живе у Нордијским земљама а које имају заједничко тржиште рада од 1995. К. Boele-Woelki, М. Jantera-Jareborg, „Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations Between Spouses“, К. Boele-Woelki, Ј. Miles, Ј. М. Scherpe, (ed.), *The Future of Family Property in Europe*, 2011, 52.

⁴⁶² W. Pintens, “Matrimonial property law in Europe”, *The Future of Family Property in Europe*, (ed.)K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe, 2011, 28.

⁴⁶³ Параграф 56, Danish legislation, Act n° 256 of 4 June 1969, Act on the contraction and dissolution of marriage, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Denmark-Divorce-Legislation.pdf>, 23. 4. 2020.

⁴⁶⁴ Параграф 1374 и 1375, BGB, https://germanlawarchive. iuscomp. org/?p=615#gl_p0023, 23. 4. 2020.

његове.⁴⁶⁵ У деобну масу не улазе само добра која су супружници стекли током трајања заједнице живота већ и посебна имовина супружника. Немачки модел представља пример изузетне брачне солидарности.

У швајцарском праву брачни имовински режим учешћа у стеченој имовини обухвата имовину стечену током брака и посебну имовину сваког супружника. У стечену имовину улазе нарочито приходи од запослења; накнаде које добијају од програма социјалне заштите запослених, социјалног осигурања; накнада за неспособност за рад; приходи из сопствене имовине; имовина стечена ради замене стечене имовине.⁴⁶⁶ У посебну имовину супружника улазе: личне ствари које користи искључиво супружник; имовина која припада једном супружнику на почетку брака; захтеви за намирење; стицања која замењују појединачну имовину.⁴⁶⁷ По брачном уговору супружници могу да прогласе стечену имовину да буде појединачно власништво издвојено за професионалну или пословну употребу. Надаље, супружници могу у брачном уговору одредити да се приход од појединачне имовине не квалификује као стечена имовина.⁴⁶⁸ Супружничка солидарност је у швајцарском брачном имовинском систему мање изражена у односу на Немачку. У обрачунску вредност улазе само добити остварене током трајања брака, док је повећање вредности посебне имовине изостављено.

Целокупна досадашња анализа је учињена са циљем давања препоруке садржине брачног уговора, једног флексибилног оквира који би супружницима пружио широк опсег уговорне слободе уз задржавање основних дужност поштења и добре вере у формирању брачних уговора.

У циљу остваривања равноправности и заштите супружника, као и других лица чији интереси могу бити повређени брачним уговором, а у складу са природом брака, и брачног уговора који је браком условљен и одређен, ми ћемо изнети предлог уређења института брачног уговора, који ће према нашем мишљењу бити правилнији баланс између интереса појединца и његове аутономије воље, интереса брачне заједнице супружника, интереса њихове деце, као и интереса друштва које из брака настаје.

У наставку ћемо дати предлог два типизирана брачна имовинска режима за које се супружници могу одредити у брачном уговору (систем одложене заједничке имовине и систем заједнице добара). У почетним хипотезама, поред наведена два система, био је предвиђен и систем посебне, одвојене имовине. Међутим, у детаљнијој анализи и новопронађеним подацима,⁴⁶⁹ увидели смо да предвиђање и уговарање одвојености добара не би било корисно уводити, јер оно није у складу са браком као свеукупном заједницом два лица различитог пола, те смо режим посебне имовине изоставили.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, Пар. 1378.

⁴⁶⁶ Чл. 197. Swiss Civil Code of 10 December 1907 (Status as of 1 January 2020) The Federal Assembly of the Swiss Confederation, based on Article 64 of the Federal Constitution^{1,2} and having considered the Dispatch of the Federal Council dated 28 May 1943.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, чл. 198.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, чл. 199.

⁴⁶⁹ Примена решења турског грађанског законика из 1926. године је показала да систем одвојене имовине обично погодује јачој страни, те да у случају развода или смрти мужа, такав систем иде на штету супруге. *Introduction to Turkish Law*, (ed. Tugrul Ansay & Don Wallace JR), sixth edition, Wolters Kluwer, 2011, 125.

Наш правни систем познаје два имовинска режима: режим посебне и режим заједничке имовине. У Преднацрту Грађанског законика Србије се предвиђају још два имовинска режима: режим одложене заједничке имовине⁴⁷⁰ и режим универзалне (опште) имовинске заједнице.⁴⁷¹

Кроз цео рад бавили смо се различитим питањима са циљем свеобухватнијег поимања института брачног уговора, те давање предлога његове садржине. Предлог садржине који ће бити дат у наставку рада првенствено произилази из сазнања до којих смо дошли у изучавању питања његове правне природе и „баланса моћи“ односно заштите „слабијег“ супружника. Уз обраду питања правне природе и „баланса моћи“ између супружника упоредо смо истицали непогодност нашег позитивноправног решења према коме је супружницима дата скоро апсолутна слобода уређења садржине њиховог брачног уговора.

Као једно од средстава „баланса“ моћи навели смо законско уређење имовинских модела за које се супружници могу одредити у брачном уговору и тиме изменити законски имовински режим. Мишљења смо да би се прописивањем имовинских модела, те ограничењем аутономије супружника на избор неког од предложених алтернативних имовинских модела, постигао баланс између аутономије воље, заштите „слабијег“ супружника и заштите института брака чија суштина би могла бити повређена уговарањем појединих имовинских одредаба.

Проучавајући разне имовинске моделе закључили смо да би увођење режима одложене заједничке имовине и режима заједнице добара представљало поштовање аутономије воље супружника уз истовремену заштиту слабијег супружника, као и основних поставки брачног права.

Режим одложене заједничке имовине би погодовао оним паровима који желе већу имовинску независност током трајања брака, уз заштиту интереса супружника као и интереса њихове малолетне деце у случају престанка брака. Са друге стране, за она лица која желе свеобухватнију заједницу имовине у односу на законско решење, предлажемо увођење режима заједнице добара. На овај начин пружиће се могућности и једној и другој групи супружника и уједно обезбедило да брачни уговор заиста значи промену имовинског режима, а не да се под називом *брачни* закључују уговори који само понављају одредбе законског имовинског режима, или чији је предмет деоба заједничке имовине, тј. чија је садржина предмет неког другог именованог уговора.

7. 1. 2. Одложена заједничка имовина (режим заједнице приноса или имовинске заједнице)

Систем одложене заједничке имовине је општеприхваћен, законски имовински режим у великом броју земаља (Нордијске земље, Немачка, Холандија, Швајцарска). Наш правни систем не познаје ову врсту имовинског режима, али Преднацрт грађанског законика предвиђа могућност уговарања одложене заједничке имовине у брачном уговору.⁴⁷² Режим одложене заједничке имовине подразумева да током брака супружници самостално стичу, управљају и

⁴⁷⁰ Чл. 2343. Преднацрта Грађанског законика Србије.

⁴⁷¹ *Ibid.*, чл. 2344.

⁴⁷² *Ibid.*, чл. 2343.

располажу својом имовином све до престанка брака. Престанком брака сваки супружник је дужан да пријави сву имовину коју је унео у брак и коју је стекао током брака радом и на други начин. Разлика у имовини стеченој радом дели се између супружника начелно на једнаке делове. Неразумна и несразмерна добротина располагања или расипање, као и намерно смањење, посебно непокретне имовине, која су усмерена на доношење штете другом супружнику, додају се имовини тог супружника као да таквих располагања није ни било.

Овај брачни имовински режим настаје комбинацијом режима посебне и заједничке имовине. Основна разлика између система заједничке имовине и одложене заједничке имовине је у карактеру својине. У систему заједничке имовине оба супружника су титулари ове имовине, док систем одложене заједничке имовине не подразумева постојање заједничке својине. Током трајања брака сваки супружник је титулар своје имовине, а карактер заједништва јавља се тек у случају престанка брака при дељењу имовине. Како током трајања брака важи систем одвојености добара, на односе супружника примењују се општа правила имовинског права, те се супружници у својим међусобним односима, у овом аспекту, битно не разликују од других лица.

Концепт одложене заједничке имовине продукт је опредељења законодавца да супружницима током брака обезбеди самосталност, а да истовремено, приликом престанка брака обезбеди механизме заштите имовинских интереса супружника као и интереса њихове заједничке малолетне деце.⁴⁷³

Систем одложене заједничке имовине приближићемо кроз анализу решења шведског и немачког законодавства.

Аналізу овог имовинског режима почињемо кратким приказом решења шведског законодавца, јер је режим одложене заједничке имовине развијен у скандинавији двадесетих година прошлог века.⁴⁷⁴

Законски брачни имовински режим у Шведској се заснива на комбинацији режима посебне и режима заједничке имовине. Током трајања брака на имовинске односе супружника примењују се углавном општа правила имовинског права.⁴⁷⁵ Иако се током трајања заједнице живота у браку супружници законски третирају као било који други субјекти имовинских односа, између њих не сме да постоји несклад у имовинским позицијама. Закључењем брака супружници стичу право да уживају једнак животни стандард, те да би то било и примењено, обавезни су да дају доприносе за намиривање потреба домаћинства, за подизање деце, те за задовољавање личних и заједничких потреба. Спровођење ове обавезе контролише суд, те ако она не буде испуњавана, суд налаже њену примену.⁴⁷⁶ Захтевање једнаког животног стандарда за оба супружника је добро решење. Њиме се, иако се током брака предвиђа одвојеност имовина супружника, обезбеђује да се брак не сведе на обично економско партнерство.

⁴⁷³ Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 63-64.

⁴⁷⁴ О овом режиму види у: Г. Ковачке-Станић, „Карактеристике брачних имовинских односа у шведском праву“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 92/93, 1992, 211-221.

⁴⁷⁵ О тенденцији третирања супружника као осталих субјеката у имовинским односима види: J. Eekelaar, *Regulating divorce*, Oxford, 1991, 78.

⁴⁷⁶ Поглавље 6, одељак 1 и 5 Закона о праву Шведске, The Marriage Code (Äktenskapsbalken) SFS 1987:230, with subsequent amendments up to and including SFS 2000:1731.

Закључењем брака имовина сваког супружника остаје његова посебна имовина, те све што стекну током брака улази у састав њихове посебне имовине. До формирања заједничке имовине долази тек у моменту престанка брака. Дакле у случају престанка брака сви приходи остварени током брака (па и они од посебне имовине супружника) постају заједничка имовина. Једино што не улази у заједничку имовину јесу ствари и права која супружник наследи или добије на основу уговора о поклону, под условом да је оставилац или поклонодавац изричито навео да управо том супружнику одређена ствар или право припада.⁴⁷⁷ Наведена добра увек су предмет посебне имовине и њен титулар њом потпуно слободно управља и располаже, а ови акти не могу бити ограничени интересима другог супружника или интересима породице.

Опште је правило да је имовина супружника брачна имовина. Имовина супружника се дефинише као брачна имовина у оној мери у којој није приватно власништво.⁴⁷⁸ Опште правило се примењује осим када одређена имовина или сва имовина није назначена као посебна имовина. Тако, може се такође рећи да сва имовина која није посебна јесте брачна имовина.⁴⁷⁹

Постоји више начина на који имовина може постати посебна. Један од њих је брачни имовински споразум у ком ће бити наведено да ће одређена или сва њихова имовина бити посебна имовина.⁴⁸⁰ Поклонодавац може као услов за поклон навести да имовина која је поклонио буде посебна имовина примаоца. Имовина која је на овај начин постала посебна не може се током брака претворити у брачну имовину. Исто правило као за поклон, примењује се на тестамент. Трећа страна може условити стицање имовине назначавајући је као посебну, иако лице које је стиче није у браку или је малолетно. Имовина која је одређена као посебна условима приложеним уз поклон или тестамент, не може бити претворена у брачну имовину, осим ако поклонодавац или оставилац не да свој пристанак.⁴⁸¹ Одређена имовина може бити посебна и ако се у условима који се тичу именовања корисника (бенефицијара) у животном осигурању, имовинском осигурању, личном осигурању, здравственом осигурању или личној пензијској штедњи, тако наведе, односно ако се тиме услови стицање наведених права. Лице које уплаћује осигурање може, као услов именовања корисника, одредити да имовина коју прималац добије треба да буде њена/његова посебна имовина. Још један начин стицања посебне имовине јесте када је посебна имовина замењена другом имовином, нова имовина такође постаје одвојена.⁴⁸² Што се тиче приноса на посебној имовини (на пример камата од банке),

⁴⁷⁷ Чл. 2, Поглавље 7, Закона о браку Шведске (ЗБШ).

⁴⁷⁸ Део 7, чл. 1, ЗБШ.

⁴⁷⁹ E. Ryrstedt, "Family and Inheritance Law," *Swedish legal system* M. Bogdan (ed), Norstedts juridik, 2010, 249.

⁴⁸⁰ Супружници имају велику слободу у уређењу имовинских питања путем брачног уговора. У брачном уговору могу изричито навести шта ће улазити у посебну имовину ког супружника, или установити критеријуме за правно квалификовање имовине стечене у браку као посебне имовине, међутим они брачним уговором не могу променити природу ствари и права која су добили на поклон или у наследство под условом да они улазе у њихову посебну имовину. У сваком случају суд у шведском систему има велику и важну улогу, те он може ставити ван снаге поменуте одредбе или их ускладити тако да буду у складу са начелом правичности. Суд ће сматрати да су одређене одредбе неусклађене у односу на начело правичности уколико су одредбе неразумне у односу на садржај уговора, околности под којима је закључен или у односу на промене околности које су касније наступиле или на ситуацију уопште. О овом више види: Поглавље 12, чл. 3, ст. 1 ЗБШ.

⁴⁸¹ E. Ryrstedt, "Family and Inheritance Law," *Swedish legal system* M. Bogdan (ed.), Norstedts juridik, 2010, 250.

⁴⁸² Брачним уговором је могуће предвидети да ће имовина која ступа на место претходне улазити у брачну имовину. *Family Law – Information on the rules*, Ministry of Justice, Stockholm, 2013, 15.

примењује се супротно. Принос постаје посебна имовина само ако је то изричито одређено у брачном уговору.⁴⁸³

Поред посебне и брачне имовине, у шведском систему се може уочити још једна категорија имовине- специјална имовина (*special property- Ryrstedt*). Са овом врстом имовине се поступа на посебан начин. Она не улази у деобну масу. Она обухвата одећу и друге предмете за личну употребу супружника, као и личне поклоне. Имовина коју је супружник примио као надокнаду за телесну повреду, као и приход од такве имовине, може такође, до одређене мере, бити изузет из деобне масе. Надаље, права која не могу бити пренета или су на други начин везана за личност, такође нису укључена у деобну масу, ако би њихово укључивање било у сукобу са наведеним личним правима. Пензије, такође могу бити искључене у неким случајевима.⁴⁸⁴

С обзиром на одвојеност имовина током трајања брака, сваки супружник лично одговара за своје дугове. Поверилац се може обратити само задуженом супружнику, без обзира на то да ли је имовина између супружника уређена као посебна или брачна.⁴⁸⁵ У случају заплене ствари у имовини супружника који привремено живи заједно са другим супружником, извршитељ ће претпоставити да су све покретне ствари којима оба супружника имају приступ припадају задуженом супружнику. Ако се само претпоставља да је одређена ствар улази у заједничку имовину супружника, довољно је да се докаже да постоји вероватноћа да одређена ствар улази у заједничко власништво. У том случају се заплена или ограничава само на део задуженог супружника, или ће други супружник имати право на половину износа добијеног продајом имовине. Супружник који тврди да је самовласник неке ствари или права мора да задовољи нормални стандард доказа да би избегао извршење.⁴⁸⁶

У циљу заштите интереса поверилаца установљено је правило према коме супружник не сме своју посебну имовину унети у заједничку имовину, уколико би то довело до повреде права повериоца.⁴⁸⁷

Током брака сваки супружник одлучује о својој имовини и други супружник нема право да одлучује о имовини другог супружника. Међутим, у циљу заштите других чланова породице, постоје одређена ограничења права супружника да одлучују о својој имовини, тј. одређене мере се не могу предузети без пристанка другог супружника. Један супружник не може без сагласности другог супружника да прода, установи хипотеку или изнајми заједнички стан. Ово важи чак и ако је супружник једини власник имовине.⁴⁸⁸ Изузеци су предвиђени само за имовину која је одвојена под условима поклона или воље. Имовина која је сврстана у одвојену по брачном уговору и имовина која је замењена за имовину која је на пример добијена поклоном, подлежу захтеву сагласности. Ако други супружник не може да обезбеди ваљану

⁴⁸³ E. Ryrstedt, "Family and Inheritance Law," *Swedish legal system* M. Bogdan (ed), Norstedts juridik, 2010, 250.

Брачним уговором се у шведском праву може само правно квалификовати одређена имовина, он се не може користити за регулисање других питања. Г. Ковачек-Станић, „Уговори о брачном имовинском режиму у упоредном породичном праву“, *Правни живот*, бр. 9/2000, 509.

⁴⁸⁴ E. Ryrstedt, "Family and Inheritance Law," *Swedish legal system*, M. Bogdan (ed), Norstedts juridik, 2010, 249.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ Поглавље 13, чл. 1 ЗБШ.

⁴⁸⁸ *Family Law – Information on the rules*, Ministry of Justice, Stockholm, 2013, 16.

сагласност, на пример као резултат болести, сагласност није потребна.⁴⁸⁹ Такође, ако супружник одбије да пристане на одређену меру без ваљаног разлога, окружни суд може одобрити ту меру.

У случају развода брака долази до промене у регулацији односа између супружника. Подношењем захтева за развод брака испуњава се одложни услов, те режим заједничке имовине производи дејства. Дакле, укида се искључива одвојеност имовина и конституише се заједничка имовина. Након конституисања заједничке имовине приступа се на првом месту утврђивању њене вредности, а затим и њеној деоби.

У заједничку имовину, поред добара која су супружници стекли током брака, улазе и добра која су они имали пре брака. У заједничку имовину улази сва имовина која законом није назначен као посебна, укључујући и ону имовину која је стечена пре брака.⁴⁹⁰ У случају поделе имовине услед развода, у поделу се треба укључити пензионо право у оквиру приватног пензијског осигурања или пензија према уговору о примању пензије према Индивидуалном закону о пензијској штедњи.⁴⁹¹

Из заједничке имовине су искључене ствари за личну употребу, лични поклони, непреносива права (права из пензијског осигурања, потраживања по основу издржавања, као и накнада нематеријалне штете).⁴⁹² Осим наведеног, законодавац дозвољава да и друга добра буду, брачним уговором супружника, изузета из заједничке имовине супружника.

У случају престанка брака (смрћу једног од супружника или пресудом о разводу брака) такође је потребно извршити поделу имовине међу супружницима. Ако је брак престао смрћу једног супружника подела се врши са надживелим супружником.

Ако се подела имовине врши због смрти једног од супружника, надживели супружник може одлучити да сваки супружник задржи своју имовину. Надживели супружник такође може одлучити да обе стране задрже, на пример, четвртину своје имовине или остатка, а остатак подели у складу са правилом поделе на једнаке делове.

У случају смрти супружника, на надживелог супружника се примењује специјално правило познато као „основно правило“. У случају поделе имовине, заједнички стан супружника као и кућна добра, на пример намештај и посуђе, треба да се доделе надживелом супружнику који има највећу потребу за овом имовином, под условом да се ово сматра разумним с обзиром на околности. Наведено правило се примењује чак и ако је непокретност у искључивом власништву другог супружника. Ово право преузимања имовине не односи се на имовину која је посебна као резултат услова наведених у поклону или у тестаменту. Међутим, ако се таква имовина замени за нову имовину, нова имовина подлеже праву на преузимање. Ако вредност имовине која би се на овај начин требала доделити једном супружнику премашује удео тог супружника у подели имовине, супружник ипак има право на власништво, под условом да плати разлику другом супружнику или његовим наследницима. Постоје и могућности за добијање одређеног времена за извршење такве исплате.⁴⁹³

⁴⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁹⁰ Поглавље 7, чл. 1 ЗБШ.

⁴⁹¹ *Family Law – Information on the rules*, Ministry of Justice, Stockholm, 2013, 17.

⁴⁹² Поглавље 10, чл. 3 ЗБШ.

⁴⁹³ *Family Law – Information on the rules*, Ministry of Justice, Stockholm, 2013, 18-19.

Средства која се користе у заједничком становању и у домаћинству, према правилима *travaux preparatoires* требају бити изузета од правила у коме се као разделна вођица узима дужина трајања брака, ако су добра прибављена за заједничку употребу. Тако би добра која су била прибављена за заједничко коришћење потпала под правило једнаке деобе, а само ствари које су прибављене за личну употребу супружника биле би погодне за примену правила прилагођавања.⁴⁹⁴

Основно правило за поделу брачне имовине јесте подела на једнаке делове. Таква подела укључује и имовину стечену пре брака, као и наслеђена добра. Предмет поделе имовине је брачна имовина. Супружници могу да се сагласе да у деобу укључе и она добра за која су се у предбрачном или брачном уговору договорили да буде посебна имовина. Ако супружници постигну овакав споразум онда ће се и посебна имовина третирати као заједничка. Као што је већ више пута напомињано, једино се не може променити режим оних добара која су и стицана под условом да уђу у посебну имовину једног супружника.⁴⁹⁵ Дели се нето вредност имовине што значи да сваки супружник може да изузме из имовинске масе противвредност дуговања другог супружника, осим ако вредност дуговања неће бити надокнађена из посебне имовине другог супружника. После одузимања дуговања, брачна имовина оба супружника (нето имовина) се сабира и дели на два једнака дела.

Иако је основно правило шведског права подела брачне имовине на једнаке делове, ипак постоје ситуације у којима би примена овог правила била непримерена.⁴⁹⁶ Ако је подела имовине резултат развода брака, супружник који има већи део брачне имовине може задржати тај вишак, ако би подела на тачно једнаке делове била неразумна. Да би се проценило да ли би овакво поступање било правилно треба узети у обзир дужину трајања брака, финансијску ситуацију супружника и околности уопште. У одређеним случајевима, прилагођавање може ићи толико далеко да резултира тиме да сваки супружник у потпуности задржи своју имовину.⁴⁹⁷ У овим ситуацијама се примењују посебна правила прилагођавања. Ако је супружник банкротирао у време поделе имовине или постоје неки други разлози да се имовина не дели на једнаке делове, сваки супружник треба да задржи своју брачну имовину као свој део.⁴⁹⁸ Главни разлог за примену правила прилагођавања је трајање брака у краћем временском периоду. Определивање стандарда *краћег времена* не садржи Породични закон, али *travaux preparatoires* сугерише да се може узети да је краће време трајања брака (*short marriage*) када је он трајао краће од пет година. Разлог да се примени правило прилагођавања на бракове који су трајали краће време јесте тај што се за кратак временски период обично и не дешава формирање неке озбиљније масе брачне имовине.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ E. Ryrstedt, "Family and Inheritance Law," *Swedish legal system*, M. Bogdan (ed.), Norstedts juridik, 2010, 253.

Она обухвата одећу и друге предмете за личну употребу супружника, као и личне поклоне. Имовина коју је супружник примио као надокнаду за телесну повреду, као и приход од такве имовине, може такође, до одређене мере, бити изузети из деобне масе. Надаље, права која не могу бити пренета или су на други начин везана за личност, такође нису укључена у деобну масу, ако би њихово укључивање било у сукобу са наведеним личним правима.

⁴⁹⁶ Све што остане од брачне имовине након одбитка дуговања се начелно дели на једнаке делове међу супружницима. Од реформе законодавства (1987) могуће је одступање од наведеног општег правила. Овом променом супружницима је омогућено да се подела њихове имовине учини на прилагођенији начин, те закон предвиђа да удели које супружници деобом добијају могу бити и неједнаки. Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, деце и старатељско право*, Нови Сад, 2014, 132.

⁴⁹⁷ *Family Law – Information on the rules*, Ministry of Justice, Stockholm, 2013, 18.

⁴⁹⁸ E. Ryrstedt, "Family and Inheritance Law", *Swedish legal system* M. Bogdan (ed.), Norstedts juridik, 2010, 254.

По утврђењу ствари и права која улазе у заједничку имовину утврђује се вредност деобне масе.⁴⁹⁹ Да би се супружници спречили од предузимања аката који би штетили имовинској маси, за време од утврђивања вредности до деобе, закон прописује да супружници одговарају за акте које су преузели у овом периоду. Уколико би супружник био немаран у предузимању аката управљања и располагања имовином, што би за исход имало умањење њене вредности, онда други супружник има право обештећења за вредност за коју је смањена вредност његовог удела; ако би супружник располагао имовином у намери да умањи њену вредност, или је заједничку имовину користио да увећа вредност своје посебне имовине у току три године до подношења захтева за развод, онда ће други супружник бити обештећен. Обештећење се спроводи тако што се удели супружника који је поступао *mala fidei* умањи сразмерно умањењу вредности заједничке имовине коју је проузроковао.⁵⁰⁰

Ако не дође до споразумне деобе имовине, сваки супружник има право да од суда захтева именовање извршиоца деобе. Извршилац деобе има право и да расправи евентуални спор између супружника у погледу одређених чињеница које се тичу деобе, осим ако између супружника поводом те ствари већ тече судски поступак. У том случају извршилац ће овај спор гледати као на претходно питање и чекаће да се он заврши да би наставио са деобом.⁵⁰¹

Дакле, деоба се врши тако што се утврде делови сваког од супружника у заједничкој имовини, тј. вредност његове посебне имовине и евентуално вредност удела у заједничкој имовини. Од утврђеног износа се одузима вредност која је потребна да би се исплатили дугови које су супружници имали у време покретања бракоразводног поступка. Опште је правило да се вредност добијена сабирањем удела супружника (умањена за износ њихових дугова) дели између супружника на једнаке делове.⁵⁰² Реформом је предвиђено одступање ако се сматра разумним имајући у виду трајање брака, финансијску ситуацију супружника као и целокупне околности. Законодавац овлашћује суд на одступање од општег правила уколико би примена општег правила о подели заједничке имовине на једнаке делове, у конкретном случају, била неразумна нарочито водећи рачуна о околностима које се односе на дужину трајања брака, имовинске прилике супружника као и на ситуацију уопште.⁵⁰³

Постоји одређена група права која не мора бити обухваћена поделом имовине (права из пензиског осигурања, будућа рента или пензијско осигурање за које је супружник платио премије).⁵⁰⁴

У немачком праву⁵⁰⁵ овај институт носи назив режим заједница приноса, добити (*Zugewinnngemeinschaft*).⁵⁰⁶ Немачко право познаје законски имовински режим као и могућност

⁴⁹⁹ Ако би се догодило да дође до промене у вредности имовине од момента њеног конституисања до њене деобе, у међувремену остварени приходи од заједничке имовине, такође се урачунавају у деобну масу.

⁵⁰⁰ Поглавље 11, чл. 4 ЗБШ.

⁵⁰¹ Saldeen, A, *Family Law in Sweden, Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, 490, наведено према Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 68.

⁵⁰² Поглавље 11, чл. 1-3 ЗБШ.

⁵⁰³ Суд у Шведској има веома широка овлашћења у погледу деобе заједничке имовине. Тако он може модификовати или ставити ван снаге одредбе брачног уговора које се тичу величине удела супружника. Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 69.

⁵⁰⁴ Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско, деце и старатељско право*, Нови Сад, 2014, 132.

⁵⁰⁵ Најважнији извор позитивноправног немачког породичног права јесте Немачки Грађански законик (*Bürgerliche Gesetzbuch- BGB*). У анализи ове теме служили смо се примерком BGB-а доступног на сајту Federal Ministry of Justice and Consumer Protection and the Federal Office of Justice – www.gesetze-im-internet.de, 5. 1. 2020.

избора између различитих уговорних брачних имовинских режима. Без обзира на збуњујући назив „заједница стечених добити“, законски режим прописује одвајање имовине која подлеже изједначавању стечених добити након што је брак окончан. Сам брак нема утицаја на имовину коју су супружници поседовали пре закључења брака.⁵⁰⁷ Имовина коју они стекну током трајања брака улази у њихову посебну имовину којом он начелно управља и располаже самостално. Ипак, у циљу заштите заједничког домаћинства и материјалне егзистенције породице, супружник може располагати са предметима домаћинства уз пристанак другог супружника.⁵⁰⁸

Током трајања брака овај имовински режим подразумева одвојеност имовина супружника. Сваки супружник стиче за себе, и сва добра која стекне улазе у његову посебну имовину. По престанку брака долази до спајања имовина, да би се утврдили приноси и да би се стечена имовина поделила.

Сваки супружник самостално управља својом имовином. Међутим, он је ограничен у управљању својом имовином. Супружник може само уз сагласност другог супружника располагати својом имовином у целини. Ако би располагао имовином без сагласности другог супружника, располагање ће бити пуноважно само ако други супружник да накнадни пристанак. Ако је трансакција у складу са принципима правилног управљања, породични суд, на захтев супружника, може заменити одобрење другог супружника ако га овај одбије без адекватног разлога или ако је спречен због болести или одсуства.⁵⁰⁹ Једнострана правна трансакција која се закључује без неопходне сагласности није пуноважна.⁵¹⁰ Супружник без чије је сагласности други супружник располагао својом имовином има право да на суду захтева права која произилазе из неваљаности располагања против трећег лица према којима су та располагања чињена.⁵¹¹

Што се тиче предмета домаћинства која припадају једном супружнику, њима супружник може располагати и таква располагање ће бити пуноважна уколико други супружник на њих пристане. Уколико би супружник без адекватног разлога одбио да даје одобрење, породични суд може донети одлуку која ће надоместити одобрење.⁵¹²

Уколико брак престане за живота супружника, сваки супружник има обавезу да утврди колико је повећање његове имовине, тј. однос између имовине на почетку и на крају брака.

⁵⁰⁶ Сам назив може донекле да доведе до забуне, јер се заједништво добара остварује тек при престанку брака, а током трајања брака постоји режим одвојених добара. Мајсторовић користи назив повећања вредности, непреведећи немачки назив у буквалном смислу, већ превод прилагођава природи односа између супружника који успоставља овај режим. Она избегава назив заједница у самом називу јер се фокусира на однос у току трајања брака, када заиста не постоји имовинско заједништво већ одвојеност имовина. Међутим, сматрамо да је и један и други назив исправан зависно од момента у коме се посматра, ако је то током трајања брака онда је назив који предлаже Мајсторовић пригоднији, док ако се гледа крајњи исход онда би био тачнији назив који садржи реч заједница, јер се заједница свакако формира када дође до престанка брака, те смо се у раду ми користили називом *режим заједнице приноса*.

⁵⁰⁷ D. Martiny, „Family Law“, *Introduction to German Law*, Third Edition, Joachim Zekoll, Gerhard Wagner (eds.), Wolters Kluwer, 2019, 330.

⁵⁰⁸ Параграфи 1365-1369 BGB.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, пар. 1364 и 1365.

⁵¹⁰ *Ibid.*, пар. 1367.

⁵¹¹ *Ibid.*, пар. 1368.

⁵¹² *Ibid.*, пар. 1369.

Разлика се расподељује на начин да супружник, чије је повећање имовине мање, има право да тражи од другог супружника половину разлике. Други супружник који се у овом случају појављује као дужник супружнику који је остварио мање увећање имовине током трајања брака може само да приговори да супружник који сада потражује разлику није доприносио економском или неком другом интересу брачне заједнице, те да се на основу тога захтев или одбије или смањи на основу укупне неравноправности. Поступање по захтеву заснива се на економским аспектима, али суд не мора само на то да се ограничава, већ може да узме у обзир и друге чињенице као што су прељуба и округност.⁵¹³

Ако се имовински режим заврши смрћу супружника, изједначавање обрачунатих добитака врши се тако што се удео наслеђа преживелог супружника повећа за четвртину наслеђа.⁵¹⁴

Сам BGB садржи одређење појма добити- повећања вредности (Zugewinn) као износ за који крајња имовина супружника прелази почетну имовину.⁵¹⁵ У изналажењу повећања вредности имовине супружника полази се од почетне вредности имовине (Anfangsvermögen). Почетна имовина се дефинише као средства која супружник, након одузимања обавеза, поседује у тренутку уласка у брак.⁵¹⁶ По престанку брака поново се утврђује вредност имовине – коначна, завршна вредност имовине (Endvermögen). Под коначном имовином подразумевају се средства која припадају једном супружнику на крају имовинског режима после одбитка обавеза. Коначна имовина супружника повећава се за износ за који се та имовина смањила као резултат чињенице да је супружник, након почетка имовинског режима: чинио бестеретна располагања којима није испунио моралну дужност или није испоштовао пристојност; расипао имовину, или извршио дела са намером да оштети другог супружника. Ако је коначна имовина супружника мања од имовине коју је навео у подацима датим у тренутку престанка заједничког живота супружника, тај супружник мора показати и доказати да смањење имовине није проузроковано горе наведеним делима. Износ за који се смањује имовина не додаје се коначној имовини, ако је умањење извршено најмање десет година пре краја имовинског режима или ако је други супружник био сагласан са располагањима.⁵¹⁷

Израчунавање вредности почетне имовине заснива се на вредности коју су средства која су постојала на почетку имовинског режима имала на тај датум и која су средства која су била додата почетној имовини имала на дан њиховог стицања.

Израчунавање вредности коначне имовине засновано је на вредности коју су средства која су постојала на крају имовинског режима имала на тај датум и које је смањење имовине која се додају коначној имовини имало на дан када је дошло до смањења. Наслеђена имовина и поклони од трећих лица искључени су из израчунавања приноса и посматрају се као имовина коју је ималац поседовао у време закључења брака.⁵¹⁸ Са друге стране добитак на лутрији или накнада за претрпљене повреде се посматрају као приноси.

⁵¹³ Г. Ковачек-Станић, *Породично право: партнерско деље и старатељско право*, Нови Сад, 2014, 133.

⁵¹⁴ Параграф 1371. BGB.

⁵¹⁵ *Ibid.*, пар. 1373.

⁵¹⁶ *Ibid.*, пар. 1374.

⁵¹⁷ *Ibid.*, пар. 1375.

⁵¹⁸ *Ibid.*, пар. 1376.

Имовина која је отуђена без разлога, или да би се нанела штета другом супружнику, може се посматрати делом имовине која се поседује у време престанка брака.

Сваки супружник је по закону дужан да другом супружнику обезбеди увид у своју имовину у време престанка брачног имовинског режима, да прибави доказе који су неопходни за процену имовине, да сачини листу наводећи сву имовину коју је поседовао у време настанка и у време престанка брачног имовинског режима. Супружник који има право на исплату (поверилац) има право да, уместо целокупног или дела дугованог износа, захтева одређена специфична добра, под условом да докаже да је разумно да се донесе таква одлука те да је таква одлука нужна да би се избегле озбиљне последице за повериоца.

Ако су супружници заједнички утврдили постојање и вредност првобитне имовине која припада супружнику и ствари које треба додати овој имовини, тада се претпоставља да је листа сачињена између супружника тачна. Сваки супружник може затражити да други супружник учествује у попису. Поред тога, сваки супружник може, о свом трошку ангажовати стручњака да утврди вредност његове имовине и обавеза.⁵¹⁹

Ако добит једног супружника надмашује добит другог, половину вишка дугује другом супружнику на име захтева за изједначавање.⁵²⁰ Висина захтева за изједначавање ограничена је вредношћу имовине која постоји након одбитка обавеза на крају имовинског режима. Захтев за накнаду настаје престанком режима својине и од овог тренутка је наследив и преносив. Ни један супружник не може да се обавезе да се неће користити захтевом за изједначавање пре краја постојања имовинског режима.⁵²¹

Ако се имовински режим оконча или ако је супружник поднео захтев за развод, за поништење брака или раније изједначавање обрачунатих добити, заједно са превременом суспензијом настале добити, сваки супружник може: тражити информације од другог супружника у вези с имовином у тренутку суспензије; тражити податке о имовини уколико су значајни за утврђивање почетне и завршне имовине. Документација се доставља на захтев. Сваки супружник може тражити да буде укључен у састављање листе и да се утврди вредност имовине и обавеза. Такође може тражити да се списак сачини о његовом трошку од стране надлежног органа, или од одговорног службеника или јавног бележника. Ако су супружници раздвојени, сваки супружник може тражити од другог супружника податке који се односе на имовину у тренутку раздвајања.⁵²²

Захтеву за изједначавање супружника може се супротставити вредност оног што му је други супружник дао у *inter vivos* правној трансакцији, уз наглашавање да се оно истиче против захтева за изједначавање. У случају сумње треба претпоставити да располагања треба изузети ако њихова вредност премашује вредност повремених поклона који су уобичајени у складу са животним стандардом супружника.

⁵¹⁹ *Ibid.*, пар. 1377.

⁵²⁰ На немачком *ausgleichsforderung*, док се у енглеском преводу овај захтев означава као *equalisation claim*.

⁵²¹ Параграф 1378. BGB.

⁵²² *Ibid.*, пар. 1379.

При израчунавању захтева за изједначавање, вредност располагања се додаје обрачунатим добитима супружника који је учинио располагање. Вредност се одређује према датуму располагања.⁵²³

Спровођење захтева за изједначење повећане вредности (*zugewinnausgleich*) могуће је само ако за оба супружника постоје пописи посебне имовине на одређени почетни и завршни дан. Попис и процена зависе од случаја до случаја, и могу довести до различитих проблема. *Schwab* наводи да се код режима повећања добити уједначавају фиктивне вредности. Он наводи пример када је једном супружнику трећа особа дужна 100. 000 немачких марака које он уписује као повећану вредност при завршном израчунавању. Након спровођења захтева за поравнањем повећане вредности, успостави се да је дужник под стечајом, те да супружник нема из чега намирити своје потраживање, тј. да је он урачунао у имовину оно што касније није могао остварити. На овом месту *Schwab* истиче погодност система заједничке имовине будући да би се у оваквим случајевима ствар лако решила јер би се дата вредност рачунала као заједничка својина оба супружника, тако да би са њеном пропашћу оба супружника у једнакој мери била оштећена.⁵²⁴

Дужник може да одбије да испуни захтев за изједначавање у оној мери у којој би компензација добити била екстремно непоштена у околностима случаја. Бруто неједнакост може постојати посебно ако супружник, који је остварио нижу добит, дуго није испунио економске обавезе које произлазе из брачног односа.⁵²⁵

На захтев, породични суд одлаже захтев за изједначавање, у мери у којој дужник то не оспорава, уколико би се моментална исплата догодила у непримереном тренутку, такође узимајући у обзир интересе повериоца. Сматра се да би се непосредна исплата такође догодила у непримереном времену ако би проузроковала дугорочно погоршање услова становања или друге аспекте животног стандарда деце супружника. Дужник мора платити камату на одложени захтев. Породични суд може, на захтев, наложити да дужник обезбеди одложено потраживање. Породични суд одлучује о висини и року доспећа камате и врсти и обиму обезбеђења по свом разумном нахођењу.⁵²⁶

Ако брак престаје разводом, онда када се обрачунају добити (као и за износ захтева за изједначавање), датум престанка имовинског режима замењује се датумом када је захтев за развод брака први пут био предат суду.⁵²⁷

Супружник који има право на захтев за изједначавање може да захтева рано изједначавање обрачунатих добити у случају превременог отказивања заједнице обрачунатих добити ако су супружници живели одвојено најмање три године; ако се плаше да ће други супружник располагати имовином у целини или ситуације у којима је супружник, након почетка имовинског режима, чинио бестеретна располагања којима није испунио моралну дужност или није испоштовао пристојност, расипао имовину, или извршио дела са намером да оштети другог

⁵²³ *Ibid.*, пар. 1380.

⁵²⁴ D. Schwab, Einführung zum Thema, у: *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht*, D. Heinrich, D. Schwab (Hrsg.), Verlag Ernst, Werner Gieseking, Bielefeld, 1999, 12; наведено према I. Majstorović, *Bračni ugovor- novina hrvatskog obiteljskog prava-*, Zagreb, 2005, 48.

⁵²⁵ Параграф 1381. BGB.

⁵²⁶ *Ibid.*, пар. 1382.

⁵²⁷ *Ibid.*, пар. 1384.

супружника и то води у забринутост с обзиром на значајну опасност за задовољење захтева за изједначавање (компензацију); други супружник дуго није испунио економске обавезе које произлазе из брачног односа и може се претпоставити да то неће чинити у будућности; или други супружник упорно одбија, без довољно разлога, или упорно одбија да обавештава супружника о постојању и саставу своје имовине. Сваки супружник може затражити превремени раскид заједнице добити изношењем горе наведених разлога.⁵²⁸

Супружник који има право на захтев за изједначавање може од трећег лица затражити надокнаду вредности бестеретног располагања које је њему учинио други супружник ако је други супружник дао поклон трећем лицу у намери да дискриминише супружника који има право на одштету и ако износ захтева за изједначавање прелази вредност имовине супружника чија имовина је предмет компензације након одбитка обавеза по престанку имовинског режима.

Надокнада вредности примљене имовине мора да се изврши у складу са одредбама о враћању неоснованог обogaћења. Трећа страна може избећи плаћање враћањем примљеног предмета. Супружник који нема право на захтев за изједначавање и трећа страна одговорни су као солидарни дужници.

Застаревање потраживања започиње престанком имовинског режима.⁵²⁹

Кроз опис шведског и немачког модела одложене заједничке имовине имали смо за циљ да овај имовински режим учинимо разумљивијим, те да кроз детаљна решења представљених система изнађемо идеју за уређење овог имовинског режима у нашем законодавству. Детаљност уређења овог режима у наведеним законодавствима треба да послужи нама као пример и вођица приликом евентуалног прописивања могућности уговарања режима одложене заједнице имовине. Штура регулација какву предвиђа Преднацрт Грађанског законика не чини нам се добром. Уводити један имовински режим у правни систем, а не прописати макар основне релације лица у односу извесно би водили неразумевању и проблемима у пракси. Из тих разлога, сматрамо да је режим одложене заједничке имовине потребно детаљно законски регулисати, служећи се наведеним решењима система који већ дуги низ година користе овај имовински режим.

7. 1. 3. Заједница добара (заједница имовина)

Систем одложене заједничке имовине тј. систем учешћа, даје ширу аутономију супружницима у односу на систем заједнице добара. Међутим, иако систем заједнице добара супружницима пружа мању аутономију воље, овај систем погодује оном супружнику који не остварује примања или су му она ограничена с обзиром да он има приступ добрима свог супружника, као и право да са њима располаже.⁵³⁰ Шта супружнику значи шира аутономија, уколико он не поседује средства којима би манифестовао своју аутономију. Средства другог супружника улазе у његову посебну имовину све до момента престанка брака када ће други

⁵²⁸ Параграф 1386. BGB.

⁵²⁹ *Ibid.*, пар. 1390.

⁵³⁰ W. Pintens, „Matrimonial Property Law in Europe“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed.), Intersentia, 2011, 43.

супружник, који није остваривао приход, имати право на одређени удео у тим добрима. А током брака, супружник који не остварује приходе ће моћи да користи само она средства која је други супружник ставио на располагање за потребе покривања трошкова заједнице живота. Из наведеног следи да је систем одложене заједничке имовине добро решење у случајевима када оба супружника остварују приходе, те су мање-више финансијски независни, док са друге стране систем заједнице добара је бољи у оним случајевима када један од супружника није финансијски независан. Предвиђањем система одложене заједничке имовине као и система универзалне заједнице добара, сматрамо да би се постигло задовољење потреба парова широког опсега.

Иако наше право не познаје овај имовински режим, Преднацрт Грађанског законика, поред система одложене заједничке имовине, предвиђа и систем универзалне (опште) заједнице добара.⁵³¹ Према решењу у Преднацрту брачним уговором може бити уговорено спајање целокупне или дела посебне имовине супружника са заједничком имовином стеченом током брачне заједнице. Деоба имовинске заједнице ће бити извршена у случају престанка брака на начин предвиђен брачним уговором. У случају да удели у имовинској заједници или начин деобе нису предвиђени брачним уговором, деоба ће се вршити по правилима који важе за заједничку имовину супружника. Предлог дат у Преднацрту ми подржавамо, с тим што сматрамо да га је нужно детаљније уредити.

У циљу приближавања наведеног система и давања предлога за његово будуће уређење, у наставку ћемо детаљније обрадити законску поставку овог режима, уз помоћ увида и анализе решења немачког, швајцарског и француског законодавства. На тај начин ћемо добити основу на којој можемо изградити наш режим заједнице добара.

Поред законског имовинског режима (одложена заједничка имовина), немачко право даје могућност супружницима да закључују брачне уговоре, али их донекле ограничава на могућност одабира неког од уговорних режима који су прописани и регулисани Грађанским закоником. Један од предложених режима јесте *заједница добара (Gütergemeinschaft)*. У вези са овим имовинским режимом BGB прави разлику између три врсте добара супружника: заједничка имовина супружника (*Gesamtgut*), посебна имовина (*Sondergut*) и резервисана имовина (*Vorbehaltsgut*).⁵³²

Опредељивање супружника за режим заједнице добара значи да имовине супружника постају њихова заједничка имовина (*Gesamtgut*). Брачна имовина такође укључује имовину коју супруг или супруга стекну током трајања овог имовинског режима. Појединачни предмети постају заједничко власништво по сили самог закона и није их неопходно преносити правним путем. У заједничку имовину убрајају се и она добра која супружник наследи током трајања овог брачног имовинског режима.⁵³³ Из заједничке имовине се изузимају посебна имовина (*Sondergut*) и резервисана имовина коју сваки супружник задржава за себе (*Vorbehaltsgut*). Посебна имовина је она имовина која је правним пословима непреносива. Њом супружник управља самостално (нпр. личне службености), али за рачун брачне имовине.⁵³⁴ Резервисана имовина је имовина која је таквом назначена у брачном уговору; ако је тестватор или

⁵³¹ Чл. 2344, Преднацрта Грађанског законика Србије.

⁵³² D. Martiny, „Family Law“, *Introduction to German Law*, Third Edition, Joachim Zekoll, Gerhard Wagner (eds), Wolters Kluwer, 2019, 331.

⁵³³ Пар. 1416, BGB.

⁵³⁴ *Ibid.*, пар. 1417.

поклонодавац изричито навео да ће ствар или право прећи на њега под условом да буде сврстано у посебно власништво супружника; коју супружник стекне на основу права које је део његове резервисане имовине или као надокнада за уништење, оштећење или уклањање предмета који је део резервисане имовине или правним послом који се односи на резервисану имовину. Сваки супружник самостално управља својим резервисаним имовином, за свој рачун.⁵³⁵

За потребе издржавања породице примарно се користи приход који улази у брачну имовину, секундарно се користи приход који улази у резервисану имовину.⁵³⁶

У брачном уговору, супружници требају да наведу ко од супружника управља брачном имовином. Уколико не наведу ко он њих управља брачном имовином важи правило према коме они заједнички управљају.⁵³⁷ Супружник који управља брачном имовином има право да располаже стварима и правима која улазе у брачну имовину као и да води правне спорове који се односе на брачну имовину.⁵³⁸ Међутим, он не може самостално да располаже брачном имовином, већ само уз сагласност другог супружника. Располагања која би учинио без сагласности другог супружника биће пуноважна једино уз накнадну сагласност другог супружника.⁵³⁹ Опште је правило да супружник који управља брачном имовином може давати поклоне од предмета из брачне имовине само уз сагласност другог супружника, а уколико би то учинио без сагласности, може да испуни то обећање само ако други супружник на то пристане. Изузетак се односи на поклоне који су учињени како би се испунила морална дужност или да се покаже поштовање.⁵⁴⁰ У свим случајевима где је сагласност супружника који не управља брачном имовином неопходна за правилно управљање имовином, на захтев може бити замењена одобрењем породичног суда, уколико супружник одбије да да сагласност без одговарајућег разлога или је спречен због болести или одсуства да да изјаву и одлагање подразумева ризик.⁵⁴¹

Уколико би супружник који управља брачном имовином закључио правни посао без неопходне сагласности другог супружника, правни посао може бити оснажен накнадним пристанком другог супружника. У тим случајевима треће лице, све до ратификације, има право да раскине закључени правни посао. Услов да би треће лице имало право на раскид јесте да је било савесно. Под савесношћу се подразумева непостојање сазнања да се лице са којим је ушло у правни посао налази у браку или ако је треће лице знало да се лице са којим ступа у правни посао налази у браку, али је супружник неистинито тврдио да је други супружник пристао.⁵⁴² У свим случајевима где је супружник који управља брачном имовином располагао без потребног одобрења другог супружника правима које су део брачне имовине, други супружник може самостално истаћи права против трећих лица, без учешћа другог супружника.⁵⁴³

Под условом да супружник, који управља брачном имовином, услед болести или одсуства буде онемогућен да закључи правни посао који се односи на брачну имовину, други супружник може предузети правни посао ако одлагање закључења представља ризик. Он тада

⁵³⁵ *Ibid.*, пар. 1418.

⁵³⁶ *Ibid.*, пар. 1420.

⁵³⁷ *Ibid.*, пар. 1421.

⁵³⁸ *Ibid.*, пар. 1422.

⁵³⁹ *Ibid.*, пар. 1423.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, пар. 1425.

⁵⁴¹ *Ibid.*, пар. 1426.

⁵⁴² *Ibid.*, пар. 1427.

⁵⁴³ *Ibid.*, пар. 1428.

може деловати или у своје име или у име другог супружника који је овлашћен да управља. Исто се односи и на вођење правног спора који се односи на брачну имовину.⁵⁴⁴

Када је супружник, који не управља брачном имовином, стекао наследство или легат, само он има право да прихвати наслеђено и за то му није потребно одобрење другог супружника.⁵⁴⁵ Без одобрења другог супружника он такође може наставити правни спор који је већ текао када је формирана брачна имовина.⁵⁴⁶

Обавеза супружника који управља брачном имовином се састоји у обавештавању другог супружника о пословима управе и, на захтев, давања података о управљању. Евентуално смањење брачне имовине изазвано поступањем супружника који управља брачном имовином, он мора да надокнади.⁵⁴⁷

Повериоци супружника који управљају брачном имовином и повериоци другог супружника могу захтевати намирење својих потраживања и из брачне имовине. Супружник који управља брачном имовином такође је лично одговоран као солидарни дужник за обавезе другог супружника које су брачна имовинска обавеза. Одговорност престаје престанком имовинске заједнице ако обавезе које постоје међу супружницима, падну на другог супружника.⁵⁴⁸

Законодавац санкционише и коришћење брачне имовине у корист резервисане или посебне имовине супружника који је овлашћен на управљање брачном имовином на начин да он мора да врати брачној имовини вредност имовине која је укористио. Са друге стране има право на надокнаду уколико је за корист брачне имовине користио вредности из резервисане или посебне имовине.⁵⁴⁹

Враћање дугова као и потраживања према брачној имовини разликује се с обзиром на то да ли се ради о супружнику који је управљао брачном имовином. Сва дуговања која супружник, који управља брачном имовином, дугује брачној имовини, он треба измирити након престанка заједнице имовине, и шта год може потраживати од брачне имовине, може тражити тек након престанка заједнице имовине. Са друге стране сва дуговања супружника који не управља брачном имовином према брачној имовини или ономе што дугује резервисаној имовини или посебној имовини другог супружника, не мора да плати до престанка заједнице имовине. Међутим, он пре престанка заједнице имовине мора да отплати дуг у мери у којој су његова резервисана имовина и његова посебна имовина довољни за то.⁵⁵⁰

Поступак за укидање заједнице имовине могу покретнути оба супружника. Супружник који не управља брачном имовином може покренути поступак за укидање заједнице имовине: ако његова будућа права могу бити битно угрожена чињеницом да други супружник није у стању да управља брачном имовином или злоупотребљава своје право на управљање брачном

⁵⁴⁴ *Ibid.*, пар. 1429.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, пар. 1432.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, пар. 1433.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, пар. 1435.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, пар. 1437.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, пар. 1445.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, пар. 1446.

имовином; ако је други супружник прекршио своју обавезу да доприноси породичном издржавању и постоји опасност од будућег значајног угрожавања издржавања; ако је брачна имовина презадужена обавезама које су настале као личне обавезе другог супружника до те мере да је касније стицање супружника који не управља брачном имовином битно угрожено; ако управљање брачном имовином потпада под надлежност старатеља другог супружника.⁵⁵¹ Супружник који управља брачном имовином може тражити да се имовина заједнице укине ако је брачна имовина презадужена, као резултат неизмирења обавеза другог супружника, до те мере да је накнадно стицање значајно угрожено.⁵⁵² Заједница имовине престаје када судска одлука постане правоснажна и извршна. Извршена подела се односи на будућност.⁵⁵³

Против трећих страна, престанак заједнице имовине важи само под одређеним условима. Наиме, када супружници брачним уговором предвиде примену неког другог имовинског режима, они на основу тога могу у односу са трећим лицем истицати приговоре на правни посао који је склопљен између једног од њих и трећег лица под условом да је брачни уговор уписан у регистар брачних уговора надлежног локалног суда или је био познат трећој страни када је правни посао закључен. Они могу истицати и приговоре на правоснажну пресуду између једног од супружника и треће стране, под условом да је брачни уговор био регистрован или познат трећем лицу у време када је правни спор први пут изнет пред суд. Исто се примењује ако супружници брачним уговором споразумно раскину или измене одредбу о уређењу брачне имовине која се уписује у регистар брачне имовине.⁵⁵⁴ На овом месту се још једном читује значај предлога за увођење регистра брачних уговора који смо изнели у раду. Регистар је средство које би доприносило како сигурности правног промета, тако и самих супружника, као што немачки законодавац на овом месту такође истиче.

Брачном имовином супружници могу и да заједнички управљају. Тада они имају право да заједнички располажу брачном имовином и да воде правне спорове који се односе на брачну имовину. Својина на стварима које су део брачне имовине је заједничко право супружника.⁵⁵⁵ Супружници су дужни да међусобно сарађују у предузимању мера које су неопходне за прописно управљање брачном имовином.⁵⁵⁶ Исто као и када је један од супружника овлашћен да управља заједницом имовине у оним ситуацијама када је за правилно управљање брачном имовином неопходно закључење правног посла или вођење правног спора, породични суд, на захтев супружника, може заменити одобрење другог супружника уколико он одбија да да сагласност без одговарајућег разлога.⁵⁵⁷ У погледу неовлашћеног располагања једног од супружника примењују се правила која се примењују када само један супружник управља заједницом имовине. Уговор може да раскине треће лице до ратификације, под условом своје савесности.⁵⁵⁸ И у случају када су супружници овлашћени да заједно управљају заједницом имовине, уколико би један од супружника био спречен болешћу или одсуством да сарађује у правном послу који се односи на брачну имовину, други супружник би могао склопити правни посао ако би кашњење представљало ризик. Када то ради, може поступати или у своје име или у

⁵⁵¹ *Ibid.*, пар. 1447.

⁵⁵² *Ibid.*, пар. 1448.

⁵⁵³ *Ibid.*, пар. 1449.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, пар. 1412.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, пар. 1450.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, пар. 1451.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, пар. 1452.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, пар. 1453.

име оба супружника. Исто се односи и на вођење правног спора који се односи на брачну имовину.⁵⁵⁹

Сваки супружник може, без сарадње другог супружника: прихватити или одбити наследство које је добио, одрећи се свог нужног дела, извршити попис наследства које је он или други супружник стекао, осим ако наслеђе које је стекао други супружник није део његове резервисане или посебне имовине, одбити понуду која му је дата да закључи уговор или да прими поклон који је добио, наставити правни спор који је био на суду када је настала заједница имовина, поднети судски захтев против треће стране поводом права које је део брачне имовине ако је други супружник располагао правом без потребног одобрења, као и предузети неопходне мере за очување брачне имовине ако кашњење представља ризик.⁵⁶⁰

BGB предвиђа посебна правила за случај да је супружник пристао на то да други супружника обавља независне пословне подухвате. Тада његово одобрење за такве правне трансакције и правне спорове који подразумевају пословање није потребно. Једностране правне трансакције које се односе на обављање одређене независне пословне делатности закључују се са супружником који води те пословне подухвате. Уведена је и претпоставка постојања сагласности за обављање независне делатности једног супружника, уколико други супружник зна да супружник обавља трговину или посао и ако томе не приговара.⁵⁶¹ Ако правни посао који супружник изврши без потребног одобрења другог супружника обогати брачну имовину, обогаћење се враћа из брачне имовине према одредбама о неоснованом обогаћењу.⁵⁶²

Повериоци оба супружника могу захтевати намирење својих потраживања из брачне имовине.⁵⁶³ За брачне имовинске обавезе супружници су лично одговорни као солидарни дужници.⁵⁶⁴ Брачном имовином се одговара за обавезу која произлази из правног посла који супружник склопи за време постојања заједнице имовине само ако други супружник одобри правни посао или ако је правни посао на снази за брачну имовину без његовог одобрење. На терет брачне имовине падају и трошкови правног спора, чак и ако пресуда нема дејства у односу на брачну имовину.

Не одговара се брачном имовином за обавезе једног супружника које настају као резултат стицања наследства или легата, ако супружник стекне наследство или легат током периода заједничке имовине, али као део своје резервисане имовине или као одвојену имовину.⁵⁶⁵ Брачном имовином се не одговара ни у случајевима доспелости обавезе која је настала у периоду постојања заједнице имовине као резултат права које је део резервисане имовине или посебне имовине или поседовања ствари која је део резервисане имовине или посебне имовине. Међутим, одговара се брачном имовином ако је право или ствар део независног пословања једног супружника које он врши независно али уз сагласност другог супружника или ако је обавеза једно од оптерећења посебне имовине која се обично плаћа од прихода.⁵⁶⁶

⁵⁵⁹ *Ibid.*, пар. 1454.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, пар. 1455.

⁵⁶¹ *Ibid.*, пар. 1456.

⁵⁶² *Ibid.*, пар. 1457.

⁵⁶³ У мери у којој одељци 1460. до 1462. BGB не предвиђају другачије.

⁵⁶⁴ Пар. 1459. BGB.

⁵⁶⁵ *Ibid.*, пар. 1461.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, пар. 1462.

На супружника падају одређене брачне имовинске обавезе које су настале као његове личне обавезе: обавезе које произилазе из кривичног дела које учини након стварања заједнице имовине или кривичног поступка који се против њега води у вези с таквим делом; обавезе које произлазе из правних односа који се односе на његово резервисану имовину или његову посебну имовину, чак и ако су настале пре почетка заједништва имовине или пре времена у којем је имовина постала резервисана или посебна имовина.⁵⁶⁷

Сва дуговања која супружник има према брачној имовини или резервисаној или посебној имовини другог супружника, он не мора да плати до престанка заједнице имовине, с тим да ако су резервисана и посебна имовина дужника довољни за намирење дуговања он мора да отплати дуг и пре престанка заједнице имовине.⁵⁶⁸

Сваки супружник може покренути поступак за раскид заједнице имовине под следећим условима: ако његова будућа права могу бити значајно угрожена због чињенице да други супружник без његове сагласности предузима радње управљања које се могу предузимати само заједнички; ако други супружник без одговарајућег разлога упорно одбија сарадњу у правилном управљању брачном имовином; ако је други супружник прекршио своју дужност да доприноси породичном издржавању и постоји опасност од значајног угрожавања издржавања у будућности.⁵⁶⁹

Када судска одлука постане коначна и извршна, имовина заједнице престаје. Раздвајање имовине односи се на будућност.⁵⁷⁰

Након престанка заједнице имовине, супружници деле брачну имовину.⁵⁷¹

До поделе, супружници заједнички управљају брачном имовином. Сваки супружник може управљати брачном имовином на исти начин као и пре престанка постојања заједнице, све док не стекне знање о раскиду или до момента до ког је морао о томе сазнати. Супружници су обавезни да међусобно сарађују у мерама које су неопходне за правилно управљање брачном имовином, а сваки супружник може сам да предузме мере неопходне за очување. Ако се имовинска заједница оконча услед смрти једног супружника, надживели супружник мора извршити трансакције које су неопходне за правилно управљање и које не могу бити одложене без ризика док наследник не буде могао да поступа. Ова дужност не постоји ако је покојни супружник сам управљао брачном имовином.⁵⁷²

Све што се стекне на основу права које је део брачне имовине или као надокнада за уништење, оштећење или лишавање предмета који је део брачне имовине или је стечено правним послом који се односи на брачну имовину, је брачна имовина.⁵⁷³

⁵⁶⁷ *Ibid.*, пар. 1463.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, пар. 1468.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, пар. 1469.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, пар. 1470.

⁵⁷¹ *Ibid.*, пар. 1471.

⁵⁷² *Ibid.*, пар. 1472.

⁵⁷³ *Ibid.*, пар. 1473.

Супружници морају прво да испуне обавезе из брачне имовине. Ако обавеза још није платива или је оспорена, супружници морају задржати све што је неопходно да би извршили ову обавезу. Ако брачна имовинска обавеза, између супружника, пада само на једног од супружника, тај не може захтевати да се та обавеза изузме из брачне имовине.⁵⁷⁴

Вишак који остане након извршавања брачних имовинских обавеза дели се између супружника на једнаке делове. Сваки супружник мора дозволити да се сва дуговања која он има према заједници имовине измире из његовог дела, а у мери у којој на овај начин не изврши накнаду, остаје дужан другом супружнику.⁵⁷⁵

Остатак се дели према правилима о сувласништву. Сваки супружник, уз отплату вредности, може узети ствари које су намењене искључиво за његову личну употребу, нарочито одећу, накит и оруђе. Исто се односи и на предмете које је супружник унео у имовину или стекао током имовинске заједнице наслеђивањем, легатом или у вези са будућим правом наследства, поклоном или напредовањем.⁵⁷⁶

Ако је брак престао разводом пре завршетка поделе, на захтев једног супружника, сваком од њих мора се надокнадити вредност онога што је донео у имовинску заједницу, а ако вредност брачне имовине за то није довољна, недостатак треба да снесу супружници у пропорцији вредности онога што су донели. Сматра се да су унети: предмети који су припадали једном супружнику када је формирана заједница имовине, предмете које је супружник стекао наслеђем или у вези са будућим правом наследства, поклоном или напредовањем, осим ако се стицање, у датим околностима, сматрало дохотком, права која престају смрћу супружника или чије је стицање условљено смрћу супружника. Вредност предатих предмета процењује се према дану када су унети у заједницу имовине.⁵⁷⁷

Ако је брак престао смрћу супружника, удео преминулог супружника у брачној имовини део је његове имовине, а само наслеђивање умрлог супружника одвија се према општим законским одредбама.⁵⁷⁸

Супружници се брачним уговором могу договорити да се имовинска заједница, након смрти супружника, настави између преживелог супружника и потомка другог супружника (настављена заједница имовине). Ако супружници постигну такав споразум, имовина заједнице наставља се с потомцима супружника који су наследници у случају законског наслеђивања. Ако поред потомака супружника постоје и други потомци, њихова наследна права и њихови делови наслеђа одређују се као да нема настављене имовинске заједнице.⁵⁷⁹

Укупна имовина настављене заједнице имовине састоји се од брачне имовине (у мери у којој не припада потомцима чија се наследна права и делови наслеђа одређују као да нема

⁵⁷⁴ *Ibid.*, пар. 1475.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, пар. 1476.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, пар. 1477.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, пар. 1478.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, пар. 1482.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, пар. 1483.

Преживели супружник може и одбити наставак имовинске заједнице. Ако супружник одбије наставак имовинске заједнице, удео преминулог супружника у брачној имовини улази у његову имовину, и покреће се поступак наслеђивања према општим законским одредбама. Пар. 1484. BGB.

сталне имовинске заједнице) и имовине коју надживели супружник стекне из оставине умрлог супружника или након настанка настављене заједнице имовине. Имовина коју потомци супружника поседују у време настанка настављене заједнице имовине или коју касније стекну, није део настављене брачне имовине.⁵⁸⁰ Оно што је раније било резервисана или посебна имовина супружника то и даље наставља да буде, али статус резервисане и посебне имовине добија и оно што током трајања овог настављеног имовинског режима буде стечено на начин да улази у посебну или резервисану имовину.⁵⁸¹ Надживели супружник има правни положај супружника који сам управља брачном имовином, а потомци који имају право на удео имају правни положај другог супружника. Оно што надживели супружник дугује брачној имовини или може потраживати од брачне имовине надокнађује се тек након престанка настављене имовинске заједнице.⁵⁸² Надживели супружник лично је одговоран за брачне имовинске обавезе настављене заједнице добара. Ако потомак који има право на удео умре, његов удео у брачној имовини није део његове имовине, већ, уколико има потомке који би имали право на удео да он није доживео смрт умрлог супружника, потомци заузимају његово место. Ако нема таквих потомака, његов део у заједници имовине се приписује осталим потомцима који имају право на удео, а ако таквих потомака нема, надживелом супружнику.⁵⁸³

Потомак који има право на удео може се одрећи свог дела брачне имовине изјавом суду који је надлежан за имовину умрлог супружника. Суд треба да обавести надживелог супружника и остале потомке који имају право на удео о одрицању. Одрицање се може извршити и уговором са надживелим супружником и осталим потомцима који имају право на удео. Уговор мора бити оверен од стране нотара. Одрицање има исте ефекте као да је особа која се одрекла умрла без потомака у време одрицања.⁵⁸⁴

Развргнуће настављене заједнице имовине може се вршити: изјавом пред судом надживелог супружника, закључењем новог брака надживелог супружника, смрћу надживелог супружника, као и захтевом за развргнуће оног потомака који има право на удео.

Надживели супружник је овлашћен да у било које време оконча заједницу имовине. Развргнуће заједнице се врши изјавом суду који је надлежан за имовину умрлог супружника. Изјава мора бити дата у нотарско овереном облику. Оставински суд треба да обавести потомке који имају право на удео, а ако је надживели супружник законски заступник једног од потомака, породични суд.⁵⁸⁵

Настављена имовинска заједница престаје када надживели супружник поновно закључи брак. Надживели супружник мора, ако је потомак који има право на удео малолетан, да обавести породични суд о својој намери да се поново венча, да поднесе списак брачне имовине, да развргне заједницу имовине и да изврши поделу. Породични суд може да одлучи да се заједница имовине не прекида до закључења брака, и да се подела не изврши до каснијег датума. Наведено

⁵⁸⁰ Пар. 1485. BGB.

⁵⁸¹ *Ibid.*, пар. 1486.

⁵⁸² *Ibid.*, пар. 1487.

⁵⁸³ *Ibid.*, пар. 1490.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, пар. 1491.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, пар. 1492.

се односи и на случајеве када се о имовини малолетног потомка стара старатељ, у том случају уместо породичног суда поступа старатељски суд.⁵⁸⁶

Настављена заједница имовина окончава се и смрћу надживелог супружника.

Ако је преживели супружник проглашен мртвим или је датум његове смрти утврђен одредбама Закона о несталим особама (*Verschollenheitsgesetz*), настављена заједница имовине престаје у време које се сматра временом смрти.⁵⁸⁷

Потомак који има право на удео може да покрене законски поступак против надживелог супружника у циљу раскида настављене заједнице имовине: ако његова будућа права могу бити битно угрожена чињеницом да други супружник није у стању да управља брачном имовином или злоупотребљава своје право на управљање брачном имовином; ако је надживели супружник прекршио своју дужност да одобри издржавање потомку и ако постоји опасност од будућег угрожавања издржавања; ако управљање брачном имовином потпада под подручје одговорности старатеља надживелог супружника и ако је надживели супружник лишен старатељства над потомком, или, да је имао право на то, било би му одузето.⁵⁸⁸

Развргнуће настављене заједнице имовине ступа на снагу када судска одлука постане правоснажна и извршна. Она ступа на снагу за све потомке, чак и ако је судска одлука донесена као одговор на захтев једног од потомака.⁵⁸⁹

Након престанка настављене (континуиране) имовинске заједнице, надживели супружник и потомци деле брачну имовину.⁵⁹⁰ Поступак деобе се спроводи на исти начин као што би се то чинило да се спроводи између супружника, с тим да се на место супружника који је сам управљао брачном имовином ставља надживели супружник, а положај другог супружника заузимају потомци који имају право на удео.⁵⁹¹

Приликом деобе надживели супружник сноси следеће обавезе: брачне имовинске обавезе за које је био одговоран на почетку настављене заједнице имовине за коју брачна имовина није била одговорна или за коју је он био одговоран међу супружницима, брачне имовинске обавезе које настану након почетка настављене имовинске заједнице које би, да су настале као његови лични трошкови током трајања заједнице имовине, пале на њега, предујам који је обећао или доделио потомку који има право на удео у износу већем од износа који одговара брачној имовини или који је обећао или доделио потомку који нема право на удео.⁵⁹² Потомци покојног супружника који имају право на удео морају дозволити да се од њих надокнади све што је покојни супружник био дужан заједници имовине.⁵⁹³

Ако је потомку који има право на удео одобрен паушални износ од брачне имовине због одрицања од свог удела, током деобе исплата се укључује у заједницу имовине и обрачунава се

⁵⁸⁶ *Ibid.*, пар. 1493.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, пар. 1494.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, пар. 1495.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, пар. 1496.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, пар. 1497.

⁵⁹¹ *Ibid.*, пар. 1498.

⁵⁹² *Ibid.*, пар. 1499.

⁵⁹³ *Ibid.*, пар. 1500.

од половине потомака. Надживели супружник може, чак и пре престанка континуиране имовинске заједнице, да закључи споразум, којим ће на другачији начин регулисати ово питање, са осталим потомцима који имају право на удео. Споразум мора бити нотарски евидентиран. Овакав споразум производи правна дејства и у односу на потомке који тек касније уђу у настављену заједницу имовине.⁵⁹⁴

Надживели супружник има право да преузме брачну имовину или поједине предмете који су њен део у замену за надокнаду вредности. Право не прелази на његовог наследника.⁵⁹⁵

Сам закон уређује још нека питања везана за наслеђивање наследника преминулог супружника, као и питања везана за тестаментарна располагања делом у заједници имовине. Међутим, ми смо сматрали да је за приближавање овог модела, довољан обрађени део BGB-а.

И швајцарски правни систем познаје режим заједнице имовине као супсидијерни уговорни имовински режим (поред режима одвојености имовина). Његова специфичност се огледа у његовом саставу. Заједница имовина обухвата заједничку имовину и посебну имовину сваког супружника.⁵⁹⁶ Унутар заједнице имовине швајцарско право разликује универзалну заједницу имовине, ограничену заједницу имовине и остале облике такве имовинске заједнице.

Универзална заједница имовине (*Allgemeine Gutergemeinschaft*) обухвата имовину и приносе супружника заједничкој имовини, изузимајући ону имовину која се по сили закона сматра посебном. Заједничка имовина неподељено припада супружницима, и ни један од њих не може располагати својим уделом у њој.

Ограничена заједница имовине (*Beschränkte Gutergemeinschaft*) постоји онда када се брачним уговором заједница имовина супружника ограничи на стечену имовину, с тим да приходи од посебне имовине улазе у састав брачне имовине.⁵⁹⁷ Уговарањем оваквог имовинског режима супружници суштински уговарају законски режим. Овакво поступање је могуће онда када је постојао ранији другачији уговорени имовински режим.

У оквиру треће подврсте овог режима – други облици заједнице (*Andere Gutergemeinschaft*) супружници се могу споразумети да искључе одређене делове имовине из заједнице.⁵⁹⁸ То могу бити непокретности, њихова зарада, и др. Приходи од издвојене имовине, у случају одсуства изричитог договора поводом њиховог другачијег третмана, улазе у састав заједнице имовине.

Општа имовинска заједница обједињује имовину и приходе супружника у заједничку имовину, с изузетком имовине која по закону представља посебну имовину. Заједничка имовина припада заједнички супружницима. Ни један супружник нема право да располаже својим делом заједничке имовине.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ *Ibid.*, пар. 1501.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, пар. 1502.

⁵⁹⁶ Чл. 221 ZGB.

⁵⁹⁷ Заједница стечене имовине је регулисана чланом 197. ZGB - Брачни имовински режим учешћа у стеченој имовини обухвата имовину стечену током брака и индивидуално власништво сваког супружника.

⁵⁹⁸ Чл. 224. ZGB.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, чл. 222.

Брачним уговором супружници могу ограничити имовину заједнице на имовину стечену током брака, с тим да и приход од посебне имовине улази у заједничку имовину.⁶⁰⁰ Уговором они могу искључити из заједнице имовине специфичну имовину или врсту имовине, као што су земљиште, приход супружника од посла или имовина која се користи за бављење професијом или вођење посла. Ако није другачије договорено, приход од такве имовине не постаје заједничка имовина.⁶⁰¹

Постоје три начин да одређена имовина добије статус посебне имовине: брачним уговором, располагањима трећих лица или законом. Према закону, предмети за искључиву личну употребу супружника, ако и захтеви за сатисфакцију представљају посебну имовину.⁶⁰²

Законска је претпоставка да је сва имовина заједничка имовина, осим ако се докаже да је посебна имовина једног од супружника.⁶⁰³

Обавеза је супружника да управљају заједничком имовином у најбољем интересу брачне заједнице. У границама свакодневног одржавања домаћинства сваки супружник може преузети обавезе у име брачне заједнице и располагати заједничком имовином.⁶⁰⁴ Изван граница свакодневног управљања, супружници могу преузети обавезе у име заједничке имовине и располагати њом само заједнички или појединачно уз пристанак другог. Трећа страна има право да претпостави такву сагласност под условом да не зна или се не може очекивати да зна да она изостаје.⁶⁰⁵

Посебан третман се предвиђа за супружника који обавља самосталну делатност користећи се заједничком имовином уз сагласност другог супружника. Он може обавити све трансакције које такве активности укључују.⁶⁰⁶ Без сагласности другог супружника, супружник нема право да се одрекне наследства које би постало заједничка имовина или да прихвати наследство презадужене имовине. Ако супружник не може да добије пристанак или ако му се он ускрати без ваљаног разлога, он или она могу да поднесу захтев суду.⁶⁰⁷

У вези са пословима који се тичу заједничке имовине, након развргнућа брачног имовинског режима, сваки супружник је одговоран. Трошкови управљања иду на рачун заједничке имовине.⁶⁰⁸

Сваки супружник управља и располаже својом посебном имовином у границама закона.⁶⁰⁹ Он је одговоран својом посебном имовином и својим уделом у заједничкој имовини: за дугове настале у вршењу својих овлашћења за заступање брачне имовине или у управљању заједничком имовином, за дугове настале у обављању професије или бизниса, под условом да се за то користи заједничка имовина или приход од тих послова постане заједничка имовина, за

⁶⁰⁰ *Ibid.*, чл. 223.

⁶⁰¹ *Ibid.*, чл. 224.

⁶⁰² *Ibid.*, чл. 225. Законско право наслеђивања супружника не може прећи на њега или њу од његових рођака као посебна имовина, ако брачни уговор предвиђа да таква имовина буде заједничка имовина.

⁶⁰³ *Ibid.*, чл. 225.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, чл. 227.

⁶⁰⁵ *Ibid.*, чл. 228.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, чл. 229.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, чл. 230.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, чл. 231.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, чл. 232.

дугове за које је и други супружник такође лично одговоран, за дугове у вези са којима су се супружници договорили са трећим лицима да ће одговорати њиховом заједничком имовином, као и посебном имовином дужника.⁶¹⁰ За све остале дугове супружник је одговоран само у висини своје посебне имовине и половине вредности заједничке имовине.⁶¹¹ Режим брачне имовине не утиче на доспеће дугова уговорених између супружника. Међутим, ако би плаћање дугова или повраћај предмета које дугује један супружник другом проузроковало озбиљне потешкоће које би могле угрозити брачну заједницу, такав супружник може затражити да му се одобри временски рок у коме треба да задовољи захтев; захтев треба обезбедити правним средствима обезбеђења тамо где је то разумно у датим околностима.⁶¹²

До укидања режима брачне имовине долази приликом смрти супружника, примене другачијег имовинског режима или када један од супружника банкротира. У случају развода, раздвајања, поништења брака или судског налога за поделу имовине, укидање режима брачне имовине има ретроактивно дејство од дана подношења захтева.⁶¹³

У сврху вредновања заједничке имовине која се налази у тренутку престанка брачног имовинског режима, кључно је време поделе.⁶¹⁴ Ако је имовински режим заједнице престао смрћу супружника или оптирањем за другачији режим брачне својине, свака страна или њени наследници имају право на половину заједничке имовине.⁶¹⁵ Након развода, раздвајања, поништења брака или одвајања имовине по закону или судском налогу, сваки супружник треба да узме назад из заједничке имовине ту имовину која би улазила у његову или њену посебну имовину у случају учествовања у систему стечене имовине (одложене заједничке имовине). Преостала заједничка имовина дели се на једнаке делове између супружника.⁶¹⁶ Са друге стране уколико је заједница имовина престала смрћу супружника, надживели супружник може затражити да се имовина која би била његова посебна имовина у оквиру учешћа у режиму стечене имовине додели њему или њој и рачуна са њим удео у имовинској заједници.⁶¹⁷ За надживелог супружника се предвиђа још једна погодност у виду права да му се дом у ком су супружници живели додели у власништво и да се рачуна у његов удео у имовинској заједници. Ако би се у конкретном случају показало оправдано, на захтев надживелог супружника или наследника преминулог супружника, уместо власништва могло би се доделити плодоуживање на имовини. Овакви захтеви су могући и у случајевима када имовина заједнице није развргнута смрћу једног од супружника, под условом да се докаже превладавајући интерес за такво поступање.⁶¹⁸ Ако супружник покаже превлађујући интерес, он или она могу тражити да им се додели и друга имовина и да им се урачуна у њихов удео.⁶¹⁹

Решење француског законодавства је још један од примера режима заједнице добара. Брачни режим у Француској је по Грађанском законнику режим заједничке својине над брачним

⁶¹⁰ *Ibid.*, чл. 233.

⁶¹¹ *Ibid.*, чл. 234.

⁶¹² *Ibid.*, чл. 235.

⁶¹³ *Ibid.*, чл. 236.

⁶¹⁴ *Ibid.*, чл. 240.

⁶¹⁵ Брачним споразумом може се договорити другачији начин поделе. Такви споразуми не смеју да негативно утичу на законом прописана права наслеђивања по питању супружника, *Ibid.*, чл. 241.

⁶¹⁶ *Ibid.*, чл. 242.

⁶¹⁷ *Ibid.*, чл. 243.

⁶¹⁸ *Ibid.*, чл. 244.

⁶¹⁹ *Ibid.*, чл. 245.

имовином.⁶²⁰ Закључењем брачног уговора супружници могу мењати овај режим, с тим да остају субјекти основног режима који садржи одредбе о финансијском учешћу у трошковима домаћинства, одгајању деце и породичном дому.⁶²¹

Code Civil предвиђа неколико типова брачних уговорних имовинских режима с тим да супружници могу уговорити и свој сопствени режим. Супружници брачним споразумом могу предвидети да њихова имовина буде одвојена. У том случају сваки супружник је самостални титулар имовине и њоме самостално управља, без обзира на то да ли је имовина стечена пре или током брака. Поред тога, брачни споразум може садржати одредбе о неједнакој расподели имовине у случају развода брака, или погодбу о последицама изазваним смрћу једног од супружника која предвиђа да имовина која постоји у тренутку смрти не укључује резервисана добра, односно да се тим делом не може слободно располагати. Супружници могу уговорити и режим учествовања у тековини. Овај систем је инспирисан немачким правом. Састоји се од могућности за сваког супружника да слободно стиче имовину и да њом располаже током трајања брака, с тим да се по престанку брака сваки нето добитак или повећање вредности дели на једнаке делове између супружника. Напослетку, супружници могу сачињавати и споразуме о управљању имовином.⁶²²

Супружници могу у свом брачном уговору изменити законски имовински режим тако што би предвидели: да се правила режима заједничког управљања неће примењивати, да ће један од супружника моћи вршити избор одеђеног дела из заједничке имовине у случају развода, да ће имовинска заједница обухватати покретне ствари и приходе од тих ствари, да ће бити дерогирана правила која се односе на управљање имовином, да ће један од супружника имати право да присвоји одређену имовину под условом одштете, да ће супружници имати неједнаке уделе, као и да ће установити режим опште (универзалне) заједнице добара који обухвата сва садашња и будућа добра. Законска правила имовинског режима остају примењива на сва питања која нису посебно уређена споразумом страна.⁶²³

Као што је у члану 1497. СС наведено супружници могу својим брачним уговором успоставити и универзалну заједницу своје имовине, покретне и непокретне, садашње и будуће. Имовина коју супружник поседује пре брака, остаје његова посебна имовина. Сва имовинска добра која буду стечена реалном суброгацијом, инвестирањем и реинвестирањем, саставни су део посебне имовине.⁶²⁴ Као и што је то случај и код нас, посебну имовину сачињавају и добра прибављена на бестеретни начин, наслеђивањем или уговором о поклону, осим ако је поклон учињен супружницима као заједнички поклон или је поклонодавац одредио да поклон уђе у заједничку имовину супружника.⁶²⁵

⁶²⁰ Чл. 1400. СС.

Брачни имовински режим који познаје француско право је режим заједнице имовина *par exelance*. У случају незакључења брачног уговора на имовинске односе супружника примењују се комбиновано правила режима посебне и режима заједнице стечене имовине. Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 83.

⁶²¹ Г. Ковачек-Станић. *Породично право: партнерско деце и старатељско право*, Нови Сад, 2014, 139.

Заједничка брачна имовина обухвата заједничку тековину, тако да се само имовина стечена у браку, осим имовине стечене поклоном или наслеђем, сматра заједничком имовином. *Ibid.*

⁶²² *Ibid.*

⁶²³ Чл. 1497. СС.

⁶²⁴ *Ibid.*, чл. 1406.

⁶²⁵ *Ibid.*, чл. 1405.

Режим универзалне (опште) заједнице имовине обухвата све покретне и непокретне ствари супружника, како оне које су им биле у власништву пре закључења брака тако и оне које ће након тога стећи.⁶²⁶ Личне ствари (нпр. одећа, ствари за личну употребу, потраживања накнаде нематеријалне штете личне службености, непреносиви захтеви, и др.) и даље остају у посебној имовини супружника. Заједницом имовине супружници одговарају за све своје постојеће и будуће обавезе.⁶²⁷

Мајсторовић истиче две у пракси врло често примењиване одредбе брачних уговора, када се уговара заједница имовина као имовински режим. На првом месту је *clause de reprise en nature* и *clause d'attribution de la totalite de la communaute au conjoint survivant*.⁶²⁸ Прва клаузула омогућава сваком супружнику да узме у натури назад имовину коју је унео у брак у оним случајевима када брак престане по неком другом правном основу а не смрћу супружника. Другом клаузулом се одређује да након смрти једног супружника целокупна заједничка имовина остаје другом супружнику. Правне последице примене *clause d'attribution de la totalite de la communaute au conjoint survivant* не смеју имати последице на правни положај других наследника.⁶²⁹

У датом прегледу законодавстава (немачког, швајцарског и француског) приказали смо режим заједнице добара. Немачко решење је најдетаљније и најсвеобухватније, швајцарско је општије, а француско још сажетије. Свако од наведених решења слика законодавство у ком је регулисано, од немачког које ништа не препушта случају, до француског чија сажетост и општост је разлог вековног трајања. Ми смо описали сва три система да бисмо што више приближили имовински режим који је у нашем правном систему још увек непознаница, као и више начина на које он може бити регулисан. Из увида у сва три законодавства закључили смо да би у нашем правном систему била потребна детаљнија регулација у односу и на француску и на швајцарску, али ипак унеколико мање детаљна у односу на немачко решење. Преузимањем у целости немачког, изузетно прецизног и детаљног решења, не би било у складу са нашим правним системом који не одликује толико детаљна регулација правних питања. Али с обзиром да овај имовински режим наше право сада не познаје те да би његово увођење представљало новину, било би потребно регулисати га детаљније у односу на тренутни предлог дат у Преднацрту Грађанског законика Србије.

⁶²⁶ *Ibid.*, чл. 1526.

⁶²⁷ I. Мајсторовић, *Bračni ugovor- novina hrvatskog obiteljskog prava-*, Zagreb, 2005, 107.

⁶²⁸ *Ibid.*

⁶²⁹ F. Ferrand, „Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen in Französischen Recht“, *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 98, наведено према: I. Мајсторовић, *Bračni ugovor- novina hrvatskog obiteljskog prava-*, Zagreb, 2005, 107.

8. ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕРИ И УГОВОРНО УРЕЂЕЊЕ МЕЂУСОБНИХ ИМОВИНСКИХ ОДНОСА

Иако вековима оспоравано,⁶³⁰ данас је ванбрачно партнерство правна извесност и облик животне заједнице који је све заступљенији.⁶³¹ Како је овај облик животног заједништва и правно прихваћен код нас, и начелно у правним ефектима изједначен са браком, ми ћемо га у овом делу рада укратко обрадити. У анализи ћемо дати кратак преглед самог појма и конститутивних елемената, да бисмо у другом делу анализирали однос ванбрачног партнерства са брачним уговором.

⁶³⁰Традиционално породично право није гледало на ванбрачне партнере као на чланове породице, те није признавало никаква права која би произилазила из таквог односа. Неки правни системи су признавали *common law* бракове. *Common law* бракови су представљали заједнице лица која су се, поред тога што су живела заједно, понашали као супружници, које су други сматрали супружницима и који су имали права и обавезе идентичне лицима која су у браку. У признавању *common law* бракова не можемо видети прихватање ванбрачних партнерстава јер се овде захтев за признавањем ефеката закљученог брака није заустављало у захтеву кохабитације. Кохабитација није била довољна да би се између лица у емотивном односу формирала и признала права као што их уживају супружници. M. Garrison, „Cohabitation Obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011, 116. О *common law* браку види више у: G. Lind, *Common Law Marriage A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford University Press, 2008.

⁶³¹ У већини земаља је у последње време заступљен тренд наглог пораста броја ванбрачних заједница и не постоје показатељи који указују на могућност његовог пада. Док се стопа закључених бракова смањује, а закључење брака се одлаже за неке касније године живота, од 1970- их година у Уједињеном Краљевству долази до драматичног повећања броја ванбрачних парова и очекује се да ће овај тренд наставити да расте. Попис из 2001. године забележио је преко два милиона ванбрачних парова у Енглеској и Велсу, што је за 67% више у односу на податке из 1991. године. Law Commission for England and Wales, „Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown“, Law Com No 307, July 2007, p. 3. Детаљније: R. J. Probert, A Review of "Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown," Law Com. No. 307 (HMSO 2007), Family Law Quarterly, Vol. 41, No. 3 (Fall 2007), 521-536.

Британски социолог *Kiernan* сматра да су сиромаштво, социјално условљена немогућност развода већ прекинутог брака, неповерење у институцију брака после развода, идеолошки разлози и особена поткултурна оријентација, као и социјална маргинализованост и отуђеност, нарочито заступљени у великим урбаним центрима и изолованим руралним областима, били доминантни разлози који су условили формирање ванбрачних заједница. K. Kiernan, „Cohabitation in Western Europe: Trends, Issues, and Implications,“ *Just Living Together: Implications of Cohabitation for Children, Families, and Social Policy*, Pennsylvania State University, eds. Alan Booth & Ann C. Crouter, published by Lawrence Erlbaum Associates Inc. , Mahwah, NJ, USA 2002, 3. Наведено према: З. Деврња, „Ванбрачне заједнице-канонскоправна перспектива“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2014, 206.

Неке нације су сачувале традиционални приступ који забрањује све олакшице засноване на статусу, чак и ако се заснивају на изричитом договору кохабитаната. Друге су усвојиле уговорни приступ путем ког ванбрачни партнери могу закључивати уговор којим уговарају међусобна права и обавезе. Неке, као што је то Француска, су установиле регистарциони образац у коме кохабитанти могу одабрати да уђу у статус који обухвата нека ако не сва брачна права и обавезе. На крају неке земље као што је то Канада и Нови Зеланд су успоставиле одређене режиме који ванбрачним партнерима дају нека или сва брачна права и одговорности на основу опсежног чињеничног испитивања или на законски одређене променљиве, као што је време трајања заједничког живота. M. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, 119.

8. 1. Појам ванбрачног партнерства⁶³²

Савремена законодавства⁶³³ познају два главна погледа на ванбрачну заједницу: уговорни и статусни.⁶³⁴ Већина савремених права прихвата уговорни концепт ванбрачне заједнице.

⁶³² За означавање ванбрачне заједнице користи се различита терминологија. Она је у нашем праву прилично уједначена. Раније је за ову заједницу коришћен и назив *конкубинат*, али она се данас означавање јединственим термином *ванбрачна заједница*. Конкубинат се дефинисао као веза, заједничко живљење мушкарца и жене без венчања; дивљи незаконити брак. *Речник српскохрватског књижевног и народног језика*, Институт за српскохрватски језик, Београд, 1978, књига 10, 131.

Интересантна је класификација коју је начинио Босанац поделивши све ванбрачне заједнице на: летимичне полне везе без тенденције да буду продужене; привремене ванбрачне заједнице које трају одређено време завршавајући се закључењем брака или раскидом и на конкубинате. За конкубинат каже да представља уобичајени назив за трајну ванбрачну заједницу мушкарца и жене који немају намеру да формално склопе брак. М. Босанац, *Ванбрачна породица*, Просвјета, Загреб, 1976, 48.

У француској литератури се могу срести три различита термина за означавање појма ванбрачне заједнице: конкубинат (*le concubinage*), слободна заједница (*l'union libre*) или невенчани пар (*le couple non-marie*). У енглеској литератури срећемо назив *unmarried/ non-married cohabitation*, а у немачкој *nichtebeliche Lebensgemeinschaft*. М. Драшкић, *Ванбрачна заједница: грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака*, Научна књига, Београд, 1988, 20.

⁶³³ Схватања о ванбрачној заједници прошла су дуг развојни пут, од потпуног игнорисања ванбрачне заједнице (нпр. Француски грађански законик није познавао никакву другу животну заједницу мушкарца и жене осим легитимног брака), преко толеранције према овој заједници (Енглеска), до афирмативног приступа ванбрачној заједници (Сједињене Америчке државе). *Ibid.*, 19-21, 61, 88.

Ванбрачна заједница је први пут законски изједначена са браком руским Законом о браку, породици и старатељству из 1927. године. Овим законом дозвољен је неформални брак, који је био изједначен са формалним браком. Услед ситуација у којима је једно лице закључивало више ванбрачних заједница овакво законско решење је укинато 1944. године.

Грађанскоправне прописе предратне Југославије карактерише потпуно игнорисање постојања ванбрачне заједнице. Однос према ванбрачном партнерству није се значајније променио ни током народноослободилачког рата. Послератно законодавство није ни спомињало ванбрачну заједницу. Основни закон о браку из 1946. не признаје ванбрачну заједницу, нити било каква права лицима која се налазе у њој. Међутим изменама Основног закона о браку 1965. године, у циљу усклађивања са начелима Устава из 1963. године који је навео да се *породица налази под заштитом друштва*, изостављена је одредба ОЗБ која је наводила да се *брак као основ породице налази под заштитом државе*. Оваквом изменом остављен је простор да и ванбрачна заједница добије законско признање. Животна пракса, чињеница постојања ванбрачних заједница, рађала је све већи број имовинскоправних спорова насталих престанком таквих заједница. Услед великог броја неуједначених пресуда нижих судова Савезни врховни суд је реаговао доношењем Упутства о правним последицама раскида ванбрачних заједница. У овом Упутству суд истиче да је противправно склапање оваквих заједница, али да није правилно гледиште према коме се имовинским захтевима који потичу из ванбрачне заједнице, само због тога што потичу из такве заједнице, ускраћује судска заштита. На основу тога Савезни врховни суд је предложио примену општих правила имовинског права у циљу заштите слабијег партнера у ванбрачној заједници. Иако Упутство није имало обавезујућу правну снагу према нижим судовима, несумњиво је да је оно одиграло велику улогу у даљем развоју погледа на ванбрачну заједницу. *Ibid.*, 117-122.

⁶³⁴ Како се ванбрачна заједница у последње време од друштвене маргине померила ка друштвеном центру, законодавства већине земаља су променила свој поглед на ову врсту животне заједнице. Један број земаља је задржао традиционални приступ који забрањује све статусне олакшице оваквим заједницама, чак и када су оне засноване на изричитом споразуму између страна. Друге, међу којима се истичу Сједињене Америчке државе, усвојиле су уговорни режим по коме ванбрачни партнери могу закључивати споразуме којима ће установљавати узајамна права и обавезе. На другом крају се налазе земље међу којима је типичан пример Француска које су установиле регистарционе шеме по којима ванбрачни партнери могу изабрати да уђу у статус који ванбрачним партнерима додељује одређена, али не сва, права и дужности које поседују супружници. У трећу скупину земаља улазе Канада и Нови Зеланд, које су установиле режиме који установљавају ванбрачним партнерима, нека ако не све права и обавезе које припадају супружницима, заснована на широко постављеном фактичком кругу или на законски спецификованим захтевима као што су трајање ванбрачне заједнице. М. Garrison, „Cohabitation obligations:

Уговорни концепт значи да су ванбрачни партнери начелно слободни да закључују све врсте уговора, па и оне којима се проширују правила брачног имовинског режима на ванбрачну заједницу.⁶³⁵ У мањем броју земаља прихвата се статусни концепт ванбрачне заједнице. Статусни концепт значи да је законски ванбрачна заједница у правним ефектима изједначена са браком. Од земље до земље се разликује обухватност овог концепта.⁶³⁶

Према једној од традиционалних дефиниција ванбрачна заједница јесте заједница живота два лица различитог пола, која се закључује неформално и на исти начин престаје.⁶³⁷

Устав Републике Србије прописује да се ванбрачна заједница изједначава са браком, у складу са законом.⁶³⁸

Породични закон РС дефинише ванбрачну заједницу као трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи.⁶³⁹ Под условима предвиђеним Породичним законом, ванбрачни партнери имају права и дужности супружника.⁶⁴⁰

Услови за законско препознавање одређене заједнице као ванбрачне су: постојање заједнице живота, трајање заједнице живота и непостојање брачних сметњи.

А) Заједница живота

Cotract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, p. 119.

⁶³⁵ Тако у Белгији, Данској, Енглеској, Немачкој, Француској, Италији, Грчкој, и др. У француском праву ванбрачна заједница сама по себи не производи никакве ефекте на имовинска права ванбрачних партнера. Да би ванбрачни партнери стекли већину права и обавеза која имају супружници они могу пред судом закључити *споразум о солидарности у циљу заједничког живота*. Међутим, у судској пракси заштита имовинских интереса ванбрачних партнера, у случају да нису закључили споразум, остварује се на основу неких других института грађанског права (правно неосновано обогаћење, накнада штете, и др.). М. Драшкић, *Породично право и права детета*, 2015, 404.

⁶³⁶ Тако је у Словенији, Хрватској, Републици Српској, Македонији, САД и др. Најшире је прихваћен у словеначком праву где се на имовинске односе ванбрачних партнера у целисти примењују правила брачног имовинског права. *Ibid.*, 404-405.

⁶³⁷ Г. Ковачек- Станић, *Породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2014, 164.

⁶³⁸ Члан 62. ст. 5. Устава РС.

⁶³⁹ Суџум описује ванбрачну заједницу као заједницу живота, емоционалну и моралну заједницу мушкарца и жене између којих постоји узајамна наклоност, материјално и морално помагање и да она према понашању партнера личи на брачну заједницу. Р. Суџум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 250.

Римокатоличка црква дефинише конкубинат као обичну телесну везу две особе које нису везане законским браком. *Enciclopedia del diritti*, Roma, 1961, књига 8, 695, наведено према: М. Драшкић, *Ванбрачна заједница: грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака*, Београд, 1988, 9.

⁶⁴⁰ Чл. 4. ПЗ.

Интересантна формулација ванбрачне заједнице садржана је у Породичном закону Републике Српске. У члану 12. наводи се да је „Заједница живота жене и мушкарца која **није правно уређена** (истакла ауторка) на начин прописан овим законом (ванбрачна заједница) изједначена је са брачном заједницом у погледу права на међусобно издржавање и других имовинско-правних односа, под условима и на начин прописан овим законом.“ Синтагма „није правно уређена“ свакако да је погрешна и да је последица омашке законодавца. С обзиром да законодавац одређује ванбрачну заједницу не може се рећи да она није правно регулисана у праву Републике Српске. Помињањем правне нерегулисаности законодавац је највероватније желео истаћи да ванбрачној заједници недостаје форма брака, а да је у свему изједначено. Тако и С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 145.

Кључна чињеница која одређену заједницу уподобљава ванбрачној јесте заједница живота. Како ванбрачно партнерство не подразумева било какву регистрацију, вођење заједничког живота је од највећег значаја за доказивање постојања ванбрачне заједнице и представља једини начин да се докаже њено постојање.⁶⁴¹ Под заједницом живота ванбрачних партнера подразумева се свеукупна релација у области емотивних, сексуалних, прокреативних, културних, интелектуалних, економских и других потреба жене и мушкарца.⁶⁴²

Б) Трајање заједнице живота⁶⁴³

Наш правни систем, као и већина правних система, избегава да дефинише дужину трајања заједнице живота која је потребна да би се она могла законски сматрати ванбрачном заједницом.

Породични закон Србије одређује да ванбрачна заједница треба да буде трајнија.⁶⁴⁴ „Трајнија заједница живота“ јесте правни стандард. Опредељивање овог стандарда треба да учини судска пракса. Овакво законско решење изазива бројне проблеме у пракси, а пре свега њену неуједначеност.

Поједини правни теоретичари сматрају да дуготрајност ванбрачне заједнице не би требало да буде законска претпоставка за стицање права на заједничку имовину.⁶⁴⁵ Захтев

⁶⁴¹ Вођење заједничког живота је заједнички именитељ браку и ванбрачној заједници. Међутим, последице њеног изостанка су различите. Ако супружници не воде заједнички живот, они се и даље, макар формално, могу налазити у браку, док ако не би постојала заједница живота ванбрачних партнера не би могло бити речи о правном појму ванбрачне заједнице.

⁶⁴² *Ibid.*

Ранији ЗБПО Србије захтевао је један додатни услов који се састојао у обавезној кохабитацији ванбрачних партнера. Види: М. Драшкић, *Породично право*, Београд, 1998, 154.

У енглеском праву, у случају *Kimber v. Kimber* (2000) 1 FLR дате су чињенице на основу којих је могуће одредити постојање заједнице живота између ванбрачних партнера. Постојање заједнице живота одређује се према следећим чињеницама: заједничко становање, подела свакодневних обавеза, стабилан и очигледан однос, заједничко вођење финансија, редовно одржавање сексуалних односа, постојање детета из те заједнице, да су партнери одговорне особе са нормалним схватањима о заједничком животу. О. Јовић, „Брак или ванбрачна заједница-право избора“, *Зборник радова Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006, 191.

⁶⁴³ У породичним законима БиХ да би се за одређену заједницу сматрало да је ванбрачна, мора бити испуњен услов трајања те заједнице који износи у Федерацији БиХ и Брчко Дистрикту три године или краће, ако је у тој заједници рођено дете. Захтев у вези трајања заједнице живота ванбрачних партнера Повлакић и Мезетовић Међић сматрају потенцијално дискриминаторним и предлажу да се наведена одредба замени са одредбом која на изричит начин укида захтев у погледу временског трајања заједнице живота. Истичу да би воља и намера странака да живе заједно у ванбрачној заједници требала да превагне у односу на формални захтев временског трајања. М. Повлакић, С. Мезетовић Међић, «Уређење имовинских односа брачних и ванбрачних партнера на некретнинама и родна равноправност», *Зборник радова, шести међународни научни скуп, Дани породичног права «Имовинскоправни аспекти породичних односа»*, Мостар, 2018, 59.

⁶⁴⁴ Чл. 4, ст. 1, ПЗ.

У ранијем ЗБПОС ванбрачна заједница била је дефинисана као *трајна* што је указивало да је формирана да би трајала. Термин *трајна* указује да приликом њеног настанка није постојала идеја ограничавању њеног трајања.

⁶⁴⁵ Младеновић је сматрао да елемент трајности не би требало да буде услов за постојање ванбрачне заједнице. М. Младеновић, *Породично право у Југославији*, Београд, 1992, 215. Тако и М. Драшкић, *Ванбрачна заједница: грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака*, Научна књига, Београд, 1988, 170-172.

Garrison наводи да дуготрајнија ванбрачна заједница не узрокује употребу брачних норми, јер истраживања указују на то да дужи заједнички живот ванбрачних партнера не значи да они деле трошкове, односно да деле добра. У

пуноважности ванбрачне заједнице који је повезан са дужином трајања саме заједнице, поједини теоретичари сматрају излишним те као одлучујући моменат наводе утврђивање постојања намере партнера да створе трајнију заједницу живота.⁶⁴⁶

Судска пракса је заузела став да приликом дефинисања појма трајније заједнице није од суштинског значаја чињеница да је ванбрачна заједница дуготрајнија, већ је важније да партнери који живе у њој имају вољу и намеру да заснују заједницу живота чије трајање није привремено нити ограничено. Од суштинске важности је свест, односно воља ванбрачних партнера.⁶⁴⁷

Мишљења смо да је правилно схватање према коме се приликом одлучивања о постојању ванбрачне заједнице у обзир узима намера партнера за трајношћу заједнице, а не време проведено у њој. Намера нам се чини одсуднијим чиниоцем, јер је могуће замислити дуготрајну заједницу без идеје обавезивања и трајности, док ако би намера трајности постојала не би било правично гледати на њено фактичко трајање.

В) Непостојање брачних сметњи

Да би ванбрачна заједница производила правна дејства између лица која се налазе у тој заједници не сме бити брачних сметњи.⁶⁴⁸

Из формулације чл. 4. ст. 2 ПЗ произилази да је ванбрачна заједница, под условом испуњености законских услова, изједначена са брачном заједницом како у имовинској тако и у личноправној сфери.⁶⁴⁹ Међутим, простор за одступање од наведеног чини се тумачењем чл. 152, ст. 2 ПЗ који се односи на издржавање ванбрачних партнера, наводи да се на издржавање ванбрачних партнера *сходно* (истакла ауторка) примењују правила која се примењују на

једном истраживању спроведеном у САД утврђено је да ванбрачни партнери који су живели у ванбрачној заједници у периоду између 2 и 10 година нису били склонији да споје фондове од оних чије заједнице су трајале краће од две године. P. Blumstein & P. Schwartz, *American Coules, Wm. Morrow & Co.*, New York, 1993, at 95 fig. 8. Наведено према: M. Garrison, „Cohabitation obligations: Cotract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds.), 2011, 125.

Поред тога не постоје докази да су дуготрајније заједнице уједно и квалитетније и стабилније. Томе иде у прилог истраживање које је спроведено у једној Скандинавској студији. У тој студији се наводи да је вероватноћа задовољства везом већа у везама које су трајале краћи временски период. K. A. Wiik et al., „A Study of Commitment and Relationship Quality in Sweden and Norway“, *Journal of Marriage and Family*, 71, 2009, 472-473 tbl. 2.

⁶⁴⁶ *Ibid.*

⁶⁴⁷ Д. Ранђеловић, И. Шолаја, „Ванбрачне заједнице у прописима држава бивше СФРЈ“, *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука, 2019, 218.

⁶⁴⁸ Брачне сметње у ПЗ су: брачност, неспособност за расуђивање, сродство (крвно, адоптивно, тазбинско), старатељство, малолетство и мане воље. (чл. 17-25 ПЗ).

ЗБПОС је наводио следеће брачне сметње: брачност, душевне болести и неспособност за расуђивање, крвно сродство и грађанско сродство сродство настало потпуним усвојењем. М. Митић, „Закон о браку и породичним односима СР Хрватске и СР Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1982, 66.

⁶⁴⁹ Породични закон наводи неколико случајева у којима се у личноправној сфери изједначавају ванбрачни партнери са супружницима: у погледу оспоравања очинства у случају медицински потпомогнутог родитељства (чл. 58 ПЗ); код опште подобности усвојиоца (чл. 101); код насиља у породици (чл. 197 ПЗ), и др.

Нерегистарција ванбрачне заједнице доводи до тога да се на ванбрачне partnere не примењују правила која се односе на лично име, држављанство и пословну способност. О. Јовић, „Брак или ванбрачна заједница- право избора“, *Зборник радова Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006. 193.

издржавање супружника. Систематским тумачењем долазимо до закључка да се ванбрачна заједница изједначава са брачном, осим ако то изједначавање није могуће из оправданих разлога, „због природе ствари“. ⁶⁵⁰ Мишљења смо да је једно од одступања од опште норме нашег законодавца која говори о изједначавању ванбрачне и брачне заједнице брачни уговор. Али о томе више у наставку који следи.

8. 2. Ванбрачно партнерство и брачни уговор

У складу са начелом аутономије воље, у нашем позитивном праву, ванбрачни партнери су слободни да међусобно закључују све врсте уговора, чак и оне којима ће проширити правила брачног имовинског режима на ванбрачну заједницу.

Пуноважност правних послова ванбрачних партнера подвргнуто је општим правилима облигационог, стварног, наследног или друге одговарајуће гране права. ⁶⁵¹

Породични закон Републике Србије регулише имовинске односе ванбрачних партнера. Он то чини само у једном члану тиме што дефинише заједничку имовину ванбрачних партнера ⁶⁵² на исти начин као и заједничку имовину супружника као имовину коју су ванбрачни партнери стекли радом у току трајања заједнице живота у ванбрачној заједници. ⁶⁵³ Да би се и на односе ванбрачних партнера могао применити имовинскоправни режим који важи за

⁶⁵⁰ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2012, 148. Као неке од проблематичних момената Панов наводи: тешкоћу примене правила о немогућности трајања издржавања између супружника у периоду дужем од пет година након престанка брака; дилему о редоследу издржавања; проблематику утврђења посебне имовине; немогућност примене «брачне норме» на ванбрачну заједницу и у случају уписа у јавни регистар; *Ibid.* Панов сматра да ванбрачни партнери могу закључити брачни уговор. Ово схватање оправдава чињеницом да наш законодавац омогућава и будућим супружницима закључење брачног уговора, а да је ванбрачна заједница најчешће само припрема за брак. Овакво схватање нам јесте разумљиво под датим условима, међутим, како је све више оних ванбрачних заједница које немају тенденцију да се претворе у брачну, мишљења смо да ипак није добро решење да се брачним уговором уређују имовинска питања ванбрачних партнера.

⁶⁵¹ Овакав став је у складу са Препоруком Савета Европе о важности уговора између особа које живе заједно као ванбрачни партнери и њихових тестаменталних располагања, којом се државама чланицама препоручује да поштују све уговоре које закључују ванбрачни партнери у погледу своје имовине, како за време трајања ванбрачне заједнице тако и у случају њеног престанка, као и сва располагања која ванбрачни партнери чине једно другом путем тестаментa. Recommendation R (88)3E 07 March 1988 on the validity of contracts between persons living together as an unmarried couple and their testamentary dispositions, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Resolutions_recommendations_cm_en.asp.

⁶⁵² О заједничкој имовини ванбрачних партнера види код: Д. Новаковић, «Заједничка имовина ванбрачних партнера (неке специфичне карактеристике)», *Научно истраживачки пројекат «Начела добре владавине – начело правне сигурности и правне правичности»*, Косовска Митровица, 2016.

⁶⁵³ Чл. 191, ст. 1. ПЗ.

Шведска је дуго била једина нордијска земља са посебним законодавством о финансијским околностима за случај престанка заједничког живота ванбрачних партнера. Акт којим односи ванбрачних партнера посебно регулишу потиче из 1987. године и бави се заједничким пребивалиштем странака, као и кућним добрима стеченим за заједничко коришћење у периоду заједничког живота. Ако се однос прекине, нето вредност ове имовине дели се, без обзира на то која је страна власник. Касније су то учиниле и Норвешка и Финска. I. Lund-Andersen, A. Kronborg, „Marriage and Family Relations“, *Nordic Law in European Context*, Pia Letto-Vanamo Ditlev Tamm Bent Ole Gram Mortensen (ed.), Vol. 73, 105.

супружнике, ванбрачна заједница мора испунити одређене законске услове (постојање трајније заједнице живота жене и мушкарца између којих нема брачних сметњи). Када се испуне законске претпоставке за постојање ванбрачне заједнице, на имовинске односе ванбрачних партнера *сходно* се примењују одредбе ПЗ-а о имовинским односима супружника.

Говорећи о имовинским односима ванбрачних партнера законодавац употребљава реч „сходно“ да би указао на начин на који ће се примењивати одредбе закона којима се уређују имовински односи супружника. У погледу имовинских питања, изједначава брачну и ванбрачну заједницу, те сходно томе правни теоретичари закључују да је и ванбрачним партнерима, према ПЗ, дозвољено закључење брачног уговора.⁶⁵⁴ Разумљиво је овакво становиште с обзиром на правно изједначавање ванбрачне заједнице са браком, али ми ћемо у делу који следи размотрити да ли је изједначавање у погледу могућности закључења брачног уговора између ванбрачних партнера сврсисходно и да ли ће такво поступање погодовати како ванбрачним партнерима тако и трећим лицима.

У члану 191, ст. 2 ПЗ-а примењен је правни стандард „сходне примене“. Мишљења смо да је управо реч «сходно» у датој дефиницији она која омогућава и оставља простор да се одређени институти, који због особености ванбрачне заједнице не могу правилно да се примене на ванбрачно партнерство, се и не примене. Услед особености ванбрачне заједнице понекад је немогуће у потпуно непромењеном облику применити поједини правни институт, а да се при његовој примени не наруши сам циљ и природа ванбрачне заједнице. Речју «сходно» законодавац је оставио простор пракси да пронађе друге начине и друга средства којим ће се обезбедити законски пандан одређеном институту који служи задовољавању одређеног интереса или одређене потребе супружника, и на тај начин се дође до праве и животне равноправности брачне и ванбрачне заједнице, равноправности која узима у обзир специфичности и циљ који су лица која су ступала у ванбрачну заједницу желела постићи. Брачни уговор сматрамо једним од тих случајева.⁶⁵⁵ Услови за постојање и пуноважност брачног уговора говоре у прилог нашем становишту.

О особености брака у односу на ванбрачну заједницу говоре бројне студије. Наведена истраживања доносе неке изненађујуће закључке који су, слободно можемо рећи, супротни у односу на распрострањена схватања ванбрачне заједнице као и односа лица у њој (нпр. већа равноправност партнера у тим заједницама). Једна од студија оспорава оно на шта се заговорници ванбрачних заједница позивају а то је већа равноправност и слобода лица у заједници. Истраживање полазе од односа према новцу (тј. како га распоређују између себе)⁶⁵⁶ у

⁶⁵⁴ Чл. 191. ПЗ Марија Драшкић смисао ове одредбе тумачи на начин да је она усмерена на то да обухвати све имовинске односе ванбрачних партнера (нпр. правила о управљању и располагању заједничком имовином, правила о одговорности за дугове, али и на правила о уговорном имовинском режиму (подвукла ауторка), и др.). Више види: М. Драшкић, *Коментар Породичног закона: пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда, пракса редовних судова: према стању законодавства од 1. децембра 2015. године*, Службени гласник, Београд, 2016, 459.

⁶⁵⁵ У позитивном праву Републике Српске, на имовинске односе ванбрачних партнера (уз услов дужег трајања саме заједнице) могу се примењивати само оне одредбе брачног имовинског режима које се односе на заједничку имовину. С. Стјепановић у раду «Брачни уговор у праву Републике Српске», *Правни живот*, бр. 9/2004, стр. 962, истиче да то не значи да ванбрачни партнери не могу своје међусобне имовинске односе регулисати неким другим уговором.

⁶⁵⁶ Начин на који парови распоређују новац међу собом је од значаја не само због тога што то има озбиљне последице на распоред имовине и добара након завршетка односа (тако у: R. Tennant, J. Taylor and J. Lewis, *Separating from Cohabitation: Making Arrangements from Finances and Parenting*, Department of Constitutional Affairs,

овим разноврсним односима и кроз однос ка финансијама приказују различитост и сличности ових односа наводећи на закључак о немогућност њиховог изједначавања (како животног тако ни правног).⁶⁵⁷

У истраживању спроведеном у изради чланка С. Vogler, С. Lyonette and R. D. Wiggins, „Money power and spending decisions in intimate relationships“, *The Sociological Review*, главни закључак је био да је без обзира на независан приступ новцу жена, као и на смањење традиционалне искључиво мушке одговорности за издржавање породице као и појаву ванбрачних заједница које су засноване на идеалу једнакости, неједнакост у контроли над финансијама није нестала. Без обзира на реторику дељења и једнакости у интимним односима људи, појава новог система делимичног удруживања добара (*partial pooling system*) по свему судећи биће повезана са неједнакошћу у финансијском одлучивању баш као и традиционалнији начини управљања новцем, повезани са родним моделом мушког хранитеља, а та тенденција је била евидентна и у независном систему управљања. То је у складу са квалитативним студијама које показују да, како је одговорност мушкараца за издржавање породице пропала, заједно са одрживошћу захтева за моћи заснованим на њој, моћ се заснива на видљивости сваког зарађеног дохотка, за који се сматра да даје моћ власнику о томе како се може користити. У случајевима када су појединци доносили аутономне одлуке о потрошњи, и испитаници (и мушкарци и жене) били су мање задовољни породичним животом, као и животом уопште, него они који су доносили заједничке одлуке. Тренутно врло мало знамо о томе како *partial pooling system*, и заиста независни системи управљања, функционишу у пракси и много је квалитетније и квантитативније истраживање потребно урадити у вези са тим системима. Могуће је, међутим, да међу паровима који зарађују различите износе интимни односи могу личити на пословне односе, регулисане тржишним моделима размене, засноване на „капиталу“ (награде пропорционалне улагањима), а не равноправности, у којем лице које остварује веће приходе има већу контролу над новцем и већи приступ новцу за личну потрошњу и штедњу. У том смислу се у овом чланку предлаже да уместо да се подржи *Giddensov*-у (1992) тезу да се индивидуализовани односи могу замислити као високо егалитарни и радикално демократски 'чисти односи', који би могли имати велики револуционарни потенцијал у поткопавању родних неједнакости у друштву. Анализа у овом раду је више у складу са тезом *Beck-a* и *BeckGernsheim-a* (1995) о маркетизирању интимних односа, јер ови односи сада могу личити на пословне односе, у којима су награде пропорционалне. За разлику од *Beck-a* и *BeckGernsheim-a* (1995), у овом раду се сугерише да је ова последица мање резултат све веће „индивидуализације“ жена на тржишту рада, а више због тога што у класичном либералном дефинисању једнакости парови имају тенденцију да игноришу већ постојеће разлике у остваривању прихода и на тај начин омогућавају уплив тржишних снага у свој однос. Ови се потом могу комбиновати по принципу 50/50, јачајући традиционалне родне улоге, упркос опадању традиционалних дискурса мушкараца као хранитеља и све већи значај заједничког обезбеђивања. *Brines* и *Joyner* закључују

London, www.dca.gov.uk/research/resrep.htm), већ и због тога што то има битне последице на благостање и задовољство сваког лица током његовог живота као и током трајања односа у којем се налази. Истраживање које је приказано у С. Vogler, С. Lyonette and R. D. Wiggins, „Money power and spending decisions in intimate relationships“, *The Sociological Review*, 117, наводи да када индивидуе доносе независне одлуке о трошењу новца, без обзира да ли се ради о мушкарцима или женама, то их чини мање задовољним њиховим породичним животом, као и својим животом у целисти, него када би такве одлуке доносили заједнички. *Ibid.*, стр. 139.

⁶⁵⁷ Истраживања чије резултате ћемо приказати су спроведена на националном нивоу у Великој Британији. Детаљне податке о самим истраживањима види: С. Vogler, „Managing Money in Intimate Relationships – Similarities and Differences between Cohabiting and Married Couples–“, *Sharing Lives, Dividing Assets, An Inter-Disciplinary Study*, (ed.) Joanna Miles and Rebecca Probert, Oxford, Hart, 2009, p. 61.

да контрадикција између, са једне стране, идеала интимних односа као партнерства између једнаких, а са друге стране, живо искуство „једнакости“ можда може бити један од разлога зашто је вероватније да се распадне заједнички живот парова са неједнаким индивидуалним приходима од оних са сличним приходима .⁶⁵⁸

Једна од основних очекивања лица која улазе у брак јесте да имају обавезу дељења: дељење обавеза, осећања, вредности, мисли, животног циља, али и економских средстава.⁶⁵⁹ Дељење се сматра једном од врхунских вредности супружника те је неопходно да нека друга заједница, ако тежи томе да буде посматрана као брачна, у себи садржи ову основну вредност. Дељење економских средстава у браку треба бити продукт љубави, поверења и посвећености двају лица. Право на део у брачној имовини у случају престанка брака јесте одраз етике дељења у браку, оно штити она лица која су у браку поступала у складу са идејом дељења добара. Етика дељења охрабрује супружнике да улажу у заједницу живота јер им обезбеђује удео у имовини уколико дође до престанка заједнице, те им на тај начин осигурава повраћај уложеног. Проблем у ванбрачним заједницама произилази из тога што не постоји моменат или догађај који обавештава о међусобном разумевању узајамних обавеза лица у односу. *Garrison* наводи да форма закључења брака у себи садржи обавезивање на дељење, док са друге стране одлука два лица која се налазе у емотивном односу не садржи ту обавезу. Неке врсте ванбрачног партнерства имају обавезу дељења, док друге немају. Истраживања показују велики број различитих форми ванбрачног партнерства.⁶⁶⁰ *Garrison* наводи да ванбрачни партнери обично не уважавају норму брачног дељења.⁶⁶¹ Истраживања показују да се ванбрачни партнери у мањем проценту одлучују да имају децу, или да издржавају свог партнера, те чешће деле трошкове уместо да удруже средства.⁶⁶² Брак повлачи са собом имовинска права и обавезе због тога што се са брачним заветима, сваки супружник својом слободном вољом обавезује брачној заједници, сваки супружник се обавезује да буде субјект сложеног сета правила понашања која иду уз улоге супружника и родитеља, очекивања која ће ограничити њихову слободу и која ће руководити њихово понашање у браку.⁶⁶³ *Garrison* сматра да је најзначајније очекивање од супружника да деле добра. Она наводи да када говоре о браку људи обично под тим појмом подразумевају „дељење мисли, осећања, обавеза, вредности или животних циљева.“ Следствено овом супружници деле економске ресурсе и то сматрају продуктом љубави, поверења и посвећености. Она даље наводи да правила развода и наследно право штите оне супружнике који су се уздали у норму о дељењу добара. Ванбрачна заједница се разликује по томе што у њој не постоји догађај који указује на постојање међусобног разумевања и упућеност у очекивана понашања која таква заједница живота носи, као што је то случај у браку. Неки ванбрачни партнери имају намеру дељења добара и тиме се приближавају браку, али постоје и они који ту намеру немају. Чињеница постојања великог броја различитих ванбрачних заједница (па и оних које умногом не сличе на брак) указује на то да није могуће ни правилно претпоставити да било

⁶⁵⁸ Brines, J. and Joyner, K., „The ties that bind: principles of cohesion in marriage and cohabitation“, *American Sociological Review*, Vol. 64, 1999, p. 33–355.

⁶⁵⁹ R. N. Bellah et al. , *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*, New York, 1985, 90.

⁶⁶⁰ Види нпр. К. Kiernan, „The rise of Cohabitation and Childbearing Outside Marriage in Western Europe“, *International Journal of Law, Policy, and Family*, Vol. 15, Issue 1, 1.

⁶⁶¹ M. Garrison, „Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligations“, *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005, 840.

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ E. S. Scott, „Social Norms and the Legal Regulation of Marriage“, *Virginia Law Review*, Vol. 86, 2002, 1907, наведено према: M. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, 121.

која ванбрачна заједница јесте усвојила правило понашања које се састоји у дељењу добара и да се тиме приближава браку, те да ју је на основу тога могуће и законски изједначавати са браком. *Garrison* наводи да по правилу ванбрачни партнери немају идеју поделе добара.⁶⁶⁴ Истраживања показују да су ванбрачни партнери мање спремни да помогну свог партнера него што су то спремни супружници.⁶⁶⁵

Garrison кључном разликом између брака и ванбрачне заједнице наводи то да су се супружници јавно обавезали да неће улазити у друге бракове, да неће улазити у сексуалне односе са другим лицима, они су јавно преузели одређене јавна и приватна очекивања о свом односу, и преузели су терет немогућности лаког изласа из брачног односа. Ништа од овог нису преузели ванбрачни партнери. Ова кључна разлика одваја брак и ванбрачну заједницу. Како ванбрачни партнери нису на себе преузели ни једно од обавеза коју су преузели супружници *Garrison* сматра да нема разлога да им се додељују брачна права, без предузимања са њихове стране неке додатне акције као што је закључење уговора или регистрација.⁶⁶⁶ У Уједињеном Краљевству испитаници, ванбрачни партнери су, главном предношћу и разлогом зашто су се определили за ванбрачно партнерство а не за брак, видели у необавезности ванбрачне заједнице, а томе је следило непостојање законских веза, могућности испробавања заједничког живота у периоду одлучивања да ли или не ступити у брак, као и лична независност. У истраживању у САД нико од ванбрачних партнера није под ванбрачним партнерством подразумевао обавезу обавезивања.⁶⁶⁷

Још једна од битних разликовања ванбрачне заједнице од брака јесте у немогућности утврђивања схватања последица уласка у ванбрачну заједницу ванбрачних партнера. Непостојање било какве видљиве статусне промене као и широк спектар ванбрачних партнерстава условљавају немогућност тачног утврђивања да ли су ванбрачни партнери усвојили начела која карактеришу супружнике у односу на које би им требало признати иста права.

Наведене разлике наводе на закључак да није смислено изједначавати ванбрачну заједницу са брачном. Пођимо од тога да постоји велики број различитих ванбрачних заједница и да их је немогуће једнообразно регулисати. Ако би се пошло од оних заједница код којих нити постоји дуготрајност нити намера дуготрајности, никако не може бити речи о уподобљавању оваквих врста заједница браку. Када бисмо са друге стране покушали да то учинимо са оним лицима који се налазе у ванбрачној заједници која се одликује дуготрајношћу, али и намером везивања, они опет не би требали да буду изједначени са браком, јер да су хтели последице, тј. права и обавезе које брак са собом носи, онда би и приступили његовом закључењу. Како то нису учинили, логично је да они немају идеју, нити жељу да се изједначавају са браком. Шта више, за неке ванбрачне partnere овакво изједначавање се може учинити дискриминаторним. Ово су заједнице лица која из себи својствених разлога не желе ступити у брак и што би их онда требало законски, присилно, сврставати у круг оних лица која су оптирала за брак. Јасно је да је потребно на неки начин законски уредити ванбрачне заједнице, али не слажемо се са тим да их се уподобљује браку. Сам назив ванбрачна заједница имплицира овакав закључак. Из наведеног

⁶⁶⁴ *Ibid.*, 121-122.

⁶⁶⁵ Више види: J. Miles and R. Probert, *Sharing Lives, Dividing Assets: An Interdisciplinary Study*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2009.

⁶⁶⁶ M. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011., 127.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, 123.

закључка даље произилази да је немогуће на ову врсту односа примењивати правила која се односе на уређење брачног уговора између супружника.

Свакако ни један законски систем не изједначава ванбрачну заједницу са брачном без испуњења одређених услова. Правило је да се поред заједничког живота захтева и још неки додатни услов, да би се у имовинским ефектима ванбрачна заједница изједначила са брачном.

Неки системи се ослањају на веома интензивне и широко распрострањене провере веза између парова, док се други системи базирају на конкретнијим критеријумима као што су заједнички живот, плус постојање заједничког детета или заједнички живот који траје неки дужи временски период.⁶⁶⁸ Оба приступа имају одређене недостатке, те самим тим носе несигурност у постојање ванбрачне заједнице са правним последицама које она носи. У случају првог погледа може се десити да двоје лица живе у ванбрачној заједници и да не желе правне последице које законски системи предвиђају за ванбрачну заједницу, али по престанку те заједнице једно лице покрене поступак за поделу имовине и пред судом се докаже да је постојала ванбрачна заједница која собом носи одређене правне последице. Тако, лица која током трајања такве заједнице живота нису сматрала нити размишљала о последицама њеног престанка, једно од њих, будући поучено о могућој имовинској користи након њеног престанка, покреће поступак у коме се и испостави се да се радило о правно релевантној заједници живота жене и мушкарца. У случају постојања одређених критеријума (дужина трајања заједнице живота или заједничко дете) коришћени критеријуми морају снажно предвидети брачну обавезу као и дељење или ће њихова употреба довести до погрешне класификације.⁶⁶⁹

Дужи период заједничког живота не значи аутоматски јачу везу, односно не упућује да квалитет везе такав да се по ефектима може поистоветити са браком.⁶⁷⁰ Истраживања указују да лица у джим ванбрачним везама нису склонија да уједињују своје приходе, те да их деле. Са повећавањем времена проведеног у ванбрачној заједници не расте вероватноћа удруживања прихода нити формирање идеје дељења између партнера.⁶⁷¹

Тако, оба начина утврђивања постојања ванбрачне заједнице у себи носе опасност од злоупотреба и изигравања могућности које правни системи дају ванбрачним партнерима по завршетку таквог односа.

Фундаментална разлика између супружника и ванбрачних партнера огледа се у томе што су се супружници јавно одрекли могућности да закључују брак са другим лицима, да учествују у другим врстама сексуално повезаних односа, они су на себе преузели структурирана очекивања друштва у погледу владања лица у браку, уз преузимање терета и потешкоћа у случају намере да се из те заједнице изађе. Ванбрачни партнери се ни на ништа од наведеног јавно обавезали нису, нити се било која од наведених карактеристика брачног односа изричито од њих очекује. Из тог разлога је брак једна заокружена институција, а ванбрачна заједница неодређена и непотпуна

⁶⁶⁸ M. Garrison, „Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligations“, *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005, 818.

⁶⁶⁹ M. Garrison, „Cohabitant Obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011, 125.

⁶⁷⁰ K. A. Wiik et al., „A Study of Commitment and Relationship Quality in Sweden and Norway“, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 72, 2009, 472.

⁶⁷¹ K. R. Heimdal, S. Houseknecht, „Cohabiting and Married Couples' Income Organization: Approaches in Sweden and the United States“, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 65, 2003, 525.

друштвена појава. Како ванбрачна заједница обично не подразумева усвајање брачних норми и обавеза које брак са собом носи, не постоји очигледан разлог да се ванбрачним партнерима признају права као и супружницима без захтевања неке додатне акције у виду уговора или регистрације. Ови кораци би послужили као обавештење јавности о одређеној озбиљности везе два лица као и пакету права и обавеза које из тога следеју.⁶⁷² Али овде се опет може поставити питање да ли би онда ванбрачна заједница изгубила свој смисао, и не би ли се она стављањем у тачно одређени правни оквир у потпуности изједначила са браком, са институтом који лица у ванбрачној заједници не желе?

Да би брачни имовински уговор производио правна дејства потребно је да га супружници или будући супружници закључе поводом своје постојеће или будуће имовине у форми јавнобележничке, солемнизоване исправе. Ако бисмо ове услове превели на ниво ванбрачног партнерства ови услови би гласили: потребно је да га ванбрачни партнери или будући ванбрачни партнери закључе поводом своје садашње или будуће имовине у форми јавнобележничке, солемнизоване исправе. У датом предлогу уочава се спорни термин «будућих ванбрачних партнера». Како одредити тај појам? Када говоримо о брачном уговору и појму будућих супружника, ту је проблем унеколико лакше решив, али и тамо изазива доста полемика. Обично се под будућим супружницима подразумевају лица која или живе у ванбрачној заједници која ће кроз неко време прерасти у брачну или су већ своју намеру пријавила надлежном органу, те се на основу ових показатеља могу легитимисати као будући супружници. Међутим, ни један од ових критеријума није погодан да легитимише нека лица као будуће ванбрачне партнере. С тим у вези, логично би било да овај део у дефиницији брачног уговора за ванбрачне партнере изостане, односно показује да је неодрживо у непромењеном облику дату дефиницију брачног уговора применити и на ванбрачно партнерство, што даље указује на потребу увођења новог института којим би ванбрачни партнери могли да уреде своје имовинске односе.

Неки аутори сматрају да су у српском законодавству будући ванбрачни партнери, за разлику од будућих супружника, онемогућени да закључе брачни уговор пре заснивања ванбрачне заједнице, те да такво поступање представља одређени начин фаворизовања брака.⁶⁷³

Ми не делимо изнето мишљење. Наиме, у нашем законодавству неодређеност појма „будући супружници“ је велика и у тај појам се могу сврстати разне категорије лица. Гледано према слову позитивног законодавца будући ванбрачни партнери би извесно могли да приступе закључењу брачног уговора под одложним условом, баш као што је то случај и са будућим супружницима, али то не значи да би такво поступање било рационално. Дакле, не постоји јасна законска препрека да и будући ванбрачни партнери закључе брачни уговор, међутим постоји јасна логичка препрека оваквом финалу. Пример проширења појма „будући супружници“ и на будуће ванбрачне партнере показује како неодређеност појединих законских појмова може негативно да утиче на поимање неке установе. У оваквом правном финалу, скоро у потпуности релативизованом, у јасној форми се очитује неодрживост наведеног позитивноправног решења.

Други део проблематике налазимо у немогућности утврђења настанка, као и престанка ванбрачне заједнице. Чињеница непостојања никакве форме која обележава настанак или

⁶⁷² M. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), Intersentia, 2011, 127.

⁶⁷³ Д. Радић, *Имовински односи у браку*, Бања Лука, 2016, 361.

престанак ванбрачне заједнице повлачи са собом одређене последице које се очитују у тешкоћи доказивања ванбрачне заједнице, њеног почетка и престанка, утврђивања заједнице и посебне имовине ванбрачних партнера и др.

Ванбрачне заједнице стварају правну несигурност за прибавиоца одређене ствари или права услед немогућности провере да ли се преносилац налази у ванбрачној заједници или не. Овај недостатак би могао бити превазиђен тако што би прибавилац од преносиоца захтевао изричиту изјаву да предмет уговора није стечен у ванбрачној заједници. Ипак, овакво решење не би било толико добро јер би се њиме успоравао правни промет, а и веома је упитна поузданост самог поступка утврђења постојања ванбрачне заједнице.⁶⁷⁴

Један од највећих проблема са којима се ванбрачни партнери сусрећу у пракси јесте доказивање постојања заједнице живота. Од доказивања постојања заједнице живота зависи да ли ће закон препознати једну заједницу мушкарца и жене као ванбрачну заједницу и признати јој сва права и обавезе која произилазе из њеног постојања. Доказивање чињенице постојања заједнице живота представља уједно и највећи проблем јер се о ванбрачној заједници не води никаква евиденција нити се захтева форма за њено склапање.

Као одговор на овај проблем поједини теоретичари предлажу увођење регистрације ванбрачних заједница.⁶⁷⁵ Заступници овог становишта истичу да би се увођењем обавезе регистрације ванбрачног партнерства избегли бројни проблеми који се јављају у пракси због тешкоће доказивања постојања и дужине трајања, али и момента престанка заједнице живота ванбрачних другова. Мишљења смо да увођење оваквог регистра не би било у складу са идејом настанка и вођења ванбрачног живота неких лица. Оно што поједине парове опредељује за ванбрачну заједницу јесте управо њена неформалност.⁶⁷⁶ Ако би се предвидео регистар ванбрачних партнерстава у чему би онда била особеност ванбрачне заједнице. Увођењем регистра ванбрачног партнерства, сама ванбрачна заједница би умногоме изгубила свој смисао и своју особеност.

⁶⁷⁴ С. Панов, *Породично право*, Београд, 2014, 351.

⁶⁷⁵ Д. Ранђеловић, И. Шолаја, «Ванбрачне заједнице у прописима држава бивше СФРЈ», *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука, 2019, 220.

Регистар ванбрачних партнерстава је поред уговора између ванбрачних партнера којим се опредељују узајамна права и обавезе, један од начина да ванбрачна заједница постане видљива према трећим лицима. Уговор уз регистрацију неки виде начином који би отклонио неке негативне аспекте живота у ванбрачној заједници, али поставља се питање да ли би такво поступање нарушило првобитни концепт ванбрачне заједнице и чијим интересим овде треба дати превагу, ванбрачних партнера који не желе формалности, некад чак и видљивост, или друштву и трећим лицима, који могу трпети озбиљне последице непостојања регистра ванбрачних партнерстава. Противници увођења уговора између ванбрачних партнера као аргумент обично наводе могућност неоснованог обogaћења. Правна комисија за Енглеску и Велс је навела да тренутно право може произвести неправичне последице за ванбрачне partnere, нарочито за оног партнера који се стара о детету, јер то лице може искусити значајне економске неповољности у случају престанка ванбрачног партнерства. Law Commission for England and Wales, *Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown*, Law Com. No. 307, 2007, 42-43. О томе да ли је ванбрачно партнерство поље у ком профитирају мушкарци, да ли је погоднији у односу на брак родној дискриминацији, види: М. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, К. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, p. 129-132.

⁶⁷⁶ Garrison наводи да истраживања показују да ванбрачно партнерство обично не представља обавезујући однос, а истарживања показују да они обично не усвајају норму брачног права која се занима на идеји поделе, дељења добара. М. Garrison, „Cohabitation obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, К. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011, 137.

Као наставак на ову елаборацију о нелогичности увођења регистра ванбрачног партнерства намеће се закључак о још једној значајној разлици између брачног имовинског уговора супружника и евентуалног имовинског уговора ванбрачних партнера. Наиме, као један од предлога и хипотеза ове дисертације наводи се обавезност увођења регистра брачних уговора. Међутим, како би се овај захтев могао обезбедити у односу на ванбрачне партнере? Узмимо прво у разматрање ситуацију у којој не постоји регистар ванбрачног партнерства (баш као што је код нас случај), на коме би било да утврди постојање ванбрачне заједнице? Ако бисмо узели да би надлежним могао бити јавни бележник који оверава брачни уговор,⁶⁷⁷ мишљења смо да би овакво поступање означавало прешироко овлашћење јавних бележника које би могло довести до злоупотребе датих овлашћења. Ако бисмо судовима прописали ову надлежност, не би ли то било превелико компликовање и оптерећивање већ преоптерећеног судства. Са друге стране, у случају када би била предвиђена регистрација ванбрачног партнерства, онда овај приговор не би стајао. Међутим, остали би и даље постојали.

Брак и брачна заједница одишу јасном специфичноћу јединства два лица супротног пола, већински се и даље уређују императивноправним нормама које указују на значај који ова институција ужива у друштву, а коју наш законодавац, као и други законодавци јасно уочава, и скоро у целости законски формулише и штити. Акцесорност брачног уговора браку је несумњива, иако средства остваривања те акцесорности, још увек законски нису формулисана.⁶⁷⁸ Начин на који је обликован институт брачног уговора код нас не осликава све специфичности овог института, али сама чињеница да се ради о институту који у наслову носи реч „брачни“ чини га немогућим за правилно спровођење у ванбрачној заједници. „Сходна“ примена кроз тумачење брачног уговора на начин да се прилагоди особеностима ванбрачне заједнице крајње би била неприкладна и исувише извештачена, мењајући и изобличујући институт брачног уговора до степена мењања његове суштине и претварања у неки други инструмент уговорног права.

Јасна је потреба да се дозволи и ванбрачним партнерима, у складу са законодавчевом идејом изједначавања ових двеју заједница и са слободом уговарања, да уређују своје имовинске односе у ванбрачној заједници на начин различит од законом датог режима заједничке имовине. Идеја је јасна, али мишљења смо да средство остваривања није правилно опредељено.

Специфичности ванбрачне заједнице и идеја њеног постојања противе се средствима која су потребна да се брачни уговор закључује и извршава на правилан начин, уз заштиту интереса оба супружника, али и трећих лица која могу бити погођена закључењем брачног уговора. Увођење регистра брачних уговора којег сматрамо за један од кључним момената транспарентности ових споразума сматрамо да не би било у складу са мотивом за којим су ишла лица која су ступила у ванбрачну заједницу. И на крају свега, логично закључујући, није ли био циљ ванбрачних партнера да ступе у заједницу која је различита од брачне?⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ Овакав предлог дају А. Ћуло, I. Šimović, у свом коауторском раду „Registar брачних уговора као допринос сигурности и правном промету“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, No. 5, 2009.

⁶⁷⁸ И Суцум истиче да је неспорно да се уговор мора ускладити са браком. Брак мора очувати доминацију над уговором, а сваки уговор који угрожава основна начела брака не може бити пуноважан. Р. Суцум, *Имовински односи брачних другова*, Београд, 1982, 275.

⁶⁷⁹ Драшкић сматра да се суштина ванбрачне заједнице састоји у слободи да се избегне принудни режим брака и конституисање брачних права и дужности. М. Драшкић, *Ванбрачна заједница*, Београд, 1988, 127.

Мишљења смо да би било потребно и пожељно дозволити ванбрачним партнерима да у складу са аутономијом воље уреде своје имовинске односе, али да то учине неким другим уговором, који ће уважавати особености ванбрачне заједнице у односу на брачну, уз истовремено обезбеђивање заштите интереса оба ванбрачна партнера, али и трећих лица о чијим интересима, а зарад и заштите јавног поретка се мора водити рачуна.⁶⁸⁰ Увођења посебног имовинског уговора за ванбрачне partnere представљао би корак напред у праву ванбрачних партнера и корак напред ка општој правној сигурности грађана.

⁶⁸⁰ Такво мишљење налазимо и код Стјепановић : «Ванбрачни партнери могу неким другим уговором регулисати међусобне имовинске односе» више види у: С. Стјепановић, „Брачни уговор у праву Републике Српске“, *Правни живот*, бр. 9/2004, 962.

9. ОДНОС БРАЧНОГ УГОВОРА И УГОВОРА О НАСЛЕЂИВАЊУ

Део опште тежње ка ширењу аутономије воље супружника, поред брачног уговора, јесте уговор о наслеђивању. Уговор о наслеђивању се у упоредном праву најчешће и јавља као надопуна брачном уговору или као један његов део. Због прожимања са брачним уговором, а с обзиром да је у нашем праву забрањен (уз идеју увођења предвиђену Преднацртом Грађанског законика), мишљења смо да му је у овом раду потребно посветити одређену пажњу.

У обради ове теме почеће се са појашњењем самог појам уговора о наслеђивању, са аргументима у корист његовог увођења, као и оних који овај правни институт оспоравају, прегледом упоредноправних решења, а уз посебну и нешто детаљнију обраду предлога увођења уговора о наслеђивању међу супружницима⁶⁸¹ дату у Преднацрту Грађанског законика Србије уз истовремен предлог укидања могућности закључења уговора о доживотном издржавању између ових лица.⁶⁸² Такође, биће представљена могућа *mortis causa* дејства брачног уговора, као и његов утицај на састав заоставштине, али и однос нужних наследника према надживелом супружнику из брачног уговора. Анализа која следи има за циљ да осветли још једног аспект имовинскоправног уговорног права међу супружницима, који би, у случају увођења имао велики утицај на брачноимовинско право супружника и на брачни уговор.

9. 1. Појам уговора о наслеђивању⁶⁸³

Уговор о наслеђивању је један од наследноправних уговора.⁶⁸⁴

⁶⁸¹ Предлог увођењу овог института даје и Кашћелан у свом раду „Уговори у наследном праву“, *Прилози пројекта институције правне државе у условима транзиције- право, привреда и процес интеграције*, Београд, 2003, 192.

⁶⁸² О посредној повезаности уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању кроз однос међусобног искључивања види: Т. Ђурић, „Уговор о наслеђивању и уговор о доживотном издржавању“, *Правни живот*, бр. 10/2017, 627-629.

⁶⁸³ Појам уговора о наслеђивању се у упоредном праву разликује те се за означавање овог института користе термини као што су: *Erbvertrag*, *L'institution contractuelle*, *Patto di famiglia*, *Protocole Familial*, *Arvepakt*, *Contract to Leave Property by Will*.

У немачкој правној литератури се за означавање правних послова којима једно лице именује наследнике, легатаре и на други начин уређује грађанскоправне последице своје смрти користи термин *располагање за случај смрти* (*Verfügung von Todes wegen*). У. v. Lübtow, *Erbrecht*, Eine systematische Darstellung, I, Berlin 1971, 97. Наведено према Д. Ђорђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 188. У оквиру ове категорије немачко право разликује једнострана располагања за случај смрти (тестамент) и двострана располагања за случај смрти (уговор о наслеђивању). Н. Lange, К. Kuchinke, *Erbrecht – ein Lehrbuch*, München 2001, 327. Наведено према: *Ibid.*

⁶⁸⁴ Наследноправни уговори су они уговори који су, поред завештања и закона, подобни да буду основ позивања на наслеђе једног уговорника односно трећег лица, или, евентуално, могу бити начин одрицања уговорника од његовог наследног права. О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2011, 333.

Уговор о наслеђивању је уговор којим једна уговорна страна (уговорни завешталац) оставља своју заоставштину или њен аликвотни део свом саговорнику или неком трећем лицу.⁶⁸⁵

У немачкој правној теорији уговор о наслеђивању се дефинише као *уговорно располагање за случај смрти*.⁶⁸⁶ Оваква дефиниција истиче двоструку правну природу уговора о наслеђивању: он је истовремено и уговор и располагање за случај смрти.⁶⁸⁷ С обзиром да је основни циљ (кауза) закључења овог уговора располагање за случај смрти, примарно дејство овог уговора јесте наследноправно, те се због тога сврстава у наследноправне уговоре.

Уговор о наслеђивању је специфичан уговор⁶⁸⁸ који производи везујуће дејство за уговорног оставиоца, те га он не може једнострано изменити нити опозвати располагањима *mortis causa*.⁶⁸⁹ Уговорни оставилац се овим уговором не обавезује да располаже одређеном

О историјском развоју уговорног наслеђивања види: М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд, 2015, 17-97.

⁶⁸⁵ Он има двоструку правну природу: он представља располагање *mortis causa*, док са друге стране за његов настанак није довољна изјава једне воље већ сагласност воља. Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2015, 239.

⁶⁸⁶ W. Burandt, D. Rojahn, *Erbrecht*, Verlag C. H. Munchen, 2011, 699; Н. Bartholomeyczik, W. Schluter, *Erbrecht*, Munchen, 1975.

Уговор о наслеђивању се у немачкој литератури дефинише као једнострано-обавезујући и једнострано неопозиви правни посао *mortis causa*, који представља најјачи основ позивања на наслеђе у немачком праву (Karl-Heinz Gursky, *Erbrecht*, Heidelberg 2010, 48; MS, 116).

⁶⁸⁷ D. Olzen, *Erbrecht*, Berlin-New York, 2001, 91. Наведено према Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 188.

⁶⁸⁸ У правној теорији постоје различита одређења овог правног посла: облигациони уговор о будућој заоставштини; уговор са мешовитом природом (тестаментном и облигационом); стварноправни уговор; уговор о наслеђивању *sui generis*. О. Антић, „Уговор о наслеђивању и други забрањени наследноправни уговори у нашем праву“, *Анали Правног факултета*, бр. 5, Београд, 1986, 513. Станковић наводи да се не ради о облигационоправном уговору обвезивања, нити о стварноправном уговору располагања, већ да се ради о једном правном послу *sui generis*, који може да буде основ за универзалну сукцесију. М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд, 2015, 116.

Не може се рећи да је уговор о наслеђивању облигационоправни уговор јер се уговорни оставилац њим само везује, али се не обавезује да ће за случај смрти својом имовином располагати на одређени начин у корист свог саговорника. Он задржава право да слободно располаже својом имовином правним пословима међу живима. Н. Стојановић, „Наследно-правни уговори у будућој кодификацији грађанског права“, *Грађанска кодификација: зборник радова презентованих на међународном научном скупу одржаном на Правном факултету у Нишу 21-22. маја 2003, у оквиру националног пројекта "Грађанска кодификација"*, 2003, 370. Такође је погрешно његово одређење као стварноправног уговора будући да његовим закључењем не настају никаква стварноправна дејства. О правној природи види и код: Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 189.

⁶⁸⁹ Иако најчешће у теорији можемо чути како овај уговор није једнострано опозив, Станковић износи другачије мишљење. Он сматра да уговор о наслеђивању не ограничава уговорног оставиоца да једнострано располаже предметом уговора. Коегзистенција између наследноправног уговора и завештања је могућа све док се завештањем не задире у наследну наду уговорног наследника. Управо ту његову особину Станковић сматра главном која многе ауторе наводи на закључак да је уговор о наслеђивању једнострано неопозив, те да се њим конзервишу односи и умањује аутономија и слобода располагања уговорног оставиоца. Станковић такође истиче да након сачињавања уговора уговорни оставилац остаје слободан да закључује правне послове међу живима и тиме практично остави уговор за случај смрти без имовинскоправних дејстава, сводећи га на голу љушттуру. М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд, 2015, 500. Овакав резон има своју потпору у упоредном праву. У немачком законодавству, полази се од тога да уговор о наслеђивању не ограничава завештаочеву слободу уговарања (пар. 2286. BGB), међутим, законодавац не оставља завештаочевог саговорника без правне заштите. У законнику се предвиђа да ако уговорни завешталац учини поклон трећем лицу у намери да

имовином на одређени начин за случај смрти. Располагање за случај смрти које је садржано у уговору о наслеђивању производи правно дејство по сили закона од момента смрти уговорног оставиоца. Закључењем уговора уговорни наследник не стиче никакво право, он стиче само наследну наду да ће моментом смрти сауговорача постати наследник.⁶⁹⁰

Уговор о наслеђивању може бити основ за универзалну сукцесију или сингуларну сукцесију. Када њиме стране уговорнице одређују да ће она која надживи бити њен наследник (или евентуално треће лице), или када једна страна оставља своју заоставштину другој уговорној страни (или трећем лицу), тада он представља основ за универзалну сукцесију и овакав уговор је код нас апсолутно ништав. Ово је уједно и најчешћа форма уговора о наслеђивању у којој се у пуном светлу читује слобода уговарања *mortis causa*. Други вид уговора о наслеђивању јесте када уговорне стране предвиде да ће предмет уговора бити одређена ствар или право из заоставштине оставиоца. Оваква располагања представљају уговор о легату (сингуларну сукцесију).

Уговоре о наслеђивању можемо поделити на једностраноименујуће и двостраноименујуће као и на теретне и добротине.

Код једностраноименујућих уговора о наслеђивању само једна уговорна страна именује наследника, док се друга страна са тим именовањем саглашава. У овом случају имамо једно лице као уговорног завештаоца.

Код двостраноименујућих уговора о наслеђивању оба уговорника су уговорни завештаоци који се узајамно именују за наследнике или именују треће лице за наследника.⁶⁹¹

Теретне уговоре о наслеђивању карактерише постојање обавезе завештајног наследника да да накнаду за оно на шта се обавезује уговорни завешталац, нпр. обавеза доживотног

оштети свог сауговорника, његов уговорни наследник може захтевати повраћај поклона у року од три године од завештаоачеве смрти (пар. 2287. BGB). Тако у Немачком грађанском закону уговорни оставилац не може чинити поклоне у намери оштећења уговорног наследника (пар. 2287. BGB), с тим да се уговорни оставилац не може обавезивати да неће отуђити оно што је посредни предмет његове уговорне обавезе.

Пример везивања, али не и обавезивања уговором о наслеђивању: чл. 1083, Code Civil, пар. 1252. ABG, пар. 2286 BGB.

У Закону о наслеђивању ФБиХ изричито је нормирано да уговарачи могу након закључења уговора о наслеђивању слободно располагати правним пословима међу живима (чл. 127. ст. 3. ЗоН ФБиХ). Овакво поступање Крешић сматра великим недостатком постојећег законског решења јер по његовом мишљењу дозвољава могућност изигравања уговорног наследника умањењем имовине уговорног оставитеља располагањем правним пословима *inter vivos*. Б. Крешић, „Уговор о наслеђивању- Нови институт наследног права Федерације Босне и Херцеговине“, *Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 13, Мостар, 2015, 421. Ми се у конкретном случају законског решења ФБиХ не бисмо сложили са изнетим ставом јер се у закону предвиђа да када се ради о некретнинама уговорном наследнику је остављена могућност да у земљишној књизи изврши забележбу забране отуђења или оптерећења непокретности. Мишљења смо да је оваквим поступањем постигнут баланс између интереса обе уговорне стране.

⁶⁹⁰ Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 190.

⁶⁹¹ L. Michalski, *BGB – Erbrecht*, Heidelberg, 2001, 114-115. Наведено према: *Ibid.*, 191.

Значај поделе на једнострано и двострано обавезујуће уговоре о наслеђивању огледа се у томе што се код других јавља претпоставка узајамне условљености наследноправних располагања. И ово правило подложно је уговорној модификацији. Пар. 2298. BGB.

издржавања. Са друге стране добротине уговоре о наслеђивању карактерише непостојање противчинидбе на страни уговорног наследника.

Правни системи имају различите погледе на уговорно постављање наследника. У правној литератури преовлађују две поделе правних система с обзиром на место и значај који се поклањају уговору о наслеђивању. Прва подела се заснива на томе да ли одређени правни системи допуштају или забрањују закључење уговора о наслеђивању, док друга подела полази од круга лица која могу да буду субјекти овог уговора.⁶⁹²

Општи је став да подела на законодавства која признају и на она која не признају уговор о наслеђивању иде оном линијом којом иде и подела на системе који се заснивају на германској традицији и на системе који се заснивају на римској правној традицији. Она законодавства која се заснивају на германској правној традицији признају уговор о наслеђивању, док она која припадају романској групи права начелно забрањују уговор о наслеђивању.

Уговор о наслеђивању је допуштен у руском,⁶⁹³ немачком, швајцарском, турском,⁶⁹⁴ аустријском, шкотском и мађарском праву, док га у италијанском⁶⁹⁵ и шведском праву у потпуности забрањују.⁶⁹⁶

⁶⁹² Различито регулисање овог института у упоредном праву је последица „правне традиције, законодавне политике и другачијих потреба одређеног наследно-правног уређења.“ N. Stojanović, „Zašto је ugovor o nasleđivanju zabranjen u našem pravu“, *Pravni život* 10/2003, 165.

Станковић наводи да подела правних система на оне у којима је уговор о наслеђивању допуштен и на оне у којима овај уговор није допуштен, има одређене недостатке. Он наводи да аутори који заступају ову класификацију истовремено је и релативизују, наводећи чињеницу да су у романским правним системима изузеци од овог правила толико бројни и значајни да доводе у питање суштину и обим основног правила о забрани. Од доношења Наполеоновог кодекса па све до данас, услед законодавних измена и нотарске праксе, историја уговорно одређивања наследника у Француској је историја сталне либерализације и ублажавања строгог принципа забране, који сада већ трпи много више изузетака него раније. Тако су нотари, у одсуству законског текста, увели у француско право једно, по својој правној природи и духу, потпуно ново решење, предвидевши да је уговорно наслеђивање између супружника могуће и за време трајања брака, али и да је за разлику од оног одређеног брачним уговором, овакво постављање наследника опозиво *ad nutum*. Оно је због своје опозивости временом постало веома често у пракси, али је захтевало и нову врсту правног посла чији би саставни део постало, па је заживело кроз узајамне поклоне које супружници чине једно другом, а који за предмет имају расположиви део заоставштине, чијим располагањем не може да буде повређен нужни део. За уговорно наслеђивање у овој форми појавио се и посебан термин, „поклон у корист надживелог супружника“ (*donation au dernière vivant*). Од 1965. године у брачни уговор је могуће унети и тзв. „трговинску клаузулу“ (*la clause commerciale*), којом се надживелом брачном другу допушта да наследи или настави са коришћењем и плодуживањем добара која су за време брака супружници заједно експлоатисали и да учини могућим континуитет пословања правних лица после смрти једног од њих. Такође је допуштена и *clause de tontine* која подразумева да више лица, нпр. супружници, могу заједнички да купе неко добро (најчешће непокретност) над којим ће током живота заједно имати право плодуживања, уједно предвиђајући да ће надживели супружник постати једини власник на том добру. Након смрти првог супружника, примењује се фикција да је надживели супружник постао искључиви власник на одређеном добру и то не од дана смрти другог супружника, већ од дана куповине добра, те да следствено томе умрли супружник никада није ни имао никаква права на поменутом добру. Примена ове клаузуле је могућа само ако су супружници приликом закључења брака брачним уговором предвидели режим одвојених добара, односно режим посебне имовине. М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд, 2015, 103-112. О «трговинској клаузули» више види: Y. Favier, „Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit Français“, *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé— Nouveautés en droit français, italien ainsi qu’espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, édités par A. Bonomi et M. Steiner, Librairie Droz, Genève, 2008, 29-39.

⁶⁹³ У руском праву је уговор о наслеђивању раније био забрањен. Федералним законом од 19. јула 2018. године, уведен је овај институт и у руско право. ГК РФ Статја 1140. 1. Наследственный договор (введена Федеральным

Својеврсна располагања наследством путем уговора међу живима познаје Енглеско право у виду различитих модалитета установе *trust*.⁶⁹⁷

У државама у којима је дозвољен, поред закона и тестаментa представља један од основа позивања на наслеђе.⁶⁹⁸ Уговор о наслеђивању је наследноправни основ са најјачом правном

законом от 19. 07. 2018 N 217-ФЗ), "Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья)" от 26. 11. 2001 N 146-ФЗ (ред. от 18. 03. 2019).

⁶⁹⁴ У турском праву овај споразум се назива *mukavelesi*. Овај споразум није једнострано опозив, осим у случају да уговорни наследник делује против уговорног оставиоца (нпр. као учини кривично дело против оставиоца) тако у члану 546. С. С. *Introduction to Turkish Law*, (ed. Tugrul Ansay & Don Wallace JR), sixth edition, Wolters Kluwer, 141.

⁶⁹⁵ А. Fusaro, "Freedom of testation in Italy", *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, М. Anderson, Arroyo i E. Amayuelas (eds), Barcelona, 2011, 191-200.

⁶⁹⁶ Р. Hambro, "The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse's Position and Irrevocable wills", *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, М. Anderson, Arroyo i E. Amayuelas (eds), Barcelona, 2011, 238.

⁶⁹⁷ R. Kerridge, „Freedom of Testation in England and Wales”, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, М. Anderson, Arroyo i E. Amayuelas (eds.), Barcelona, 2011, 129-154.

У енглеском и у ирском праву не постоје уговори о наслеђивању какве познаје континентално право, већ уговори о садржини завештања, којима се уговорне стране споразумевају да завештање сачине или не сачине.

⁶⁹⁸ Завештање и уговор о наслеђивању имају доста сличности. Оба производе правна дејства у случају смрти и строго су лични правни послови; и завештајни и уговорни наследник морају испунити одређене услове да би стекли наследничко својство: да доживе моменат делације, да су способни и достојни за наслеђивање као и да се нису одрекли наследства; оба правна посла имају лични карактер; одређено поклапање постоји и у погледу садржине (осим у делу који се односи на теретно располагање). Садржину уговора може сачињавати одредба о именовању наследника, легатара, корисника налога, али и одредбе о искључењу наслеђа, лишењу нужног дела, и др.

Разлика се огледа у карактеру самих одредаба којима код завештајног располагања завешталац није везан, док са друге стране код уговора о наслеђивању уговорни оставилац је везан располагањима који имају уговорни карактер те су једнострано неопозиви (именовање наследника, легатара, одређивање налога). Т. Ђурђић-Милошевић, „Разграничење Уговора о наслеђивању од других правних послова“, *Правни живот*, бр. 10/2014, 514-515.

Што се тиче садржине уговора о наслеђивању он може да садржи сва наследноправна располагања која може да садржи и тестамент, с тим да се код њега прави разлика на уговорна располагања и на једнострана располагања. У немачком праву се уговорна располагања означавају са (*vertragsmäßigen Verfügungen*), а једнострана *einseitigen Verfügungen*. Ово разликовање је значајно с обзиром да уговорни завешталац једнострана располагањима може слободно опозвати, док то није случај са уговорним располагањима, тј. располагањима унутар уговора о наслеђивању која имају уговорни карактер. Према BGB уговорни карактер могу имати само именовање наследника, остављање легата и налог, док остала наследноправна располагања у уговору о наслеђивању могу имати карактер једностраних располагања. Види пар. 2278. BGB.

Уговору о наслеђивању се спочитава што уговорни наследник није довољно заштићен због дозвољености уговорном завештаоцу да располаже правним пословима међу живима. Како се овде ради о правном послу који производи правна дејства *mortis causa*, баш као што је то случај и са тестаментом који такође тестаментарног завештаоца не спречава да располаже правним пословима међу живима, стварима и правима које се тестаментом обавезао пренети на тестаментарног наследника. Из којих разлога је онда потребно код уговора о наслеђивању уговорном наследнику пружати посебну заштиту, односно забранити уговорном завештаоцу располагања *inter vivos*? Једино када сматрамо да је оправдана посебна заштита уговорног наследника јесте у случају када је њему уговором о наслеђивању одређен неки терет (нпр. издржавање уговорног завештаоца).

Уговор о наслеђивању непосредно ограничава завештаочеву слободу тестирања (пар. 2289. BGB). Закључењем уговора о наслеђивању узрокује стављање ван снаге свих ранијих завештаочевих располагања за случај смрти чија садржина није у складу са уговором.

Проблематика располагања завештаоца правним пословима међу живима произилази из сукобљености интереса уговорног наследника и лица са којима је након закључења уговора о наслеђивању ступао у правне послове *inter vivos*. Тим располагањима завешталац умањује вредност уговорно завештаног дела, и у неком крајњем могућем случају може довести до изигравања уговорног завештаоца. Немачко право овај проблем решава на начин да дозвољава уговорном оставиоцу да располаже правним пословима међу живима, с тим да штити и интересе уговорних наследника тако што му даје могућност да захтева повраћај поклона које је уговорни оставилац учинио трећим лицима са намером да се учини штета уговорном наследнику (пар. 2287 BGB).

снагом. Његова доминација међу наследноправним основима произилази из његове начелне једностране неопозивости (јер се ради о уговору) из чега следи да је уговорни оставилац њиме везан све до смрти.

У немачком праву уговор о наслеђивању је дозвољен и може се закључити између било којих лица, с тим да BGB предвиђа посебна правила када су уговорници вереници или супружници. Када су уговорници супружници могуће је да га пуноважно закључе иако немају потпуну пословну способност. У пракси се овај уговор најчешће и закључује између супружника и то у склопу брачног уговора. Закључивањем уговора о наслеђивању супружници теже што потпунијој правној сигурности након смрти једног од њих и поправљању свог наследноправног положаја.

Српско право улази у групу правних система који забрањују уговор о наслеђивању.⁶⁹⁹ Поборници забране закључења уговора о наслеђивању у нашем праву као аргументе обично наводе његову неопозивост,⁷⁰⁰ непотребност, шпекулативни карактер, нееластичност, као и то да компликује оставинске расправе.⁷⁰¹ Поред неопозивости, као аргумент против увођења уговора о наслеђивању у наш правни систем наводи се и проблем његовог утицаја на завештаочеву слободу уговарања.⁷⁰²

Упоредноправни преглед уговорног наслеђивања указује да је у готово свим правима, уговорно наслеђивање у најтешњој вези са брачним уговором, односно брачноимовинским режимом. Овакво решење предвиђено је и Преднацртом Грађанског законика Републике Србије.⁷⁰³

Дејства уговора о наслеђивању наступају када умре завешталац, до тог момента уговорни наследник нема никакво субјективно право. Уговорном наследнику припада само наследна нада- изглед да ће у тренутку оставичеве смрти постати његов наследник, који то може, а и не мора да оствари. Наследна нада не може да се наследи и она не ужива правну заштиту. С. Т. Ebenroth, *Erbrecht*, Munchen, 1992, 9. Наведено према Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђу у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 190.

⁶⁹⁹ Закон о наслеђивању забрањује уговор о будућем наслеђу и уговор о будућој испоруци, уговор о садржини завештања и уговор о одрицању од будућег наслеђа. Чл. 180., 181. и 218. Закон о наслеђивању Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, 101/2003- одлука УСРС и 6/2015. Поред ове директне забране уговора о наслеђивању ЗОН забрањује уговор о наслеђивању и на посредан начин тако што прописује да предмет уговора о уступању и расподели имовине за живота може да буде само уступиочева имовина која постоји у часу уступања и расподеле, у целини или делимично. Закон такође предвиђа ништавост одредбе уговора која предвиђа расподелу добара која ће се затећи у уступиочевој заоставштини. Чл. 185 ЗОН.

Уговори који су дозвољени у наследном праву су: уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговор о доживотном издржавању. Ова два уговора представљају облигационоправне уговоре који могу имати индиректни утицај на правни положај наследника. О разлозима регулације ових уговора у оквиру наследног права види: О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2011, 331.

⁷⁰⁰ М. Константиновић, «Опште напомене уз Тезе за предпројекат закона о наслеђивању», *Анали Правног факултета у Београду*, 3/4 (1982), 468-483.

⁷⁰¹ Д. Ђурђевић, «Увођење уговора о наслеђу у српско право», *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 186.

⁷⁰² О томе више код: Л. Марковић, *Грађанско право, књ. 3, Наследно право*, Београд, 1930.

О разлозима за недопуштеноост уговора о наслеђивању у нашем праву види: Н. Стојановић, „Зашто је уговор о наслеђивању забрањен у нашем праву?“, *Правни живот*, бр. 10 (2003).

⁷⁰³ Решење које је предвиђено Преднацртом није усамљено. Наиме, у различитим формама уговор о наслеђивању је постојао и у средњовековној Србији, а помиње га и СГЗ означавајући га термином „уговор на случај смрти“. Овим термином се уговор о наслеђивању означавао у СГЗ као и у предратном праву. О историјату уговора о наслеђивању у Србији види: М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, Београд, 2015, 59-93.

Преднацртом Грађанског законика РС предвиђено је увођење института уговора о наслеђивању између супружника, уз истовремено укидање могућности закључења уговора о доживотном издржавању између њих.⁷⁰⁴

Говорећи о оправданости увођења овог института у наше право, потребно је испитати да ли у српском позитивном праву већ постоје институти који производе правна дејства идентична или слична онима које производи уговор о наслеђивању.⁷⁰⁵

Правни посао који се најчешће помиње у контексту уговора о наслеђивању јесте уговор о доживотном издржавању.⁷⁰⁶ Потреба за анализом уговора о доживотном издржавању изазвана је његовом широком употребом у нашем праву нарочито међу супружницима. Широка употреба уговора о доживотном издржавању у нашем праву је последица непостојања правног посла који би производио ефекте располагања за случај смрти (уговора о наслеђивању). Управо ову широку употребу уговора о доживотном издржавању између супружника неки аутори сматрају разлогом за афирмацију и увођење уговора о наслеђивању, који по дејствима више одговара

⁷⁰⁴ Чл. 2684. и чл. 2702. ст. 4 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

Модел уговора о наслеђивању који се дозвољава само супружницима прихвата и Закон о наслеђивању ФБиХ. Закон о наслеђивању ФБиХ дозвољава уговор о наслеђивању (међутим он није прихваћен на целој територији Босне и Херцеговине. Законодавство Републике Српске и Брчко дистрикта га забрањује). Б. Крешић, «Уговор о наслеђивању- нови институт наследног права Федерације Босне и Херцеговине», *Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 13, Мостар, 2015, 419-421.

У француском праву, уговорно наслеђивање посредством брачног уговора превасходно представља начин на који се уређује имовински режим у браку и након престанка брака, који осим разводом и поништењем може да престане и смрћу супружника. О француском решењу више види: М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, Београд, 2015, 131.

⁷⁰⁵ Један од аргумената који говоре у корист афирмације уговора о наслеђивању и у нашем праву јесте чињеница да је још пре две деценије Европска комисија констатовала „да је неколико хиљада предузећа годишње приморано да престане са радом због непремостивих тешкоћа које се тичу њиховог преноса *mortis causa*“, те да услед чињенице да „именовани наследници имају потешкоће да плате надокнаду санаследницима који излазе из породичног бизниса“ и порескоправног режима који прати породично наслеђивање, европска предузећа долазе у врло неповољан и неконкурентан положај у односу на предузећа из других делова света. Због тога је Европска комисија 1994. године донела Recommendation 1994/1069/ЕС којом је од држава чланица захтевала да олакшају пренос малих и средњих породичних предузећа за случај смрти са једне на другу генерацију и тиме спрече ликвидацију ових правних лица и раст незапослености. К. G. Creid, M. J. Dewall, R. Zimmermann, *Comparative Succession Law, Vol. I: Testamentary formalities*, Oxford University Press, 2011, 124.

Показало се да је ове резултате могуће постићи не само мерама компанијског и пореског права, већ и регулативом из области имовинског, породичног и наследног права, међу које се убраја промена правне природе права на нужни део, либерализација наслеђивања између супружника, али и предложено увођење уговора о наслеђивању у националне правне системе у којима овај институт још увек не постоји. М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, Београд, 2015, 9.

⁷⁰⁶ Уговор о доживотном издржавању је један од уговора у наследном праву. Изразом *уговори у наследном праву* обухваћени су облигационоправни уговори са неким наследноправним последицама (уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговор о доживотном издржавању). Раније (у Закону о наслеђивању Србије из 1974.) коришћени израз за означавање наведених уговора био је *наследноправни уговори*. Антић наводи да таква терминологија није била потпуно исправна јер наше право забрањује праве наследноправне уговоре (уговор о наслеђивању, уговор о легату и начелно уговор о одрицању од наслеђа). О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2011, 333.

Уговори у наследном праву се дефинишу као двострани правни послови који имају директан или индиректан утицај на расподелу заоставштине и правни положај наследника. Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2015, 239.

заштити нужних наследника примаоца издржавања, а омогућава располагање имовином за случај смрти у складу са слободном вољом уговорног оставиоца.⁷⁰⁷

Ова два уговора се често пореде, јер се код оба уговора моменат преноса ствари и права у саставу имовине везује за чињеницу смрти. Моменат смрти као разделни моменат остваривања стварноправног дејства оба уговора ипак нема идентичан карактер код ових правних послова. Разликовање ефеката смрти оставиоца полази од тога што је уговор о доживотном издржавању облигационоправни уговор, док је уговор о наслеђивању наследноправни уговор. Тако се код уговора о доживотном издржавању смрт примаоца издржавања јавља као одложни рок за предају предмета уговора, али он не представља каузу стицања,⁷⁰⁸ док се код уговора о наслеђивању смрт уговорног оставиоца јавља као услов за стицање наследних права уговорног наследника.⁷⁰⁹ Уговор о доживотном издржавању је основ сингуларне сукцесије док је уговор о наслеђивању основ универзалне сукцесије.

Уговор о доживотном издржавању представља двостранообавезујући теретни, алеаторни правни посао који је основ за сингуларну сукцесију. Уговор о доживотном издржавању је облигационоправни уговор, којим се прималац обавезује даваоцу издржавања да ће му, у тренутком његове смрти, бити предате одређене ствари и права, док је уговор о наслеђивању наследноправни уговор, код кога уговорни наследник све до оставиоцеве смрти има само наследну наду.⁷¹⁰ Уговор о доживотном издржавању је *inter vivos* правни посао који почиње да производи облигационоправна дејства од момента његовог закључења (давалац издржавања почиње да извршава своју обавезу по закључењу уговора). Међутим, стварноправно дејство овог уговора наступа смрћу примаоца издржавања, што га приближава уговору о наслеђивању.

Уговор о доживотном издржавању има посредно наследноправно дејство јер имовина која је предмет овог уговора не улази у састав заоставштине. Имовина коју давалац издржавања стиче моментом смрти примаоца издржавања представља накнаду за дато издржавање и с тога није погодна за наслеђивање. Због посредног утицаја на састав заоставштине примаоца издржавања уговор о доживотном издржавању се у теорији често означава као уговор паранаследног карактера.⁷¹¹

Уговорни оставилац има само једну обавезу, а то је да именује свог сауговорача за наследника. Ту своју обавезу испуњава самим закључењем уговора. Уговорни наследник, било да је сам уговорна страна, било да је уговор о наслеђивању закључен у корист трећег,⁷¹² за живота уговорног завештаоца нема никаква права на његовој имовини. Заоставштину, односно

⁷⁰⁷ Тако Стојановић истиче опасности које производе из употребе уговора о доживотном издржавању и наводи уговор о наслеђивању као инструмент који би омогућио *mortis causa* располагање које ће бити више у служби заштите интереса нужних наследника оставиоца. Н. Стојановић, „Наследно-правни уговори у будућој кодификацији грађанског права“, *Грађанска кодификација: зборник радова презентованих на међународном научном скупу одржаном на Правном факултету у Нишу 21-22. маја 2003, у оквиру националног пројекта "Грађанска кодификација"*, 2003, 371.

⁷⁰⁸ Кауза стицања добара примаоца издржавања је у издржавању које је давалац издржавања дао примаоцу издржавања.

⁷⁰⁹ Антић-Балиновац, *Коментар закона о наслеђивању*, Београд, 1996, 510.

⁷¹⁰ Члан 199. Закона о наслеђивању Србије; Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђу у српско право“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 204.

⁷¹¹ А. Perkušić, В. Ivančić-Каџер, „(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori, ili ugovori nasljednog prava ili paranasljedni ugovori u hrvatskom pozitivnom pravu“, *Pravni vjesnik*, бр. 22, 1-2, Осиек, 2006, 103-167.

⁷¹² У праву Немачке ова могућност је дозвољена (пар. 1941. Abs., 2 BGB).

њен аликвотни део, стиче тек у моменту смрти уговорног оставиоца. С обзиром да је давалац издржавања сингуларни сукцесор он не одговара за дугове оставиоца, осим ако другачије није уговорено, али и када би било уговорено, одговарао би само за оне дугове који су постојали у моменту закључења уговора о доживотном издржавању.⁷¹³ Са друге стране, уговор о наслеђивању може бити закључен и као двостранообезујући и као једностранообезујући и као доброчин и као теретни правни посао, те тако може бити основ и за сингуларну и за универзалну сукцесију. Уговорни наследник стиче то својство у моменту смрти уговорног оставиоца, док код уговора о доживотном издржавању смрт примаоца издржавања представља рок до ког је одложено стицање накнаде за пружену услугу, међутим она не представља каузу тог стицања.⁷¹⁴ Уговорни наследник се јавља као учесник у оставинском поступку, док давалац издржавања од момента делације, без спровођења оставинске расправе, стиче ствари и права које су наведене у уговору. Давалац издржавања је овлашћен да се на основу уговора о доживотном издржавању, укњижи као сопственик непокретности у јавном регистру. Уговор о доживотном издржавању не утиче ни на законско, ни на завештајно наслеђивање, већ утиче само на састав заоставштине, јер се све оно што је предмет уговора о доживотном издржавању изузима из оставинске масе.

Ова два уговора се такође разликују у погледу њиховог предмета. Док предмет уговора о наслеђивању могу бити ствари и права која припадају завештаоцу у моменту смрти и која нису постојала у имовини завештаоца у моменту закључења уговора о наслеђивању, предмет уговора о доживотном издржавању могу бити само оне ствари и она права која постоје у моменту закључења уговора, али не и будућа права. Давалац издржавања има одређене предности у односу на уговорног наследника јер прималац издржавања не сме располагати стварима и правима којима је располагао уговором о доживотном издржавању, а давалац издржавања ово своје право може заштити различитим правним механизмима (нпр. хипотека, залога, и др.). Уговорном наследнику не стоје на располагању ова средства и уговорни оставилац је слободан да располаже предметом уговора о наслеђивању правним пословима *inter vivos*.

Оно што у највећој мери фаворизује уговор о наслеђивању у односу на уговор о доживотном издржавању јесте заштита нужних наследника. Вредност којом је прималац издржавања располагао уговором о доживотном издржавању не улази у састав заоставштине, док то није случај са стварима и правима којима је уговорни оставилац располагано уговором о наслеђивању. Дакле, за разлику од уговора о доживотном издржавању, уговором о наслеђивању се не дира у нужни део нужних наследника.⁷¹⁵ Из тог разлога нужни наследници уговорног оставиоца могу да траже заштиту свог нужног дела, док нужни наследници примаоца из уговора о доживотном издржавању немају то право. Управо због могућности изигравања нужних наследника, уговор о доживотном издржавању се често користи у шпекулативне сврхе и закључује се као симуловани правни посао, нарочито јер је његово закључење дозвољено између лица међу којима постоји законска обавеза издржавања.

Због тога, гледано из позиције заштите нужних наследника, уговор о наслеђивању има предност у односу на уговор о доживотном издржавању, јер се њиме не дира у нужни део нужних наследника. Нужни наследници уговорног оставиоца могу да траже заштиту свог

⁷¹³Н. Стојановић, „Однос уговора о доживотном издржавању и осталих наследноправних уговора“, *Уговор о доживотном издржавању*, Ниш, 1997, 111.

⁷¹⁴Н. Гавела, В. Белај, *Насљедно право*, Загреб, 2008, 435.

⁷¹⁵Н. Стојановић, „Зашто је уговор о наслеђивању забрањен у нашем праву?“, *Правни живот*, бр. 10 (2003), 177.

нужног дела, док то није случај са нужним наследницима примаоца издржавања. Из наведених разлога сматрамо да би било исправније увести уговор о наслеђивању између супружника, а из њега искључити уговор о доживотном издржавању супружника, баш као што то и предвиђа Преднацрт.

Други правни посао који треба испитати да би се боље сагледала неопходност увођења уговора о наслеђивању јесте брачни уговор. Брачни уговор такође представља правни посао који би, евентуално, могао да надомести недостатак постојања уговора о наслеђивању у нашем правном систему. О односу брачног уговора и уговора о наслеђивању у наставку који следи.

9. 2. Однос уговора о наслеђивању и брачног уговора

Брачни уговор је правни посао којим се уређују имовински односи супружника за време брака, као и за случај његовог престанка. У погледу престанка посебно се има у виду развод брака, а не престанак брака смрћу. Међутим, брачни уговор производи одређење правне последице и за случај смрти једног од супружника тако што посредно утиче на састав заоставштине умрлог супружника. С обзиром на сумарност нашег законодавног решења, овде се јавља неколико питања.

Оставинску масу супружника сачињава она имовина коју је он имао у часу смрти. Ако је за живота оставиоца важио режим заједничке имовине супружника, по смрти оставиоца одредиће се удели супружника у заједничкој имовини и ликвидираће се заједничка имовина. У заоставштину оставиоца улази његова посебна имовина и његов удео у заједничкој имовини.

Приликом утврђивања састава заоставштине спорним се могу јавити одредбе брачног уговора у односу на нужне наследнике, у случају када уговором одређени удео надживелог супружника прелази законом предвиђени удео од једне половине, или је на други начин брачним уговором вршено располагање у корист надживелог супружника у мери да је тим повређен нужни део наследника. Овде се поставља питање да ли нужни наследници имају право захтевати урачунавање оног дела који прелази половину вредности брачне тековине у обрачунску вредност заоставштине? Односно да ли се располагањем брачним уговором могу заобићи одредбе Закона о наслеђивању које штите интересе нужних наследника?

Проблем се може јавити јер наш ПЗ не одређује предмет брачног уговора, те се може закључити да његов предмет може бити све осим оног што није у супротности са уставом, императивним прописима и моралом. С обзиром на овакво одређење предмета брачног уговора лако је замислива ситуација у којој би уговорним располагањима били повређени интереси нужних наследника. Овакво широко одређење предмета брачног уговора веома је ретко у упоредном праву,⁷¹⁶ те би било неопходно одредити одређена ограничења, као што ми и предлажемо у седмој глави рада, предвиђајући законски уређене имовинске моделе за које се супружници у брачном уговору могу определити.

⁷¹⁶ Овакво широко одређење предмета брачног уговора среће се у земљама наследницама бивше СФРЈ. S. Bubić, „Ugovorni bračni režim u pravu EU i u uporednom pravu“, *Evropsko zakonodavstvo*, Vol. 7, No. 25-26, 2008, 103.

У израчунавању дела нужних наследника на чисту вредност заоставштине додаје се вредност свих поклона које је оставилац на било који начин учинио неком од законских наследника, независно од тога ком наследном реду припадају и да ли могу и хоће да наследе, као и вредност поклона за које је оставилац наредио да се наследнику не урачунају у наследни део. Свему томе додаје се и вредност поклона које је оставилац у последњој години свог живота учинио онима који нису законски наследници.⁷¹⁷ У вредност заоставштине на основу које се израчунава нужни део не улазе добра која је законски наследник стекао пуноважним уговором о уступању и расподели имовине за живота, оно што је оставилац утрошио на издржавање и школовање законског наследника, поклони учињени у добротворне и друге општекорисне сврхе и мањи уобичајени поклони.⁷¹⁸ Поклоном се сматра свако одрицање од права, па и одрицање од наслеђа у корист одређеног наследника, отпуштање дуга, оно што је оставилац за живота дао наследнику на име наследног дела или због оснивања или проширења домаћинства или обављања занимања, као и свако друго бесплатно располагање.⁷¹⁹ Ако би се утврдило да је повређен нужни наследни део, нужни наследник има право да захтева смањење тестаментарних располагања оставиоца и враћање поклона.⁷²⁰ Поставља се питање да ли би се располагања супружника учињеном у брачном уговору могла сврстати у неку од категорија које се урачунавају у вредност заоставштине за потребе израчунавања вредности нужног дела?

У оставинску масу умрлог супружника улази само она имовина која му је припадала у часу његове смрти, те тако у заоставштину улази само његов удео у заједничкој имовини. Надживели супружник има право захтевати издвајање свог удела у заједничкој имовини пре отварања заоставштине. Овде су могућа два финала: једно је да није закључен брачни уговор, те да се примењује претпоставка једнаких удела, а друго је да је закључен брачни уговор те се у том случају поставља питање односа одредаба брачног уговора и наследноправних одредаба у вези са израчунавањем обрачунске вредности заоставштине у вези са нужним наследницима у случајевима када удео надживелог супружника у заједничкој имовини прелази законом утврђен лимит од једне половине. Основно питање које се овде поставља јесте да ли би било могуће брачним уговором изиграти нужне наследнике?

Брачни уговор је специфичан уговор који има особену правну природу те је због тога потребно општа правила облигационог права модификовати начелима породичног права. Ипак, све док не буде детаљније опредељен однос располагања учињеног у брачном уговору са правима нужних наследника, мишљења смо да се и на овај случај протеже опште правило пуноважности садржине брачног уговора те да неће бити пуноважно оно располагање које је у супротности са императивним прописима. Управо правила о нужном наслеђивању представљају императивна правила, те ће се морати отклонити последице сваког располагања супружника учињеног на штету нужног наследника.⁷²¹

⁷¹⁷ Чл. 48. ЗоН Србије.

⁷¹⁸ *Ibid.*, чл. 49.

⁷¹⁹ *Ibid.*, чл. 50.

⁷²⁰ *Ibid.*, чл. 53.

⁷²¹ У теорији се могу чути ставови како би требало поштовати одредбе брачног уговора те да се не треба дирати у оно што су они брачним уговором уговорили, чак иако би та располагања ишла на штету нужних наследника. Ово становиште полази од тога да је идеја закључења брачног уговора расподела имовине за случај престанка брака. Која је разлика између престанка брака разводом и престанка брака смрћу једног супружника? Ако се одредбе брачног уговора примењују у случају развода брака, зашто се воља супружника не би поштовала по престанку брака смрћу једног супружника? Брачни уговор је врста заштите међусобних али и личних имовинских интереса

Док год се у наш правни систем не уведе одговарајућа законска одредба која би регулисала евентуални сукоб интереса супружника и нужних наследника, примењиваће се опште правило према коме одребе брачног уговора не смеју бити у супротности са императивним прописима међу које спадају и одредбе о регулацији правног положаја нужних наследника.

У упоредном праву, брачни уговор често производи наследноправна дејства, те се надживелом супружнику пружа правна заштита кроз брачноимовински режим који има наследноправне последице.⁷²² У Баварској постоји институт који омогућава супружницима да успоставе трајну заједницу добара. Ова заједница обухвата целокупну имовину супружника, коју после смрти једног од њих други супружник држи и користи све до своје смрти. На овакав уговор се не примењују ни одредбе о редукцији поклона у случају повреде права на нужни део.⁷²³ У француском праву је изричито предвиђено да удео у заједничкој имовини, који је опредељен у складу са споразумом супружника у брачном уговору, може да припадне надживелом супружнику. Дакле у француском правном систему је изричито предвиђено дејство брачног уговора *mortis causa*.⁷²⁴

Брачни уговор и уговор о наслеђивању одликују бројне сличности. На првом месту најчешћи субјекти оба уговора јесу супружници.⁷²⁵ У погледу предмета и један и други уговор могу бити закључени како у погледу постојеће тако и у погледу будуће имовине. Прописивањем да се брачни уговор може закључити како поводом садашње тако и будуће имовине супружника избрисана је једна од суштинских разлика између наследноправних и облигационоправних уговора, а то је да будућа имовина може да буде предмет само наследноправних уговора.⁷²⁶ На тај начин су се ова два правна посла још више приближила.

Од предмета брачног уговора зависи и састав заоставштине. Зависно од одступања од законског имовинског режима мења се и састав заоставштине супружника. Тако на пример ако

супружника. Ако би се применило другачије правно финале у случају престанка брака смрћу, поступали би противно вољи уговорника и противно идеји постојања брачног уговора. Тако Д. Софкић Каденић, „Брачни уговор и уговор о наслеђивању у праву Федерације Босне и Херцеговине као инструмент јачања правног положаја надживјелог брачног партнера“, *Зборник радова са научног скупа Развој породичног права-од националног до европског, Мостар, 2012*, 145. Мишљења смо да је овакво схватање претерано потенцирање начела аутономије воље, без рачунања на оградe које сваки систем мора постављати овом начелу. И поред велике тежње ширењу аутономије воље лица, императивне нормe и даље морају имати превагу и не би се смеле релативизовати у мери да очигледно штете трећим лицима, у овом случају нужним наследницима.

⁷²² Тако је и у системима који познају класични уговор о наслеђивању (нпр. Немачка, Данска).

Брачни уговори производе наследноправне последице и у данском праву. Супружници могу брачним уговором да уговоре да сва њихова добра, или један део, неће чинити њихову заједничку имовину, већ да ће представљати посебну имовину једног од супружника.

⁷²³ A. Dutta, „The Legal Protection of the Surviving Spouse – German Law in Comparative Perspective“, *Inheritance Law – Challenges and Reform*, (ed. T. Frantzen), Berlin, 2013, 48.

У циљу смањења трошкова, у немачком праву често се комбинује брачни уговор и уговор о наслеђивању. Међутим, ако се приликом сачињавања брачног уговора у истом акту саставља и уговор о наслеђивању, пуноважност и једног и другог споразума је по правилу условљена. Тако, ако не би дошло до закључења брака, ни уговор о наслеђивању не би производио правна дејства, осим ако другачије не би било уговорено.

⁷²⁴ F. Ferran, *Le notaire et le règlement de la succession*, Paris 2003, 47, наведено према: М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, Београд, 2015, 209.

⁷²⁵ Предлог садржан у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, предвиђа допуштеност закључења уговора искључиво међу супружницима.

⁷²⁶ D. Softić Kadenić, „Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda“, *Nova pravna revija – časopis za domaće njemačko i evropsko pravo* 2/2011, Bonn-Sarajevo, 2011, 41.

би се брачним уговором предвидело да ће оно што би требало бити заједничка имовина супружника, бити посебна имовина једног супружника, тада ће се заоставштина тог супружника умањити за износ за који би представљао његов удео у заједничкој имовини.

Поједини аутори сматрају да имовина која је предмет брачног уговора не може улазити у састав заоставштине јер би се тиме изиграо смисао постојања овог института.⁷²⁷ Нама се ово становиште чини једностраним. Наиме, брачни уговор може бити како теретан тако и добротин, те ће у зависности од располагања у брачном уговору (добротина или теретна), зависити и обрачунска вредност заоставштине. Односно, ако се у брачном уговору ради о добротиним располагањима, онда нужни наследници према општим правилима о урачунавању поклона могу бити намирени из ове вредности док то не би био случај када се ради о теретним располагањима.

Поред сличности у погледу предмета ова два уговора може се говорити и о случности у погледу тога што се код нас брачним уговором могу уређивати само имовински односи, а не и лични односи супружника. Иста је ситуација и код уговора о наслеђивању.

Из свега наведеног ми изводимо закључак да се брачни уговор у нашем правном систему може сврстати у једну врсту уговорног наслеђивања у ширем смислу. Наиме, уређењем имовинског режима у брачном уговору се директно утиче на састав заоставштине и самим тим и на наслеђивање.

Основна разлика, која постоји и поред свих наведених сличности ова два правна посла, јесте то што брачни уговор представља правни посао *inter vivos*, а уговор о наслеђивању *mortis causa*. Ова разлика је навела Станковића да постави једно сувисло питање а то је из ког разлога је у нашем праву могуће утицати на састав заоставштине правним пословима међу живима и тако посредно уређивати наслеђивање, а забрањује се непосредно уређење наследноправних последица смрти једног супружника, правним послом за случај смрти – уговором о наслеђивању?⁷²⁸

Увођењем уговора о наслеђивању у правни поредак увело би се још једно средство које супружницима омогућује планирање своје имовине. Како се ради о правном послу *mortis causa* уговор о наслеђивању може да допуњује брачни уговор као правни посао *inter vivos*. Комбиновањем инструмената брачног и наследног права супружници би могу постићи потпуније индивидуално и међусобно усаглашено уређење имовинских односа.

Мишљења смо да би се увођењем уговора о наслеђивању, поред брачног уговора, обезбедило још једно средство погодно за индивидуализовано уређење имовинских односа супружника. Комбинацијом ова два института могао би се побољшати положај надживелог супружника,⁷²⁹ уз истовремену заштиту интереса нужних наследника, односно већи степен правне сигурности.

⁷²⁷ D. Softić Kadenić, „Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Nova pravna revija – časopis za domaće njemačko i evropsko pravo* 2/2011, 2011, 41.

⁷²⁸ М. Станковић, *Уговорно наслеђивање између супружника*, Београд, 2015, 212.

⁷²⁹ Тако и D. Softić Kadenić, „Брачни уговор и уговор о наслеђивању у праву Федерације Босне и Херцеговине као instrument jačanja правног положаја надживелог брачног партнера“, *Zbornik radova sa naučnog skupa Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog*, Mostar, 2012, 138.

Увођењем уговора о наслеђивању било би омогућено супружницима да у оквиру брачног уговора врше алтернативна располагања: за случај развода брака, али и за случај престанка брака смрћу једног од супружника, што би омогућавало финале прилагођеније сваком конкретном случају.⁷³⁰

9.3. Уговор о наслеђивању у Преднацрту Грађанског законика Реп. Србије

Преднацрт Грађанског законика предвиђа увођење уговора о наслеђивању. Уговор о наслеђивању дефинише као уговор којим једно лице оставља своју заоставштину или њен део у наслеђе свом саговорнику и наводи се да се такав уговор може закључити само између супружника.⁷³¹ Преднацрт предвиђа увођење овог института само за супружнике, не и за друга лица. Међутим, наводи да се његова дејства не морају протезати само на супружнике, већ да се он може закључити у корист деце једног⁷³² или другог супружника, њихове заједничке деце, њихових усвојеника или других потомака.⁷³³ Овакво законско решење би омогућило међугенерациски пренос имовине, што представља једну од функција уговорног наслеђивања и у упоредном праву.⁷³⁴

Из којих разлога наш Преднацрт предвиђа увођење уговора о наслеђивању између супружника? На првом месту сматрамо да се оваквим решењем жели обезбедити правно средство путем ког би се поправио наследноправни положај надживелог супружника.

Поред брачног уговора и уговора о наслеђивању, када је реч о побољшању правног положаја надживелог супружника, супружницима су на располагању још неки правни инструменти (уговор о доживотном издржавању, уговор о уступању и расподели имовине за живота). Међутим, с обзиром на изложене недостатке уговора о доживотном издржавању између супружника, мишљења смо да би овај инструмент требало искључити из нашег правног система и заменити га уговором о наслеђивању.

При томе у неким правним системима постоје посебна правила у погледу положаја надживелог супружника у односу на породични дом (у Аустрији у виду установе *Vorausvermächtnis* (§758. ABGB), у Немачкој у виду установе *Vermächtnis des Voraus* (§1932 BGB)), те друге одредбе у циљу јачања положаја супружника у односу на остале наследнике, што се означава као прелазак са тзв. вертикалног наследног права које фаворизује децу и остале потомке, на хоризонтално наследно право у коме се права других наследника ограничавају у корист надживелог супружника. Д. Софтић Каденић, „Ново наслеђно право у ентитетима Босне и Херцеговине *de lege lata* и *de lege ferenda*“, *Нова правна ревија, часопис за домаће, њемачко и европско право*, 1/2011, 39. Неки правни системи познају и заједнички тестамент (нпр. у немачком праву у виду установе *gemeinschaftliches*, а нарочито повољан модалитет заједничког тестамент за надживелог супружника у немачком праву је тзв. берлински тестамент). М. Повлакић, Д. Софтић Каденић, „Да ли је потребно увести нове форме располагања *mortis causa* у наслеђно право у БиХ“, *Зборник радова Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 10., Мостар, 2012, 195-200.

⁷³⁰ D. Softić Kadenić, „Bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju u pravu Federacije Bosne i Hercegovien kao instrument jačanja pravnog položaja nadživjelog bračnog partnera“, *Zbornik radova sa naučnog skupa Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog*, Mostar, 2012, 148.

⁷³¹ Могућност закључења уговора о наслеђивању само између супружника предвиђена је у аустријском праву, док у праву Немачке и Швајцарске овај правни посао могу закључити сва лица.

⁷³² Пажњу привлачи могућност да се уговором располаже у корист детета само једног од супружника и тиме пружи посебна заштита деце која нису заједничка, која би у случају законског наслеђивања добила мањи проценат заоставштине у односу на заједничку децу.

⁷³³ Чл. 2684. Преднацрта Грађанског законика Србије.

⁷³⁴ A. Braun, „Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs – Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium, and Italy“, *Zeitschrift für Europäische Privatrecht*, 3/2013, 468.

У току брака супружници су животно, а и законски дужни да се међусобно помажу.⁷³⁵ Док траје заједница живота у браку супружници заједнички и споразумно воде рачуна о заједничком домаћинству и о подмиривању разноврсних заједничких потреба. У случају смрти једног од супружника, за надживелог супружника настају велике промене, како емотивне, тако и економске. Неповољност његовог положаја посебно долази до изражаја када се на наслеђе позива у другом наследном реду, јер између лица у том наследном реду не може настати законска обавеза издржавања. Неповољност положаја надживелог супружника није остала неконстатована од стране законодавца, те је предвиђен институт повећања законског наследног дела.⁷³⁶ Недостаци ове установе доводе до неизвесности њених ефеката, те она не омогућава супружницима да за живота постигну извесност у погледу положаја у ком ће се наћи у случају смрти једног од њих. Уговор о наслеђивању би могао бити тај институт који би надоместио наведени недостатак.⁷³⁷

Још један од разлога за увођење уговора о наслеђивању само између супружника јесте у томе што се у случају када су супружници уговорне стране овог уговора, у пракси не могу испољити неке његове мане. Реципрочни уговор о наслеђивању уз правила о заједничкој имовини, може бити ефикасно средство заштите интереса оба супружника, као и нужних наследника неког од њих. Ова ефикасност се постиже с обзиром на то да уговор о наслеђивању спречава уговорнике да његовим предметом располажу правним пословима *mortis causa*, док правила о заједничкој својини забрањују да један супружник самостално располаже добрима на којима постоји заједничка својина правним пословима *inter vivos*. Из наведених разлога било би оправдано увођење уговора о наслеђивању међу супружницима у погледу добара на којима постоји њихова заједничка својина.⁷³⁸

Што се тиче пуноважности уговора о наслеђивању Преднацрт предвиђа да ће уговор бити пуноважан и ако се са његовим закључењем није сагласио неки од потомака сауговорника који би по закону био позван да их наследи.⁷³⁹ Законодавац даје велику слободу супружницима, дозвољавајући да њихова сагласна воља производи правна дејства без обзира на друга лица која би се можда противила неком поступању супружника.

Уређујући питање форме уговора, законодавац се определио да за његову пуноважност захтева судску оверу. Судија је дужан да пре овере прочита странкама уговор и нарочито их упозори да имовина која је предмет уговора не улази у њихову заоставштину и да се њоме не могу намирити нужни наследници. Уколико наведено не буде испуњено уговор би био ништав. Судија би био дужан да на самом уговору потврди да су те радње учињене. Поред судске овере уговора, законодавац предвиђа да уговор може сачинити и јавни бележник у облику јавнобележничког записа, уз упозорење на последице предвиђене у овом члану.⁷⁴⁰ Прописивање

⁷³⁵ Чл. 25 ПЗ.

⁷³⁶ О овој установи и њеном одражају у пракси види: Д. Ђурђевић, *Одређивање и промена законског наследног дела*, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 2001.

У Хрватској је институт повећања наследног дела надживелог супружника у другом наследном реду укинут 2003. године. О томе види: Т. Јосиповић, „*Nasljeđivanje na temelju zakona*“, *Novo nasljednopravno uređenje*, Zagreb, 2003.

⁷³⁷ Д. Ђурђевић, „Увођење уговора о наслеђивању у српско право“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, 202.

⁷³⁸ *Ibid.*, 208.

⁷³⁹ Чл. 2685. Преднацрта Грађанског законика Србије.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, чл. 2686.

обавезе обавештавања уговорних страна о последицама закључења овог уговора веома је битна. Правилна употреба одређеног института повезана је са информисаношћу оних који га користе.

Спорним моментом у предлогу датом у Преднацрту видимо у опредељењу да имовина која је предмет уговора не улази у заоставштину те да се њоме не могу намирити нужни наследници.⁷⁴¹ Овакво законско решење, уз прописивање непотребности сагласности других заинтересованих лица при закључењу уговора о наслеђивању, видимо као извесно претеривање у давању слободе вољи супружника, и потенцијално стављање нужних наследника у неравноправан положај. Јасна је идеја која је водила законодавца у овом смеру (јачање правног положаја надживелог супружника, нарочито када се он налази у другом наследном реду), али сматрамо да га је одвела у крајност, где је положај нужних наследника неповољно постављен. Давањем могућности да супружници међусобно закључују уговор о наслеђивању само по себи представља довољну могућност за заштиту њихових имовинских интереса, док сматрамо да је у сваком случају, па и у овом, потребно пружити заштиту нужним наследницима кроз установу нужног дела. Средњи, умерени курс у свему је најбоље решење, па тако и у одмеравању чијем интересу дати превагу. Оваквим поступањем били би заштићени интереси и надживелог супружника, али и нужних наследника.

Питање предмета уговора опредељено је тако што уговор може обухватити заоставштину уговорника или њен део.⁷⁴² Дата дефиниција јесте свеобухватнија у односу на постојеће наследноправне инструменте којима се не може уговорити судбина будуће имовине оставиоца, али она и даље допушта одређена питања као и да ли је овај уговор могуће закључити као двостранообавзујући, теретни правни посао, као и да ли супружници могу да изврше узајамно именовање за наследника, као ни да ли може садржати елементе других уговора (нпр. уговора о доживотном издржавању).⁷⁴³

У Преднацрту се изричито забрањује уговор о будућем наследству или испоруци, и предвиђа се ништавост уговора о садржини завештања.⁷⁴⁴

Нормирајући уговор о доживотном издржавању законодавац изричито прописује да овај уговор међусобно не могу закључити супружници.⁷⁴⁵ Овакво решење је у складу са изложеним недостацима уговора о доживотном издржавању, али и њиховом међусобном искључивању. Предвиђајући увођење уговора о наслеђивању између супружника, постигла би се много боља заштита нужних наследника, али и евентуалних дужника који би симулованим уговорима о доживотном издржавању супружника могли бити изиграни.

Како је један од основних приговора увођењу уговора о наслеђивању његова начелна једнострана неопозивост, мишљења смо да би у Преднацрту требало предвидети случајеве у којима би био дозвољен једнострани раскид уговора. Ако би се закоником предвидела

⁷⁴¹ У Закону о наслеђивању Федерације БиХ прописано је да у случају повреде права на нужни део(чл. 37-40), располагања учињена уговором о наслеђивању и тестаментом ће се смањити, а поклони ће се вратити да би се нужни део намирио. У члану 129. ст. 2. истог закона изричито је нормирано да се уговором о наслеђивању не могу отклонити правила о нужном наслеђивању. «*Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*», број 80/14.

⁷⁴² Чл. 2687. Преднацрта.

⁷⁴³ Тако и Т. Ђурђић, „Уговор о наслеђивању и уговор о доживотном издржавању“, *Правни живот*, бр. 10/2017, 634.

⁷⁴⁴ Чл. 2688. и 2689. Преднацрта.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, чл. 2702. ст. 4.

могућност једностраног раскида уговора о наслеђивању у случајевима када уговор изгуби своју каузу, не би више могао да се истиче аргумент о недовољној заштити уговорног оставиоца као разлог за неувођење овог института у наше право.⁷⁴⁶

Поред наведеног сматрамо да би било потребно предвидети и случајеве у којима би уговор на основу самог закона губио правну снагу (нпр. услед битно промењених околности као што то био нпр. развод или поништај брака;⁷⁴⁷ одрицање од наследства; смрт уговорног наследника пре уговорног оставиоца). Наведено нормирање иако се може учинити беспотребним јер представља само понављање општих принципа, ми сматрамо корисним. Када се уводи нови институт у правни систем, сама по себи таква околност може изазвати нејасности, тако да је пожељно дати детаљније појашњење самог института кроз његово пажљиво и исцрпно законско регулисање.

Мишљења смо да је нормирање уговора о наслеђивању у Преднацрту Грађанског законика добар корак у развоју нашег законодавства. Предвиђајући постојање овог института за уређење правног положаја надживелог супружника, уз укидање уговора о доживотном издржавању између супружника, сматрамо да би, уз наведене корекције могао представљати баланс између интереса надживелог супружника и нужних наследника. Не слажемо се са опредељењем законодавца да имовина која је обухваћена уговором о наслеђивању не би требала улазити у оставинску масу завештаоца те да се из ње не могу намиривати нужни наследници. Овакво поступање нарушило би «престабилисану хармонију»⁷⁴⁸ која је нужна у једном правном систему.

Увођењем уговора о наслеђивању у наше право, супружници би могли на јединствен начин да уреде свој брачноимовински режим, уређујући судбину заједничке имовине како за живота, тако и за случај смрти. Најзад, показало се да уговор о наслеђивању закључен између супружника има велике предности у односу на уговор о доживотном издржавању закључен између супружника. Увођењем уговора о наслеђивању између супружника допринело би се

⁷⁴⁶ Могућност једностраног раскида уговора од стране уговорног оставиоца предвиђа немачко право. У пар. 2293 предвиђа се могућност раскида ако је таква могућност предвиђена уговором о наслеђивању, док је у пар. 2294. и 2295. BGB прописано да је могућ једностраног раскида ако на страни уговорног наследника постоје разлози за искључење из наследства, као и ако је уговорено доживотно издржавање или нека друга обавеза, а уговорни наследник је не извршава.

Овакву могућност не дозвољава аустријско право. У пар. 1254. ABGB предвиђено је да се уговор о наслеђивању не може једнострано опозвати, али може бити поништен из уговорних разлога.

Као и сваки уговор, уговор о наслеђивању може престати споразумним раскидом уговора. Поред тога он може бити раскинут уколико уговорни наследник не испуни неку од уговорних обавеза или уколико сауговорник уговорног оставиоца не испуњава услове да би могао стећи својство наследника (нпр. неспособност или недостојност) или уколико уговорни наследник умре пре уговорног оставиоца код једностраног уговора о наслеђивању. Н. Суботић-Константиновић, Уговор о наслеђивању, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, том III, 556.

⁷⁴⁷ У Аустријском грађанском законнику се овај услов прописује, с тим да нормира да штетне последице развода брака не трпи онај супружник који није крив за развод или поништај брака. Пар. 1266. ABGB.

⁷⁴⁸ Радбрух истиче да је наследно право засновано на идеји „престабилисане хармоније“ између слободе тестирања и породичног (законског) наслеђивања. Законско наслеђивање изражава идеју заштите породице, док се кроз слободу тестирања штити приватна својина. како ова два принципа често долазе у сукоб, компромис је пронађен у установи нужног дела. Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1998, 160. Уговор о доживотном издржавању је управо због ове неравнотеже које би изигравање нужних наследника изазвало, непожељан инструмент у правном промету. Уговор о доживотном издржавању омогућује примаоцу издржавања да се грубо оглуши о социјални и морални обзир према члановима своје најуже породице.

правној сигурности, тако што би се умањиле злоупотребе које се огледају у закључењу симулованих уговора о доживотном издржавању између супружника, са циљем да се њиме изиграју нужни наследници као и да се избегну одговорности за дугове оставиоца.

10. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

У истраживању могуће садржине брачног уговора пошли смо од одређених хипотеза чију исправност смо проверавали кроз анализу одговарајућих правних института.

Прва хипотеза говори о постојању тенденција да се постојећи законски режим уређења имовинских односа супружника надограђује новим институтима брачног права који ће одражавати савремена настојања усмерена ка ширењу аутономије воље супружника. Доказујући ову хипотезу пошли смо од позитивноправног решења нашег права. Реформом породичног законодавства у Србији 2005. године предвиђена је могућност да се брачним уговором дерогира законски имовински режим. Овакво поступање законодавца није усамљено у пракси већ је део шире, међународноправне тенденције признавања све ширег дејства аутономији воља супружника. Данас скоро да не постоји законодавство које не предвиђа могућност закључења брачног уговора. О брачном уговору се често говори као о новом институту нашег правног система који води либерализацији брачних имовинских односа, али је још 1844. године, доношењем Српског грађанског законика, брачни уговор уведен у наш правни систем. Каснији породични закони нису предвиђали могућност да супружници изврше дерогацију законског имовинског режима, па самим тим у овом периоду не можемо говорити о постојању брачног уговора у данашњем смислу те речи. Закон о браку и породичним односима СР Србије давао је одређену слободу супружницима, али та слобода ипак није дозвољавала потпуну дерогацију законског имовинског режима. Реформом породичног законодавства 2005. године овај институт се враћа у наш правни систем. Породични закон Србије регулише овај институт у само једном члану дајући супружницима изузетно широку аутономију воље која је ограничена само општим правилима облигационог права. Преднацрт Грађанског законика Србије посвећује целу једну главу брачном уговору и кроз једанаест чланова регулише брачни уговор. Реформа српског грађанског законодавства која је почела 1844. године, а траје и данас, показује тенденцију да овај институт добије ширу примену и већи значај у позитивном праву Србије и стога смо ми приступили проучавању брачног уговора као извесности нашег правног система. Поред јасног стремљења нашег законодавца одржавању у правном систему овог института, у корист наше хипотезе говори и тенденција која у погледу овог института постоји на нивоу Европске Уније. За разлику од других грана права у којима је Европска унија постигла хармонизацију, са породичним правом то није случај. Питање о којем не постоји општа сагласност аутора је приближавање породичноправних режима. Оно што је спорно је став да породично право одражава темељне вредности друштва и због тога се поставља питање да ли би хармонизација у овој правној грани била корисна. Брачни имовински режими у Европи су разнолики и они одражавају основне вредности одређеног друштва, те због тога процес хармонизације у овој области неће ићи лако. Без обзира на потешкоће и упитност корисности самог процеса приближавања правних система, од саме идеје на европском нивоу се не одустаје. Неки сматрају да је брачни уговор управо тај институт који би могао да игра важну улогу у процесу хармонизације породичног права и предвиђају различите начине за хармонизацију уговорних имовинских режима. На брачни уговор гледају као на инструмент приближавања правних система јер је хармонизација породичног права лакше замислива на подручју уговорног него на подручју законског имовинског режима. Такво мишљење дато је у Студији о брачним режимима брачних парова и о имовини ванбрачних парова у мађународном приватном праву и унутрашњем праву држава чланица ЕУ. У наведеној студији Европска комисија је стала на становиште да није основано очекивати постизање споразума између држава чланица ЕУ о

усвајању брачног имовинског режима који би био јединствен и заједнички свим државама чланицама. Наводи се да би било прихватљиво успостављање европског супсидијарног имовинског режима, по природи уговорног. Надаље се истиче да би давање могућности брачним супружницима да сами прихвате брачни режим који би био заједнички свим европским грађанима и који би на јединствен начин уредио њихове имовинске односе допринело међусобном приближавању националних прописа. У циљу обавештавања трећих лица предложено је да се у европски уговорни режим унесе одредба која установљава јавни регистар брачних уговора. На основу наведеног произилази да би управо брачни уговор могао бити фактор приближавања и потенцијалне хармонизације законодавстава земаља чланица.

Следећом хипотезом смо тврдили да је природа брака крајње ограничење аутономије воље супружника приликом избора начина уговорног уређења имовинских односа у браку. Слобода уговарања поред консензуализма представља основно начело савременог уговорног права. Ова начела никада нису била апсолутна, а њихова ограничења зависе од разних фактора. Принцип слободе уговарања добио је најшире оквире у учењу теорије аутономије воље. Аутономија воље и њена ограничења нису два супротстављена појма већ су израз јединствене идеје. Слобода и њена ограничења представљају јединствену целину коју чине слободе, али и ограничења одређеној слободи ради слободе других лица и њихове аутономије. Тако, ради испуњења теорије аутономије воље, неопходно је ограничити аутономију воље једног субјекта зарад аутономије воље другог субјекта. Један од израза начела аутономије воље у грађанском праву јесте слобода уговарања. Слобода уговарања не може бити неограничена. Неограниченост индивидуалне воље довела би у питање сувереност интереса других лица, а и општег интереса. Ограничења слободе уговарања су бројна. У члану 10. ЗОО прописана су општа ограничења аутономији воље (принудни прописи, јавни поредак и добри обичаји). У случају брачног уговора, поред ових ограничења, појављује се и сам брак, као институт чија природа изискује модификације правила уговорног права, прилагођавајући их специфичности брачних односа. Споразумно уређење имовинских односа супружника треба да представља компромис између аутономије воље супружника и природе института брака, у чему брак, као примарна појава има предност у односу на уговор којим се уређује питање имовине која је секундарна појава брака. Стога, аутономија воље супружника мора бити подвргнута двостуким ограничењима: прво општим ограничењима слободе уговарања предвиђених уговорним правом, а затим и посебним ограничењем које произлази из природе брака и брачних односа. У овом раду ми смо предложили такво ограничење у виду законског регулисања два додатна имовинска режима, где се аутономија воље супружника манифестује у избору неког од законом понуђених имовинских режима. Овим ограничењем штите се интереси оба супружника, али и шире породичне заједнице. На овај начин постижемо равнотежу између слободе уговарања, која је опште начело модерног права, и заштите основних вредности брака и породице што је од кључног значаја за друштво и државу. Држава је дужна да штити брак, јер браком настаје породица која чини основ једног друштва. Позитивноправно уређење брачног уговора које супружницима даје скоро потпуну слободу уговарања, баш као и било којим другим субјектима који нису повезани неким примарним односом, не уважава чињеницу да је брачни уговор супсидијеран браку и да мора уважавати основне вредности система у оквиру ког се јавља. Одређење садржине, које је омеђено само оним ограничењима које познају обични уговори, у случају брачног уговора може изазвати неправичне исходе и довести до изигравања сврхе због које је установљен брачни уговор. По нашој позитивноправној регулативи брачног уговора, могло би бити уговорено да, на пример сва имовина припадне само једном супружнику, или да само један супружник сноси све обавезе око вођења заједничког домаћинства, и др. Мишљења смо да би оваква уговарања која

не одражавају заједништво које је суштина брака, била противна институту брака, те да се не смеју дозвољавати таква уговарања. Из тих разлога смо предложили два опциона имовинска режима: режим одложене заједничке имовине и режим заједнице добара. Први режим би погодовао лицима која током брака желе већу економску самосталност, али и заштиту својих и интереса породице у случају престанка брака, док би режим заједнице добара погодовао оним лицима која желе потпуније имовинско заједништво у односу на оно које предвиђа законски имовински режим. Прописивањем режима за које супружници могу да оптирају у свом брачном уговору је продукт чињенице да је за правилну употребу института брачног уговора неопходно да он буде прилагођен самом браку и примарном односу лица која га закључују. Самим тим, ограничење које се испољава у постојању могућности избора између два додатна имовинска режима јесте оно које је условљено браком. Тако да можемо закључити да институт брака јесте крајње ограничење слободе уговарања супружника, те да се то ограничење не треба схватати као нешто лоше већ као нешто што је природно и логично. Имовински модели које ми предлажемо, а за које супружници у свом брачном уговору могу да оптирају, јесу још једно средство у циљу постизања баланса „моћи“ и правичног уговарања те постизања праве слободе оба супружника. Да би се постигла што већа правичност и што више сузбила могућност злоупотребе, ови законски модели треба да се користе у интеракцији са независним правним саветом у процесу закључења брачног уговора, праћеног могућношћу опозивања уговора те његове измене током трајања брака, до судске контроле правичности одредаба брачног уговора у моменту његовог извршења. Мишљења смо да би само оваква вишестепена контрола процеса закључења и извршења брачног уговора омогућила да се оствари циљ због ког је и настао концепт брачног уговора а то је омогућавање супружницима да своје имовинске односе уговоре на другачији начин од законом предложеног, али решење које ће погодовати интересима оба супружника, а не само једног од њих. Верујемо да ће се наћи они који ће овакву вишеструку проверу те стриктно прописивање процеса закључења до процеса извршења брачног уговора окарактерисати као сужавање аутономије воље супружника, те обесмишљавање постојања брачног уговора. До оваквог закључка би могли доћи они који брачни уговор перципирају као још један комерцијални уговор, и који начело аутономије воље посматрају у контексту класичне уговорне теорије као законски формиран безлични појам, утопистички схваћен у потпуној изолацији размишљања индивидуа, размишљања које није под утицајем било ког спољног фактора. У раду је показано да ова концепција тешко може да опстане и у класичним комерцијалним уговорима, а нарочито не у брачном уговору. Редифинисањем аутономије воље и њеним посматрањем као слободе унутар туђе слободе, слободе која је вишеструко ограничена (реч ограничена овде се не користи са лошим призвучком, у животу, па самим тим и у браку је нужно многе ствари ограничити, а у браку се то односи на чињење корисне жртве љубави у циљу правог саживота две јединке) омогућује се другачији, реалистичнији, поглед који је ближи животној стварности те који самим тим мора водити до правилнијег и правичнијег исхода. Из тог разлога сматрамо да би се законски тачно наведеним корацима доприносило аутономији воља супружника, односно слободи уговарања оба супружника, а не да би се она ограничавала. Оваквим поступањем погодовало би се релационо схваћеној аутономији воље, те заштити „слабијег“ супружника и очувању суштине брака као јединства кроз љубав и у љубави у којој су двоје не само равноправни већ су и једно.

Трећа хипотеза коју смо поставили брачни уговор карактерише као својеврстан уговор. Брачни уговор је повезан са породичним правом јер су имовински односи у које супружници ступају у интересу самог брака и поводом брака, те су његова секундарна појава. Примена правила имовинског права на имовинске односе у браку ограничена је институтом брака и

његовом природом. Логика уговора је различитост позиција уговорних страна и супротстављеност интереса, а основа и смисао брака би требала да буде љубав. Брак због своје природе и суштине мора да задржи превласт над уговором, иначе он губи свој смисао. У случају превласти елемената имовинског права у односу на личноправне аспекте брака, брачна заједница би била сведена на партнерство лишено емоција у ком се форсира правни и животни процес деконструкције нужне брачне хармоније. Коегзистенција брака и уговора је могућа, ако извршење уговора остане изван извршења права и дужности које за супружнике-уговораче произлазе из брака. Природа и сврха брака одређују имовинске односе супружника. Како у брачним односима лични односи имају превагу у односу на имовинске, то и брачноправне норме имају превагу над имовинскоправним, те је због тога нужно имовинскоправне норме уподобљавати природи брака. У процесу прилагођавања имовинскоправних одредаба треба поћи од општих правила грађанског права. Општа правила грађанског права представљају полазну основу јер је брачни уговор ипак уговор, а посебна правила породичног права представљају одступања од општих начела. Одступања су толико значајна да се допушта закључак о аутономији овог посебног режима у односу на његов извор. Институт брака и значај који он има у једном друштву чине да начела брачног права одлучујуће утичу на начела имовинског права и да их мењају до тачке где она у јединству, као брачноимовинска правила задобијају другу природу. Разматрању ове хипотезе у раду смо посветили доста велик део. Прво смо утврдили исправност дате терминологије, и рашчланили појам брачног уговора. Реч уговор смо приближили кроз релациону уговорну теорију и њоме смо сам појам уговора испунили другачијим смислом од класичног схватања. Уговор према овој концепцији представља средство успостављања нормативног оквира унутар кога се одвијају односи кроз један дужи временски период, на уговор се не гледа као на средство санкције за неизвршење како то поставља класична уговорна концепција. Брачни уговор је сложен правни институт о чему говори и његов назив. Он на својеврстан начин припада и брачном и уговорном праву, али ни једном у целости. С обзиром да се ради о имовинским питањима која имају последице и на друга лица, а не само на стране уговорнице, неизоставна је примена правила облигационог права. Али с обзиром на специфичност субјеката уговорног односа примена правила облигационог права у његовом неизмењеном облику би водила неправичним исходима. Због тога је, у циљу правилне примене института неопходно правила облигационог права прожети правилима брачног права, да би она у целини довела до правилне примене овог правног института. Наведену измену правила облигационог права смо нарочито приближили кроз анализу начела аутономије воље на којој је и изграђен брачни уговор. Аутономију воље супружника смо разматрали кроз спектар релационе уговорне теорије. Како релациона уговорна теорије свој фокус ставља на однос страна уговорница и аутономија супружника је посматрана у живом односу супружника, а не као начело изоловано од контекста, односно начело које је настало под претпоставком равноправних преговарачких позиција страна уговорница.

Следећа хипотеза је везана за ванбрачне партнере као субјекте брачног уговора и тврди да због одређених разлика између брачне и ванбрачне заједнице, уговор којим се уређују имовински односи супружника не може да се користи за уређење имовинских питања ванбрачних партнера. У нашем позитивном праву на имовинске односе ванбрачних партнера сходно се примењују правила којима се уређују имовински односи супружника. Реч «сходно» у датој дефиницији омогућава да се не примене одређени институти, који због особености ванбрачне заједнице не могу правилно да се примене на ванбрачно партнерство. Особености ванбрачне заједнице, у неким случајевима, чине немогућим да се у непромењеном облику примене поједини правни институти, а да се при њиховој примени не наруши сам циљ и

природа ванбрачне заједнице. Речју «сходно» законодавац је оставио простор пракси да пронађе друге начине и друга средства којима ће се обезбедити законски пандан одређеном институту који служи задовољавању одређеног интереса или одређене потребе супружника, и да се на тај начин дође до праве и животне равноправности брачне и ванбрачне заједнице, равноправности која узима у обзир специфичности и циљ који су лица која су ступала у ванбрачну заједницу желели и постићи. Брачни уговор сматрамо једним од тих случајева. Ванбрачна заједнице се од брака разликује у многим аспектима, а један од основних јесте обавеза дељења која се очекује од лица која улазе у брак (дељење обавеза, осећања, вредности, мисли, животног циља, али и економских средстава), а коју ванбрачни партнери обично не примењују. Дељење се сматра врхунском вредношћу супружника те је неопходно да нека друга заједница, ако тежи томе да буде посматрана као брачна, односно да лица у њој имају права лица која се налазе у браку, у себи садржи ову основну вредност. Форма закључења брака у себи садржи обавезивање на дељење, док са друге стране одлука два лица која се налазе у емотивном односу не садржи ту обавезу. Брак повлачи са собом имовинска права и обавезе због тога што се са брачним заветима, сваки супружник својом слободном вољом обавезује брачној заједници да буде субјект сложеног сета правила понашања која иду уз улоге супружника и родитеља. Ванбрачна заједница се разликује по томе што у њој не постоји формални акт који указује на међусобно разумевање и упућеност у очекивана понашања која таква заједница живота носи, као што је то случај у браку. Истраживања показују да су ванбрачни партнери мање спремни да помогну свог партнера у односу на супружнике. Како ванбрачни партнери нису на себе преузели обавезе које су преузели супружници нема разлога да им се додељују брачна права. Непостојање било какве видљиве статусне промене као и широк спектар ванбрачних партнерстава условљавају немогућност тачног утврђивања да ли су ванбрачни партнери усвојили начела која карактеришу супружнике и с обзиром на које би им требало признати иста права као и супружницима. Особеност ванбрачне заједнице у односу на брачну се очитује и у погледу регистра брачних уговора. Као један од предлога и хипотеза ове дисертације наводи се обавезност увођења регистра брачних уговора. Како би се овај захтев могао обезбедити у односу на ванбрачне partnere? Како код нас не постоји регистар ванбрачног партнерства, на неки начин би било могуће да се лица легитимишу пред лицем које би вршило упис у регистар брачних уговора. Ако бисмо узели да би за утврђење постојања ванбрачне заједнице био надлежан јавни бележник који оверава брачни уговор, овакво поступање би означавало прешироко овлашћење јавних бележника које би могло довести до злоупотребе датих овлашћења. Ако бисмо судовима прописали ову надлежност, не би ли то било превелико компликовање и оптерећивање ионако преоптерећеног судства. Са друге стране, када би у наш правни систем био уведен регистар ванбрачних партнерстава, онда овај приговор не би стајао, али би и даље постојали други разлози који говоре у корист наше хипотезе о неправилности уређења имовинских односа супружника и ванбрачних партнера истим правним инструментом. Брак и брачна заједница одишу јасном специфичношћу јединства два лица супротног пола, већински се и даље уређују императивноправним нормама што указује на значај који ова институција има у друштву, а коју наш законодавац, као и други законодавци, јасно учува и скоро у целости законски формулише и штити. Акцесорност брачног уговора браку је несумњива, иако средства остваривања те акцесорности, још увек законски нису формулисана. Начин на који је обликован институт брачног уговора код нас не осликава све специфичности овог института, али већ сама чињеница да се ради о институту који у наслову носи реч „брачни“ довољно указује на његово разликовање и немогућност за правилним спровођењем у ванбрачној заједници. „Сходна“ примена кроз тумачење брачног уговора на начин да се прилагоди особеностима ванбрачне заједнице била би неприкладна и исувише извештачена, мењајући и изобличујући институт

брачног уговора до степена мењања његове суштине и претварања у неки други инструмент уговорног права. Специфичности ванбрачних заједница и идеја њиховог постојања противе се средствима која су потребна да се брачни уговор закључује и извршава на правилан начин, уз заштиту интереса оба супружника, али и трећих лица која могу бити оштећена закључењем тог брачног уговора. Наведене разлике наводе на закључак да није правилно изједначавати ванбрачну заједницу са брачном. Штавише, овакво изједначавање се може учинити дискриминаторним. Ово су заједнице лица која из себи својствених разлога не желе ступити у брак и која би онда била логика законски их присилно сврставати у круг оних лица која су оптирала за брак. Сам назив ванбрачна заједница имплицира овакав закључак. Несумњиво је да је потребно и пожељно дозволити ванбрачним партнерима да у складу са аутономијом воље уреде своје имовинске односе, али да то учине неким другим уговором, који ће уважавати особености ванбрачне заједнице у односу на брачну, уз истовремено обезбеђивање заштите интереса оба ванбрачна партнера, али и трећих лица о чијим интересима, а зарад и заштите јавног поретка, се мора водити рачуна. Увођење посебног имовинског уговора за ванбрачне partnere представљао би корак напред у праву ванбрачних партнера и корак напред ка општој правној сигурности грађана.

У заштити трећих савесних лица који са супружницима ступају у правне односе поставили смо хипотезу која гласи: у циљу заштите трећих савесних лица постоји потреба увођења регистра брачних имовинских уговора. Однос два лица у друштву не можемо посматрати независно од интереса трећих лица, те је потребно при регулацији једног правног института водити рачуна и о заштите интереса трећих савесних лица. У ту сврху, у многим областима права успоставља се начело публицитета (нпр. катастар, регистар привредних субјеката и сл.) како би трећа лица која ступају у имовинске односе са одређеним лицем била упозната са евентуалним ограничењима која постоје у погледу његове пословне способности или имовине. Тако је и са брачним уговором. Супружници у току трајања брака, заједнички или појединачно, закључују правне послове са трећим лицима. Поводом ових располагања јављају се две врсте проблема због којих сматрамо увођење регистра брачних уговора нужним. Први би био располагања једног од супружника предметом велике вредности из заједничке имовине без знања другог супружника, а други пропуст јавног бележника или лица који води јавне регистар права на непокретностима да заведе промену власништва на одређеној непокретности која је извршена у брачном уговору. Неке покретне ствари могу имати вредност еквивалентну непокретности, или чак и већу, али се нашим позитивним прописом не регулише заштита ових предмета. Као средство заштите супружника од злонамерног или несавесног поступања (располагања или отуђивања неког од предмета велике вредности) једног од њих ми видимо установљавање регистра брачних уговора. Јавношћу његове главне књиге, у којој би био доступан списак лица која су приступила његовом закључењу, омогућило би се трећим заинтересованим лицима да остваре право да једноставно провере да ли постоји брачни уговор између супружника, те да, ако увиде да постоји, могу да захтевају податак о томе како су они уредили својину над стварима које они желе да прибаве. На овај начин би се заштитио, како други супружник, тако и повећала правна сигурност за трећа лица која са супружницима ступају у правне односе. Други разлог због ког заступамо увођење регистра брачних уговора, јесте ситуација у којој би или нотар, или лице које води регистар непокретности пропустило да заведе промену у својини над одређеном непокретношћу. У овим случајевима, треће лице би могло, полазећи од регистра брачних уговора, добити сигурнију информацију о правном статусу одређене непокретности. Увођење јединственог регистра брачних уговора било би добро средство за олакшање одвијања правног промета, уз доприношење већем степену правне

сигурности. Као предлог уређења регистра брачних уговора навели смо словеначко решење које веома детаљно уређује овај регистар. Регистар брачних уговора би требало регулисати и посебним Законом о регистру брачних уговора, уз усвајање Правилника о регистру брачних уговора који би служио за регулацију техничких и организационих питања (нпр. питање начина рада, ажурирања података, трошкова регистрације, и др.). Регистар брачних уговора би требао да се састоји од главне књиге и збирке уговора. Главна књига би служила за похрањивање података о закљученим брачним уговорима (нпр. име и презиме, датум рођења, адреса, име родитеља и занимање, држављанство), времену овере и регистрације, као и именом нотара који је извршио оверу и регистрацију. Подаци из јавне књиге би били доступни заинтересованим трећим лицима, а увид би био дозвољен само лицима која докажу посебни интерес уз додатни услов сагласности супружника који су закључили брачни уговор. На супружника упис у регистар би деловао двоструко: од уписа у регистар брачни уговор би производио правна дејства, а такође би се каснији спречавали спорови око постојања брачног уговора, или спора око времена настанка у случају конкуренције два или више уговора. Увођење регистра брачних уговора у наш правни систем допринело би повећању сигурности у правном промету, уз истовремено повећање правне сигурности самих супружника (као носилаца права и обавеза које из њега произилазе), као и права заинтересованих трећих лица. Предвиђање регистра брачних уговора представљало би још један од корака ка свеобухватнијој и бољој регулацији брачних уговора у нашој земљи.

Последња хипотеза од које смо пошли у изучавању теме односи се на уговор о наслеђивању и његов однос са брачним уговором. У овој хипотези се наводи да постоји потреба увођења уговора о наслеђивању који би заједно са брачним уговором омогућио супружницима да у целости располажу својом имовином. Доследно спровођење аутономије воље у уређењу имовинских односа супружника изискује да се и односи *mortis causae* уреде уз поштовање овог начела. Прописивањем уговора о наслеђивању супружници би добили још једно средство којим би могли да располажу својом имовином. Како се ради о правном послу *mortis causa*, уговор о наслеђивању може да допуњује брачни уговор, као правни посао *inter vivos*, а са истим циљем омогућавања супружницима да што потпуније изразе своју вољу у погледу њихове заједничке имовине. Могуће је да би увођењем уговора о наслеђивању било подстакнуто закључивање брачног уговора. Брачни уговор би посредно, а уговор о наслеђивању непосредно штитио надживелог супружника. Комбинацијом инструмената брачног и наследног права супружници би могли постићи индивидуализовано и међусобно усаглашено уређење имовинских односа.

ЛИТЕРАТУРА

Књиге на српском и језицима произашлим из српско-хрватског језика:

- Антић, О., Балиновац, З., *Коментар закона о наслеђивању*, Београд, 1996;
- Антић, О., *Наследно право*, Београд, 2011;
- Антић, О., *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012;
- Антонић, С., *Искушења радикалног феминизма: моћ и границе друштвеног инжењеринга*, Службени гласник, Београд, 2011;
- Бакић, В. С., *Породично право*, Савремена администрација, Београд, 1973;
- Бенвенист, Е., *Речник индоевропских установа- привреда, сродство, друштво, власт, право, религија*, Издавачка књижница Зорана Стојановића, Сремски Карловци-Нови Сад, 2002;
- Богишић, В., *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Подгорица, 2004;
- Булатовић, В., *Историјат брачних уговора као врсте нотарских аката*, (специјалистички рад), Београд, 2005;
- Водинелић, В., *Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2014;
- Гамс, А., *Брачно и породично имовинско право*, Београд, 1966;
- Гамс, А., *Увод у грађанско право*, Београд, 1970;
- Димитријевић, В., *О браку и породици*, Православна ризница, Београд, 1998;
- Драшкић, М., *Ванбрачна заједница: грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака*, Београд, 1988;
- Драшкић, М., *Коментар Породичног закона: пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда, пракса редовних судова: према стању законодавства од 1. децембра 2015. године*, Службени гласник, Београд, 2016;
- Драшкић, М., *Породично право и права детета*, Београд, 2015;
- Драшкић, М., *Породично право*, Београд, 1998;
- Дудаш, А., *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Нови Сад, 2011;
- Ђурђевић, Д., *Институције наследног права*, Правни факултет, Београд, 2017;

- Ђурђевић, Д., *Одређивање и промена законског наследног дела*, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 2001;
- Јанковић, М., *Коментар закона о браку и породичним односима*, Привредна штампа, Београд, 1981;
- Јањић Комар, М., Кораћ, Р., Поњавић, З., *Породично право*, Београд, 1995;
- Ковачек- Станић, Г., *Породично право- партнерско, дечије и старатељско*, Нови Сад, 2014;
- Ковачек-Станић, Г., *Упоредно породично право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2002;
- Константиновић, М., *Реформа брака и заштита деце и мајки у Совјетском Савезу*, Београд, 1945;
- Константиновић, М., *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969;
- Лоза, Б., *Облигационо право, општи дио, четврто допуњено и измјењено издање*, Београд, 2000;
- Лукић, Д., Р., *Методологија права*, Београд, 1979;
- Марковић, Л., *Грађанско право. књига друга, Породично право*, Београд, 1927;
- Марковић, Л., *Породично право*, Београд, 1920;
- Младеновић, М., *Породично право у СР Југославији*, Београд, 1992;
- Младеновић, М., *Породично право, књига I*, Привредна штампа, 1981;
- Мораит, Б., *Облигационо право. Књ. 1, Облигације и уговори. Књ. 2, Вануговорни облигациони односи*, Комесграфика, Бања Лука, 2010;
- Орлић, М., *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993;
- Пајтић, Б., *Брачни имовински уговор*, (докторска дисертација), Правни факултет Нови Сад, 2008;
- Панов, С., *Духовни и световни брак у Србији*, Правни факултет, 2013;
- Панов, С., *Породично право*, Београд, 2008;
- Панов, С., *Породично право*, Београд, 2012;
- Перић, Ж. М., *Лично брачно право по Српском грађанском законнику*, Издавачко и књижарско предузеће Геце Кона, Београд, 1934;
- Перовић, С., *Аутономија воље и принудни прописи*, Будва, 2007;

- Перовић, С., *Облигационо право- књига прва*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1981;
- Перовић, С., Орлић, М., Васиљевић, М., Антић, О., Шулејић, П., Јањић-Комар, М., Хибер, Д., *Грађански законик Републике Србије. Књ. 3, Породични односи: преднацрт*, Београд: Генерални секретаријат Владе, Београд, 2011;
- Перовић, С., *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964;
- *Правна енциклопедија бр. 1*, Савремена администрација, Београд, 1989;
- *Православни брак и породица*, Светигора, Цетиње, 2000;
- Радбрех, Г., *Филозофија права*, Београд, 1998;
- *Сарајевски препис Законоправила Светог Саве из XIV века*, (фототипија) Дабар, Добрун, 2015;
- Станимировић, В., *Брак и брачна давања у историји*, Београд, 2006;
- Станковић, М., *Уговорно наслеђивање између супружника*, докторска дисертација, Београд, 2015;
- Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право-девето неизмењено издање*, Номос, Београд, 2014;
- Станковић, О., *Увод у грађанско право*, треће измењено и допуњено издање, Номос, Београд, 1996;
- Стјепановић, С., *Системи деобе имовине брачних другова*, Источно Сарајево, 2008;
- Стојчевић, Д., *Римско приватно право*, Научна књига, Београд, 1966;
- Судум, Р., *Имовински односи брачних другова*, Институт за социјалну политику, Београд, 1982;
- Троицки, С. В., *Изабрane студије из брачног права*, Фоча, 2015;
- Троицки, С., *Хришћанска филозофија брака*, Београд, 1934;
- Alinčić, M., Hrabar, D., Jakovac-Lozić, D., Korać, A., *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2006;
- Bosanac, M., *Vanbračna porodica*, Prosvjeta, Zagreb, 1976;
- Bušatlić, H. A., *Porodično i nasljedno pravo muslimana*, Sarajevo, 1926;
- Gams, A., Lj. Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1994;
- Majstorović, I., *Bračni ugovor- novina hrvatskog obiteljskog prava-*, Zagreb, 2005;
- Prokop, A., *Komentar Osnovnom zakonu o braku*, I deo, Školska knjiga, Zagreb, 1959;
- Traljić, N., Bubić, S., *Porodično pravo*, Sarajevo, 2001;

- Vedriš, M., Klarić, P., *Osnove imovinskog prava*, Zagreb, 1983;
- Visković, N., *Pojam prava*, Split, 1981.

Чланци на српском и другим језицима произашлим из српско-хрватског језика

- Аврамовић, С., „Српски Грађански законик (1844) и правни транспланти- копија аустријског узора или нешто више од тога?“, *Српски грађански законик- 170 година*, Београд, 2014;
- Антић, О., „Кауза“, *Правни живот*, бр. 10/2005;
- Бакић, В., „Правна концепција брака“, *Реформа породичног законодавства*, Београд, 1971;
- Влашковић, В., «Судбина установе веридбе у породичном праву Србије», *Српско право-недкa и сад*, Крагујевац, 2007;
- Гамс, А., «Својина и имовина», *Анали Правног факултета у Београду*, 1/1953;
- Деврња, З., „Ванбрачне заједнице-канонскоправна перспектива“, *Анали Правног факултета у Београд*, 1/2014;
- Доловић, К., „Непостојећи уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2 (2011);
- Драшкић, М., „Брачни уговор“, *Јавнобележничко право*, Београд 2006;
- Драшкић, М., „Усвојење и хранитељство – добра традиција Српског грађанског законика?“, *Српски грађански законик- 170 година*, Београд, 2014;
- Ђурђевић, Д., «Увођење уговора о наслеђу у српско право», *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009;
- Ђурђевић, М., Павић, Д., „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда*, бр. 7/9 (2016);
- Ђурђић-Милошевић, Т., „Разграничење Уговора о наслеђивању од других правних послова“, *Правни живот*, бр. 10/2014;
- Ђурић, Т., „Уговор о наслеђивању и уговор о доживотном издржавању: у светлу новог Грађанског законика Републике Србије“, *Правни живот*, бр. 10 (2017);

- Игњатовић, М., „Да ли уговорно регулисање брачноимовинских односа свједочи о покушају унификације у оквиру Европске уније“, *Право Србије и право Европске уније- стање и перспективе*, Зборник радова, Правни факултет у Нишу, 2009;
- Игњатовић, М., «Имовински уговор брачних другова у праву Републике Србије- несклад теорије и праксе», *Правни живот*, бр. 10 (2008);
- Јовић, О., „Брак или ванбрачна заједница-право избора“, Зборник радова *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006;
- Јовић, О., „Брачни уговор versus законског имовинског режима“, *Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 9 (2011);
- Јовић-Прлаиновић, О., „Јавнобележничко породично право“, *Породични закон- двадесет година после*, 2018;
- Кашћелан, Б., „Уговори у наследном праву“, *Прилози пројекта институције правне државе у условима транзиције- право, привреда и процес интеграције*, Београд, 2003, 192.
- Кнежић-Поповић Д., „Европски јавни бележници на ветрометини“, *Правни записи*, год. VII, бр. 2, 2016, Београд;
- Ковачек Станић, Г., «Уговор о брачном имовинском режиму у упоредном породичном праву», *Правни живот*, 9/2000;
- Ковачек-Станић, Г., Самарцић, С. О. , «Заштита слабијег партнера у уговорном брачно-имовинском режиму», *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4 (2016);
- Ковачке-Станић, Г., „Карактеристике брачних имовинских односа у шведском праву“, *Зборник Матице српске за друштвене науке*, 92/93, 1992;
- Константиновић, М., «Опште напомене уз Тезе за предпројекат закона о наслеђивању», *Анали Правног факултета у Београду*, 3/4 (1982);
- Митић, М., „Закон о браку и породичним односима СР Хрватске и СР Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 1982;
- Мицковић, Д., Ристов Ангел, „Брачни уговор у Македонском и упоредном праву“, *Правни живот*, 10/2012;
- Никшић, С., „Имовина у грађанском праву“, *Зборник ПФЗ*, 62, (5-6), 2012;

- Новаковић, Д., «Заједничка имовина ванбрачних партнера (неке специфичне карактеристике)», *Научно истраживачки пројекат «Начела добре владавине – начело правне сигурности и правне правичности»*, Косовска Митровица, 2016;
- Новаковић, Д., «Заједничка имовина ванбрачних партнера (неке специфичне карактеристике)», *Научно истраживачки пројекат «Начела добре владавине – начело правне сигурности и правне правичности»*, Косовска Митровица, 2016;
- Новаковић, У., „Хармонизација и(ли) унификација европског породичног права“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, 2018;
- Орлић, М., „Историјат настојања да се донесе нови српски Грађански законик“, *Правни живот*, бр. 10 (2016), Београд;
- Орлић, М., „На путу стварања новог Грађанског законика у Србији“, *Правна ријеч: часопис за правну теорију и праксу*, бр. 16 (2018);
- Орлић, М., „Правна вредност Српског грађанског законика“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика: (1844-1994)*, Београд, 1996;
- Пајтић, Б., „Брачни уговор у Српском и Европском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009;
- Панов, С. И., „Гендерско васпитање/родна сензитивност: редифиниција демократије и ет(н)ички идентитет“, *Српска политичка мисао*, бр. 1/2013. год. 20. vol. 39;
- Панов, С., „Брак- равноправност или слобода“, *Правни живот* бр. 9/1997, Београд, 1997;
- Панов, С., „О заједничкој својини у браку“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 1-3/1998; Београд, 1998;
- Панов, С., „Од равноправности до „равноправности““, *Зборник радова Филозофског факултета*, 39 (2009);
- Панов, С., „Предмет брачног уговора“, *Правни живот*, бр. 10/2009;
- Панов, С., „Хармонизација породичног права Србије са правом ЕУ: политички разлози, друштвене и правне последице“, *Социолошки преглед*, vol. XLVII (2013), no. 1;
- Перовић, С., „Кауза уговорне обавезе“, *Правни живот*, бр. 3/4 (2005);
- Поњавић, З., „Брачни уговор“, *Анали Правног факултета у Београду*, 5/1995, Београд, 1995;
- Поњавић, З., „О уговорима породичног права, посебно о брачном уговору“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006;

- Поњавић, З., „Уговори којима се уређују лични односи у породичном праву“, *Правни живот*, год. 47, том I, бр. 9 (1998);
- Почуча, М., „Заједничка имовина супружника“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 2, 2012;
- Почуча, М., „Посебна имовина супружника“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, Нови Сад, 2011;
- Радић, Д., „Предмет брачног уговора“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, 32/32/2010, Бања Лука, 2010;
- Ранђеловић, Д., Шолаја, И., «Ванбрачне заједнице у прописима држава бивше СФРЈ», *Годишњак Факултета правних наука*, бр. 9, Бања Лука, 2019;
- *Речник српскохрватског књижевног и народног језика*, Институт за српскохрватски језик, Београд, 1978, књига 10;
- Салма, Ј., „О брачно-имовинском уговору“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* бр. 11/2002, Нови Сад, 2002;
- Сворцан, С., „Имовински односи супружника према Породичном закону Републике Србије“, *Новине у породичном законодавству*, Ниш, 2006;
- Сокић, О., „Брачни уговор“, *Ново породично законодавство*, Крагујевац, 2006;
- Стјепановић, Б., «Заједничка имовина супружника у Породичном закону и Преднацрту Грађанског законика Србије», *Актуелна питања савременог законодавства : зборник радова са Саветовања правника [Актуелна питања савременог законодавства]*, 2-6. јун 2019., Будва;
- Стјепановић, С., „Брачни уговор“, *Српска правна мисао* бр. 1-4/2001;
- Стјепановић, С., „Брачни уговори у праву Републике Српске“, *Правни живот* бр. 9/2004, Београд, 2004;
- Стјепановић, С., „Значај Сарајевског преписа Законоправила Светог Саве“, *Зборник радова 1700 година Миланског едикта*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2013;
- Стојановић, Д., „Есеј о правним принципима, њихов настанак и функција у грађанском праву“, *Правни живот*, бр. 8-9, 1986;
- Стојановић, Д., „Есеј о правним принципима, њихов настанак и функција у грађанском праву“, *Правни живот*, бр. 8-9 (1986);

- Стојановић, Н., „Зашто је уговор о наслеђивању забрањен у нашем праву?“, *Правни живот*, бр. 10 (2003);
- Стојановић, Н., „Наследно-правни уговори у будућој кодификацији грађанског права“, *Грађанска кодификација : зборник радова презентованих на међународном научном скупу одржаном на Правном факултету у Нишу 21-22. маја 2003, у оквиру националног пројекта "Грађанска кодификација"*, 2003;
- Стојановић, Н., „Однос уговора о доживотном издржавању и осталих наследноправних уговора“, *Уговор о доживотном издржавању*, Ниш, 1997;
- Стојановић, Н., Однос уговора о доживотном издржавању и осталих наследноправних уговора, *Уговор о доживотном издржавању*, Ниш, 1997;
- Тешић, Н., „Ко плати дукат да у брак уђе, нуди два да из брака изађе“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1 (2012);
- Тешић, Н., „Љубав на први потпис“ - о моралности брачних уговора, *Анали Правног факултета у Београду*, година LVII, 2/2009;
- Тешић, Н., „О заједничкој имовини супружника“, *Правни живот*, бр. 10/2006;
- Цвејић Јанчић, О., Брак- стање у прошлости и изазови у будућности, *Правни живот* бр. 10/2006, Београд, 2006;
- Цвејић-Јанчић, О., „Јединствено породично право Европе“, *Правни живот* 9/2004;
- Цвејић-Јанчић, О., «Брачно право према Српском грађанском законнику», *150 година од доношења Српског грађанског законика*, Ниш, 1995;
- Babić, L., Barščevski, O., „(Ne)spojivost bračnog ugovora i dobra supruga“, *Bogoslovska smotra*, god. 84, br. 2, 2014;
- Belaj, V., „Stjecanje imovine (vlasništva) u bračnoj i izvanbračnoj zajednici“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1, Rijeka, 2005;
- Brake, E., „Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law“, *Ethics*, Vol. 120, No. 2 (January 2010), The University of Chicago Press;
- Bubić, S., „Ugovorni bračni režim u pravu EU i u uporednom pravu“, *Evropsko zakonodavstvo*, god. 7, br. 25-26, 2008;
- Čulo, A., Radina, A., „Valjanost bračnog ugovora“, *Imovinski aspekti razvoda braka –hrvatski, europski I međunarodni kontekst-*, Pravni fakultet u Osijeku, 2011;

- Čulo, A., Radina, A., „Valjanost bračnog ugovora“, *Imovinski aspekti razvoda braka – hrvatski, europski i međunarodni kontekst-*, B. Rešetar, M. Župan (ur.), Pravni fakultet u Osijeku, Osijek, 2011;
- Čulo, A. , Šimović, I., „Registar bračnih ugovora kao doprinos sigurnosti u pravnom prometu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 59, (5), Zagreb, 2009;
- Duraković, A., „Međunarodni imovinski odnosi u bračnoj i registrovanoj zajednici u Europskoj Uniji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar, 2018;
- Erdelac, M., „Imovinsko pravni odnosi u braku“, *Paragraf: časopis za pravna i društvena pitanja Pravnog fakulteta Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku*, Vol. 2 br. 5, 2018;
- Galić, Ž., Kolobarić G., „Bračni ugovor u sklopu imovinskih odnosa u braku i izvanbračnoj zajednici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru*, XXI/2010;
- Jončić, I., „Bračni ugovor u Porodičnom zakonu Crne Gore“, *Godišnjak pravnog fakulteta Univerziteta „Mediterran“*, Podgorica, 2008;
- Josipović, T., „Nasljeđivanje na temelju zakona“, *Novo nasljednopravno uređenje*, Zagreb, 2003.
- Kovaček Stanić, B. G., Samardžić, O. S., „Zaštita slabijeg partnera u ugovornom bračno-imovinskom režimu“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, br. 4, 2016;
- Kovaček Stanić, G., „Princip samoodređenja u porodičnom pravu kroz istoriju i danas“, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, br. 116-117, 2004.
- Kovaček Stanić, G., „Ugovori o bračnom imovinskom režimu u uporednom porodičnom pravu“, *Pravni život*, br. 9, 2000;
- Kovaček Stanić, G., „Ovlašćenja javnog beležnika u bračnim/partnerskim odnosima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 46, br 2, 2012;
- Krešić, B., «Ugovor o nasljeđivanju- novi institut nasljednog prava Federacije Bosne i Hercegovine», *Aktuelnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 13, Mostar, 2015;
- Maganić, A., „Razvrgnuće suvlasničke zajednice“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1 (2008), Rijeka, 2008;

- Majstorović, I., „Pravni propisi Evropske unije koji se odnose na obiteljsko pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 53 (2003), br. 3-4;
- Majstorović, I., Ugovorno uređenje imovinskih odnosa bračnih drugova i autonomija volje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar, 2018;
- Micković, D., Ristov, A., „Bračni ugovor u makedonskom pravu i uporednom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2012;
- Pajtić, B., „Bračni ugovor u srpskom i evropskom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2009, Novi Sad, 2009;
- Perkušić, A., Ivančić-Kačer, B., „(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori ili ugovori nasljednog prava ili paranasljedni ugovori u Hrvatskom pozitivnom pravu“, *Pravni vjesnik*, 22 (1-2), 135, 2006;
- Perkušić, A., Ivančić-Kačer, B., „(Ne)dopušteni nasljednopravni ugovori, ili ugovori nasljednog prava ili paranasljedni ugovori u hrvatskom pozitivnom pravu“, *Pravni vjesnik*, br. 22, 1-2, Osijek, 2006;
- Povlakić, M., «Nadležnost notara u Bosni i Hercegovini», *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 63, br. 2, 2013;
- Povlakić, M., Mezetović Medić, S., „Uređenje imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera na nekretninama i rodna ravnopravnost“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, 2018;
- Povlakić, M., Mezetović Medić, S., «Uređenje imovinskih odnosa bračnih i vanbračnih partnera na nekretninama i rodna ravnopravnost», *Zbornik radova Dani porodičnog prava «Imovinskopravni aspekti porodičnih odnosa»*, Mostar, 2018;
- Sofić Kadenić, D., „Bračni ugovor i ugovor o nasljeđivanju u pravu Federacije Bosne i Hercegovine kao instrument jačanja pravnog položaja nadživelog bračnog druga“, *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“*, Mostar, 2012;
- Sofić Kadenić, D., „Novo nasljedno pravo u entitetima Bosne i Hercegovine *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Nova pravna revija, časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, 1/2011;
- Stojanović, N., „Zašto je ugovor o nasljeđivanju zabranjen u našem pravu“, *Pravni život* 10/2003;

- Šego-Marić, I., „Imovinskopravni aspekti obiteljskih odnosa u Babilonu i Ateni“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta „Džemal Bijedić“ u Mostaru*, Mostar, 2018;
- Šimović, I., Ćurić, I. , „Europska unija i obiteljsko pravo međunarodnoprivatnopravni, procesnopravni i materijalnopravni aspekti“, *Ljetopis socijalnog rada*, 22 (2), 2015;
- Žiha, N., „Imovinskopravni aspekti prestanka braka u rimskoj pravnoj tradiciji“, *Imovinskopravni aspekti razvoda braka -hrvatski, europski i međunarodni kontekst-*, Osijek, 2011.

Литература на страним језицима:

- Antokolskaia, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006;
- Bartholomeyczik, H., Schluter, W. , *Erbrecht*, Munchen, 1975;
- Beale, H., „Relational Values in English Contract Law“, *Changing Concepts of Contract: Essays in Honour of Ian Macneil*, ed. D. Campbell et al. , 2013;
- Bellah, R. N., et al., *Habits of the Heart: Individualism and Commitment in American Life*, New York, 1985;
- Bix, B. H., „Premarital Agreement in the ALI Principles of Family Dissolution“, *Duke J. Gender L. & Pol’y* 8/2001;
- Bix, B., „Private Ordering and Family Law“, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 23, 2010;
- Bix, B., „The ALI Principles and Agreements: Seeking a Balance between Status and Contract“, *Reconceiving the Family: Critique on the American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution*, R. Wilson (ed), Cambridge University Press, 2006;
- Boele Woelki, K., „The road towards European family law“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 1. 1. November 1997;
- Boele-Woelki, K., Dethloff, N., Gephart, W. , *Family law and culture in Europe: developments, challenges and opportunities*, Intersentia, 2014;
- Boele-Woelski, K., Jantera-Jareborg, M. , „Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations Between Spouses“, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe,(ed.), *The Future of Family Property in Europe*, 2011;

- Brake, E., „Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law“, *Ethics*, Vol. 120, no. 2 (January 2010), *The University of Chicago Press*;
- Brake, E., *Minimizing Marriage: Marriage, Morality and the Law*, Published to Oxford Scholarship Online: May 2012;
- Braun, A., „Towards a Greater Autonomy for Testators and Heirs – Some Reflections on Recent Reforms in France, Belgium, and Italy“, *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht*, 3/2013;
- Brines, J. and Joyner, K., „The ties that bind: principles of cohesion in marriage and cohabitation“, *American Sociological Review*, Vol. 64, 1999;
- Brix, B., „Bargaining in the Shadow of Love: The Enforcement of Premarital Agreements and How We Think About Marriage“, *William and Marry Law Review*, Vol. 40, 1998;
- Burandt, W., Rojahn, D., *Erbrecht*, Verlag C. H. Munchen, 2011;
- Vogler, C., „Managing Money in Intimate Relationships – Similarities and Differences between Cohabiting and Married Couples-“, *Sharing Lives, Dividing Assets, An Inter-Disciplinary Study*, ed. Joanna Miles and Rebecca Probert, Oxford, Hart, 2009;
- Vogler, C., Lyonette C., and Wiggins, R.D., „Money power and spending decisions in intimate relationships“, *The Sociological Review* Vol. 56, Issue 1, 2008;
- Carbonier, J., *Droit civil*, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, Quadriège/Puf, Paris, 2004;
- Carbonnier, J., *Droit civil*, Paris, 1962;
- Martínez de Aguirre Aldaz, C., „Family Law in Spain: Contractualisation or Individualisation?“, *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, (ed.) Frederik Swennen, 2015;
- Code, L., „What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge“, *Cornell University Press*, 1991;
- Conaghan, J., „Reassessing the Feminist Theoretical Project in Law“, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 3 (Sep. , 2000);
- Creid, K. G., Dewall, M. J., Zimmermann, R., *Comparative Succession Law, Vol. I : Testamentary formalities*, Oxford University Press, 2011;
- Cretney, S., *Family Law in the Twentieth Century: A History*, Oxford, 2003;

- Dethloff, N., „Contracting in Family Law: A European Perspective“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011;
- Diduck, A., O’Donovan, K. , „Feminism and Families: Plus Ca, Change?“, *Feminist perspectives on Family Law*, Diduck, A. , O’Donovan, K. (ed.), Taylor & Francis e-Library, 2007;
- Dutta, A., „The Legal Protection of the Surviving Spouse – German Law in Comparative Perspective“, *Inheritance Law – Challenges and Reform*, (ed. T. Frantzen), Berlin, 2013;
- E. Kingdom, „Cohabitation Contracts and the Democratization of Personal Relations“, *Feminist Legal Studies*, Vol. 8, 2000,
- Ebenroth, C. T., *Erbrecht*, Munchen, 1992;
- Eekelaar, J., *Family law and personal life*, Oxford University Press, Oxford, 2007;
- Eekelaar, J., *Regulating divorce*, Oxford, 1991;
- Eisenberg, M., „The Limits of Cognition and the Limits of Contract“, *Stanford Law Review*, Vol. 47:211;
- Ellman, I., M., “The Theory of Alimony”, *California Law Review*, Vol. 77, No. 1, 1989;
- Family Law –Information on the rules, Ministry of Justice, Stockholm, 2013;
- Favier, Y., „Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit Français“, *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé– Nouveautés en droit français, italien ainsi qu’espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, édités par A. Bonomi et M. Steiner, Librairie Droz, Genève, 2008;
- Frantz, C. J., Hanoch, D. , “Properties of Marriage”, *Columbia Law Review*, Vol. 104, Issue 1, 2004;
- Fusaro, A., “Freedom of testation in Italy”, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, M. Anderson, Arroyo i E. Amayuelas (eds.), Barcelona, 2011;
- Gan, O., „Contractual Duress and Relations of Power“, *Harvard Journal of Law and Gender*, Vol. 36, 2013;
- Garrison, M., „Cohabitant Obligations: Contract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed), Intersentia, 2011;
- Garrison, M., „Cohabitation obligations: Cotract versus Status“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, Jo Miles and Jeans M. Scherpe (eds), 2011;

- Garrison, M., „Is Consent Necessary? An Evaluation of the Emerging Law of Cohabitant Obligations“, *UCLA Law Review*, Vol 52, 2005;
- Guggenheimer, L., „A Modest Proposal: The Feminomics of Drafting Premarital Agreements“, *Woman's Rights Law Report*, Vol. 17;
- Hadfield, G., „Expressive Theory of Contract: From Feminist Dilemmas to a Reconceptualization of Rational Choice in Contract Law“, *University of Pennsylvania Law Rev.*, Vol. 146, 1998;
- Hadfield, G., K., “The Dilemma of Choice: A Feminist Perspective on the Limits of Freedom of Contract”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol 33, No. 2, 1995;
- Hambro, P., “The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse’s Position and Irrevocable wills”, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, M. Anderson, Arroyo i E. Amayuelas (eds.), Barcelona, 2011;
- Heimdal, K. R., Houseknecht, S., „Cohabiting and Married Couples’ Income Organization: Approaches in Sweden and the United States“, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 65, 2003;
- Henrich, D., „Privatautonomie, Parteiautonomie: (Familienrechtliche) Zukunftsperspektiven“, *RabelsZ*, 79, 2015;
- Herring, J., „Relational autonomy and rape“, *Regulating Autonomy: Sex, Reproduction and Family*, (eds) S. Day-Sclater, Hart Publishing, 2009;
- Herring, J., *Family Law*, Exeter College Oxford University, Second edition, 2003;
- Herring, J., *Relational Autonomy and Family Law*, Springer, 2014;
- Hitchings, E., *Law Commission Report: A Study of the views and approaches of family practitioners concerning marital property agreements*, School of law, University of Bristol, 2011;
- Honore de Balzak, *Le contrat de mariage*, Paris, 1966;
- Ignjatović, M., Prenuptial agreement, *Facta Universitatis. Series, Law and Politics*, Niš, 2007;
- *Introduction to Turkish Law*, (ed. Tugrul Ansay & Don Wallace JR), sixth edition, Wolters Kluwer, 2011;
- Kerridge, R., „Freedom of Testation in England and Wales“, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, M. Anderson, Arroyo i E. Amayuelas (eds.), Barcelona, 2011;

- Kiernan, K., „The rise of Cohabitation and Childbearing Outside Marriage in Western Europe“, *International Journal of Law, Policy, and Family*, Vol. 15, Issue 1;
- Koutsouradis A. G. et al, Boele-Woelki K., Braat, B., Curry-Sumner, I., (eds), *European Family Law in Action, Vol. IV: Property relations between spouses*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009;
- Lange, H., Kuchinke, K., *Erbrecht – ein Lehrbuch*, München, 2001;
- Leckey, R., „Relational Contract and Other Models of Marriage“, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 40, No 1, 2002;
- Leckey, R., *Contextual Subjects: Family, State and Relational Theory*, University of Toronto Press, 2008, 102;
- Lind, G., *Common Law Marriage A Legal Institution for Cohabitation*, Oxford University Press, 2008;
- Lübtow, U., *Erbrecht, Eine systematische Darstellung*, Berlin 1971;
- Lund-Andersen, I., Kronborg, A. , „Marriage and Family Relations“, *Nordic Law in European Context*, Pia Letto-Vanamo Ditlev Tamm Bent Ole Gram Mortensen (Ed.), Vol. 73;
- Mackenzie, C., Stoljar, N., „Autonomy Refigured“, *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, (ed.) C. Mackenzie and N. Stoljar (2000);
- Macneil, I., „Contract: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law“, *Northwestern University Law Review*, Vol, 72, No. 6, 1978;
- Macneil, I., „Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law“, *Northwestern University Law Rev.* , Vol. 72, 1978;
- Macneil, I., *Contract: Exchange Transactions and Relations*, 2nd edn, Foundation Press, 1978;
- Macneil, I., *Contract: Exchange Transactions and Relations*, Foundation Press, 1978;
- Martiny, D., „Family Law“, Introduction to German Law, Third Edition, Joachim Zekoll, Gerhard Wagner (eds), Wolters Kluwer, 2019;
- Martiny, D., Is unification of family law feasible or even desirable?, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1612157;
- McLean, S. A. M., *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge-Cavendish, 2010;
- McLean, S., *Autonomy, Consent and the Law*, Routledge, 2009;

- Michalski, L., *BGB – Erbrecht*, Heidelberg, 2001;
- Miles, J., Probert, R., Lives, S., *Dividing Assets: An Interdisciplinary Study*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2009;
- Milošević, M., „Consequences of Approaching The Economic System of The Republic of Serbia To The Market Economy Onditions- Introducing The Institute of Nuptial Agreement Into The Serbian Family Law“, *Serbian Law in Transition- Changes and Challenges*, Belgrade, 2009;
- Mulcahy, L., „The Limitations of Love and Altruism:Feminist Perspective on Contract Law“, *Feminist Perspective on Contract Law*, (eds) L. Mulcahy and S. Wheeler, London, 2005;
- Olzen, D., *Erbrecht*, Berlin-New York, 2001;
- Orliac, P., Gazzaniga, J., *Historie du droit prive de l’An mil du Code civil*, Edition Albin Michel S. A., Paris, 1985;
- Pateman, C., *The Sexual Contract*, Stanford University Press, 1988;
- Pintens, W., „Matrimonial Property Law in Europe“, *The Future of Family Property in Europe*, K. Boele-Woelki, J. Miles, J. M. Scherpe (ed.), Intersentia, 2011;
- Planiol, M., *Traite Elementaire de DROIT CIVIL*, Tome troisieme, Paris, 1910;
- Ravdin, L. J., „The Uniform Premarital and Marital Agreements Act“, *American Journal of Family Law*, Vol. 28, Issue 1, Spring 2014;
- Regan, M., *Alone Together: Law and the Meaning of Marriage*, Oxford University Press, 1999
- Rešetar, B., “Matrimonial Property in Europe: A Link between Sociology and Family Law”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12. 3 (December 2008);
- Ripert, G., *Traite elementaire de droit civil, tome premier*, Paris, 1932;
- Roy, A., „Contrat en contexte d“intimite“, *Revue de droit de McGill*, vol. 47;
- Ryrstedt, E., “Family and Inheritance Law,” *Swedish legal system*, M. Bogdan (ed), Norstedts juridik, 2010;
- Saldeen Å., *Family Law in Sweden*, London-Dublin-Edinburg, 1995;
- Saldeen, A., „Family Law in Sweden“, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995;
- Sanders, A., „Private Autonomy and Marital Property Agreements“, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, 2010;

- Scherpe M., J., *Marital Agreements & Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012;
- Scherpe, J. M., „Matrimonial Causes for Concern?- A Comparative Analysis of Miller v Miller; McFarlane v McFarlane (2006) UKHL 24“, *King’s Law Journal*, Vol. 18, 2007;
- Schwab, D., „Einführung zum Thema“, *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht*, D. Heinrich, D. Schwab (Hrsg.), Verlag Ernst, Werner Gieseking, Bielefeld, 1999;
- Scott, E. S., „Social Norms and the Legal Regulation of Marriage“, *Virginia Law Review*, Vol. 86, 2002;
- Stoner, K. E., Irving, S., *Prenuptial Agreements: How to Write a Fair And Lasting Contract*, 2008;
- Thompson, S., „Feminist relational contract theory: A new model for family property agreements“, *Journal of Law and Society*, 45 (4), 2018;
- Thompson, S., *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice –Issues of Power in Theory and Practice-*, Hart publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015;
- Tidwell, P., Linzer, P., „The Flesh-Colored Band Aid-Contracts, Feminism, Dialogue and Norms“, *Huston Law Review*, Vol. 28;
- Vogler, C., Lyonette, C., Wiggins, RD., „Money power and spending decisions in intimate relationships“, *The Sociological Review*, 2008;
- Weisbrod, C., “The Way We Live Now: A Discussion of Contracts and Domestic Arrangements,” *Utah Law Review* 2, 1994;
- Weitzman, L., “Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change,” *California Law Review*, vol. 62, 1974;
- Wightman, J., „Intimate Relationships, Relational Contract Theory and the Reach of Contract“, *Feminist Legal Studies*, Vol 8;
- Wightman, J., „Intimate Relationships, Relational Contract Theory and the Reach of Contract“, *Feminist Legal Studies*, Vol 8, 2000;
- Wiik, K. A. et al., „A Study of Commitment and Relationship Quality in Sweden and Norway“, *Journal of Marriage and Family*, Vol. 71, 2009;
- Максимович Л. Б., *Брачный договор (контракт)*, Москва, 2000;

- Поваров, Ю. С., «Содержание брачного договора: приемы ограничения свободы определения договорных условий», *Вестник ТвГУ, Серия: Право (2)*, No. 2, 2014;
- Пчелинцева, Л., М., *Комментарий к Семейному Кодексу Российской Федерации*, Москва, 2009.

Правни прописи:

- Закон о браку Енглеске (Matrimonial Causes Act 1973);
- Закон о браку Шведске (Marriage Code 1987 SFS 1987:230);
- Закон о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 - др. закон;
- Закон о јавним бележницима, Службене новине Краљевине Југославије, бр. 220/1930;
- Закон о јавном бележничтву, Службени гласник РС, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014- др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015;
- Закон о наслеђивању Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 46/95, 101/2003- одлука УСРС и 6/2015;
- Закон о облигационим односима Републике Србије, *Службени лист Социјалистичке Федеративне Републике Југославије*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Сл. лист СЦГ* бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС* бр. 18/2020;
- Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник Републике Србије*, бр. 115/05;
- Мишљења Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије на постављена питања од 18. маја 2016. године, стр. 1. <http://beleznik.org>, http://beleznik.org/images/pdf/misljenje/misljenje_strucnog_saveta_18_05_2016.pdf, 2. 1. 2020.
- Немачки грађански законик (Bürgerlichen Gesetzbuches 1896. -BGB, ступио на снагу 1. 01. 1990. године), у верзији од 2. јануара 2002. године (Bundesgesetzblatt, I р. 42, 2909; 2003 I р. 738) са амандманима од 19. фебруара 2007. године (Bundesgesetzblatt I р. 122) и 4. децембра 2008. године (Bundesgesetzblatt, I 2586). Превод са немачког на енглески језик Neil Musset;

- Породични закон Енглеске (Family Law Act 1996);
- Породични законик Републике Словеније, *Družinski zakonik*, *Uradni list RS*, št. 15/17, 21/18 – ZNOrg, 22/19, 67/19 – ZMatR-C in 200/20 – ZOOMTVI;
- Породични закон Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 18/05, 72/11 и 6/15;
- Породични закон Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 54/02, 41/08 и 63/14;
- Породични закон Руске Федерације (Семейный кодекс Российской Федерации, N 223-ФЗ од 29. 12. 1995. године);
- Породични закон Хрватске, *Obiteljski zakon*, NN 103/15, 98/19, na snazi od 01. 01. 2020.;
- Преднацрт Грађанског законика Србије, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html;
- Српски грађански законик из 1844. године, у верзији Грађанског законика за Краљевину Србију, Штампa и издање Краљевске српске државне штампарије, Београд, 1903;
- Француски грађански законик (Code Civil français), у верзији од 20. фебруара 2004. године (ordonnance n^o 2004-164 DU 20 Feb. 2004), са амандманима од 4. априла 2006. године (Act no. 2006-399 of 4 April 2006);
- Action Plan of the Council and the Commission on How Best to Implement the Provisions of the Treaty of Amsterdam on an Area of Freedom, Security and Justice, “Vienna Action Plan“, (1999/C 19/01);
- *Codex iuris canonici*, Can 1055, http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/cic_index_la.html;
- Council Decision (EU) 2016/954 of 9 June 2016 authorising enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions on the property regimes of international couples, covering both matters of matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships, OJ L 159, 16. 6. 2016;
- Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to member states on Family Mediation, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>, 26. 05. 2020.;

- Council of Europe Committee of Ministers, Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil law, <https://rm.coe.int/09000016804e8e9e>, 26. 05. 2020;
- Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183;
- Danish legislation, Act n° 256 of 4 June 1969, Act on the contraction and dissolution of marriage;
- Green paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition (presented by the Commission)(SEC(2006) 952), COM(2006) 400 final;
- Law Commission for England and Wales, Cohabitation: The Financial Consequences of Relationship Breakdown, Law Com. No. 307, 2007;
- Marital Property Agreements, The Law Commission, Consultation Paper No 198, 2011;
- Principles of the Law of Family Dissolution, American Law Institute, American Law Inst. Publ., 2002;
- Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 8:1, 2001;
- Tennant, R. Taylor J. and Lewis, J., Separating from Cohabitation: Making Arrangements from Finances and Parenting, Department of Constitutional Affairs, London, www.dca.gov.uk/research/resrep.htm;
- Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant), 2009 EWCA Civ 649, 2010 UKSC 42, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0031-judgment.pdf>;
- Recommendation R (88)3E 07 March 1988 on the validity of contracts between persons living together as an unmarried couple and their testamentary dispositions, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/Resolutions_recommendations_cm_en.asp;
- Summary of replies to the Green Paper on conflict of laws in the matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition COM(2006) 400 final of 17 July 2006, (SEC (2006)952), http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf;
- Summary of the replies to the Green paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the questions of jurisdiction and mutual recognition,

European Commission, Directorate-General Justice, freedom and security, Directorate C: Civil justice, rights and citizenship, Unit C1: Civil justice, Brussels, 5 February 2008;

- The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, OJ, C 53, 03 March 2005;
- The Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements, Law Com No 343;
- The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting citizens, Official Journal of the European Union, C 115, 04 May 2010;
- Written question P-1905/00 by Michael Cashman (PSE) to Commission, C 72 E/146 Official Journal of the European Communities EN 6. 3. 2001 (2001/C 72 E/183);
- Written question P-1905/00 by Michael Cashman (PSE) to the Commission. Marriage contracts. Official journal C72.

Интернет извори:

- Boston Marriages, <https://www.nps.gov/articles/000/boston-marriages.Htm>;
- Gentry, C., Why prenuptial agreements may be a smart option for women, <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/sep/01/prenuptial-agreements-women>;
- Giacomo, O., Judicial co-operation in cross-border Family law matters, <https://www.giacomooberto.com/lecco/reportonlecco.htm>;
- Proces pristupanja Republike Srbije EU, <http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php teme/proces-pristupanja-republike-srbije-eu?lang=lat>;
- Register pogodb o ureditvi premoženjskopравnih razmerij, <https://www.notar-z.si/registri/register-pogodb-o-ureditvi-premozenjskopравnih-razmerij>;
- The Most Bizarre Prenuptial Clauses, by Beverly Rice, December 2009., <https://www.legalzoom.com/articles/the-most-bizarre-prenuptial-clauses>;
- Woman in the labour market, <https://www.ons.gov.uk/employmentandlabourmarket/peopleinwork/employmentandemployeetypes/articles/womeninthelabourmarket/2013-09-25>.

БИОГРАФИЈА

Богдана Стјепановић је рођена 4. 7. 1992. године у Шапцу.

ШКОЛОВАЊЕ:

- У школској 2016/2017 години на Правном факултету Универзитета у Београду уписала докторске студије, Грађанскоправна II ужа научна област. Положила је испите: Методологија научноистраживачког рада и вештине са оценом 10, први део усменог докторског испита (Увод у грађанско право- оцена 9, Наследно право- оцена 9 и Породично право- оцена 10) и други део усменог докторског испита (Права детета- оцена 10 и Слобода завештања и нужни део- оцена 9). Одбранила је семинарски рад под називом “ Право детета зачетог уз помоћ асистираних прокреација на информацију о свом донору“, као и пројекат докторске дисертације;
- 2016. године је на Правном факултету Универзитета у Београду завршила мастер студије, Грађанскоправни модул – Породичноправни подмодул са просечном оценом 10, одбравивши са највишом оценом мастер рад под називом “ Злостављање деце: породичноправни и кривичнопроцесни аспект”;
- 2015. године је завршио Правни факултет Универзитета у Београду са просечном оценом 9,83;
- 2011. године завршила гимназију „Стеван Пузић“ као носилац Вукове дипломе и најбољи ученик у својој генерацији;
- 2007. године завршила ОШ „Милош Црњански " у Хртковцима као носилац Вукове дипломе и најбољи ученик у својој генерацији.

НАГРАДЕ, ПРИЗНАЊА И СТИПЕНДИЈЕ:

- 2015 и 2016. стипендија Министарства омладине и спорта - Фонд за младе таленте „Доситеја“.
- 2015. године освојила награду фонда „Драгољуб Атанацковић“ као студент генерације из кривично-правне научне области.
- 2012, 2013, 2014, 2015 и 2016. године награђивана је од стране факултета за одличан успех постигнут у учењу и стицању знања.

РАДНО ИСКУСТВО:

- 2019. године, на Институту за Упоредно право у Београду изабрана у звање истраживач сарадник;
- 2018. године, почела да ради на Институту за упоредно право у Београду као истраживач приправник;
- 2016. - 2018. године, радила је у адвокатској канцеларији Крајновић-Савић у Београду као адвокатски приправник-волонтер;
- 2016. године, била на обуци у сектору за људске ресурсе у Пиреус банци у Београду;
- 2015. - 2016. године, радила је у Основном суду у Руми као судијски приправник-волонтер.

ПРОФЕСИОНАЛНО ИСКУСТВО И АКТИВНОСТИ:

- Од 2018. године ангажована је у пројекту „Српско и европско право – упоређивање и усаглашавање“ (ев. бр. 179031) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја, а чији је носилац Институт за Упоредно право у Београду;
- Од 2019. године је технички секретар часописа Архив за правне и друштвене науке.

НАУЧНИ РАДОВИ:

- Станка Стјепановић, Богдана Стјепановић, „Примена шеријатског права у мешовитим браковима у Краљевини Југославији“, *Увод у Шеријатско право* (ур. Владимир Чоловић, Самир Манић), Београд 2020, 147-157.;
- Јована Рајић Ђалић, Богдана Стјепановић, „Одсуство сагласности законског заступника за заснивање радног односа са малолетником као могући извор нематеријалне штете“, *Зборник радова XXII Међународни научни скуп Проузроковање штете, накнада штете и осигурање*, Београд-Ваљево 2019, 111-123.;
- Богдана Стјепановић, “Заједничка имовина супружника у Породичном закону и Преднацрту Грађанског законика Србије”, *Актуелна питања савременог законодавства* (ур. Миодраг Орлић), Савез удружења правника Србије и Републике Српске, Будва 2019, 199-211.;

- Багреева Елена Геннадиевна, Богдана Степанович, „Компаративный анализ правового регулирования и профилактики насилия над детьми в Сербии и России“, *Образование и право, научно правовой журнал*, но. 6/2019, 216-221.;
- Богдана Стјепановић, „Имовина СПЦ у светлу члана 62. предлога закона о слободи вјероисповијести или увјерења и правном положају вјерских заједница“, *Државно црквено право кроз векове*, Београд- Будва 2019, 905-921.;
- Ива Тошић, Богдана Сјепановић, „Развој стечајног права Србије у периоду од 1945-1989. године“, *Век и по регулисања стечаја у Србији* (ур. Небојаша Шаркић et al.), Институт за упоредно право, Београд 2019, 49-61.;
- Богдана Стјепановић, „Регулисање међународног развода брака и Уредба Рим III – ефекат на позитивно породично законодавство“, *Страни правни живот*, бр. 1/2019, Институт за упоредно право, стр. 79-90.;
- Богдана Стјепановић, „Удео у привредном друштву као заједничка имовина супружника“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2019, Удружење правника у привреди Србије, 352-363.;
- Б. Стјепановић, „Право детета зачетог уз помоћ асистираних репродукција да добије информацију о свом донору- упоредноправна решења“, *Страни правни живот*, бр. 3/2018, Институт за упоредно право, Београд 2018.;
- Б. Стјепановић, „Пробни смештај као фаза у процесу заснивања усвојења“, *Годишњак Факултета правних наука*, Апеирон, Бања Лука 2018.;
- С. Стјепановић, Б. Стјепановић, „Може ли се променом закона доћи до раста наталитета?“, Тематски зборник са шестог националног конгреса о деци и наталитету *Демографска слика у Србији - пет до дванаест* -, Београд 2018.;
- С. Стјепановић, Б. Стјепановић, „Научна сазнања перинатологије као разлог за заштиту права фетуса“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 80/2018, Ниш, 2018.;
- Б. Стјепановић, „Правни положај животиња у појединим актима Швајцарске конфедерације“, *Увод у право Швајцарске* (ур. Оливер Николић), Институт за упоредно право, Београд 2018.

ЈЕЗИЦИ:

- Течно говори, чита и пише српски и енглески, говори и чита руски, а служи се шпанским и немачким језиком.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора _____ Богдана Стјепановић _____

Број индекса _____ ДС 5/2016 _____

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

Садржина брачног уговора

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора _____ Богдана Стјепановић _____

Број индекса _____ ДС 5/2016 _____

Студијски програм _____ докторске академске студије права _____

Наслов рада _____ Садржина брачног уговора _____

Ментор _____ Проф. др Слободан Панов _____

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Садржина брачног уговора

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.
Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, _____

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.