

dr. sc. Zoran Ponjavić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu

PORODIČNO PRAVO OD INSTITUCIJE DO UGOVORA

Uzlet ljudskih prava poslednjih tridesetak godina ne samo da je stvorio novu viziju čoveka, već i porodice. Nakon prve faze indiferentnosti, susret ljudskih prava i porodice doveo je do njihovog prožimanja što ima za posledicu promenu njenog pojma. Pravno gledano, porodica više nije institucija koja je nametnuta spolja, već fleksibilan izbor iznutra, koji isključuje bilo kakav konformizam prema unapred uspostavljenom modelu. Sve ovo nije bilo moguće bez značajnog uticaja koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima ostvarila u sudskoj i zakonodavnoj praksi. Ove nadnacionalne norme oblikuju evropske zakone o ljudskim pravima, ne preciznim pravilima, već važnim principima, slobode i jednakosti, koji postepeno uspostavljaju evropske pravne standarde i u oblasti porodičnog prava. Ovo dovodi do umnožavanja porodičnih modela proširivanjem zaštite privatnosti i porodičnog života. Pojedinaac ima mogućnost da napravi svoju "porodicu po izboru". Ovo prožimanje pojma porodice sa osnovnim pravima dovelo je tako do transformacije nacionalnih porodičnih prava koje se ogleda u doktrini analiziranom fenomenu kontraktualizacije porodice („ugovaranje porodice“). Ovaj fenomen se zasniva na svemoći individualne volje, što stvara ozbiljan problem njenog definisanja. I pravila Porodičnog zakona Republike Srbije afirmišu individualnu volju u porodičnoj sferi što odražava proces prelaska od porodice institucije na ugovor *sui generis*. Pitanje je samo da li se ovim ne čini hazardan skok, od stabilnosti ka nestabilnosti, što može ukazivati na potrebu da se odrede granice ovog procesa.

Ključne reči: ljudska prava, porodica, EKLJP, individualna volja, ugovor

1. Uvod

Evolucija društva se kreće ka sve većoj kontraktualizaciji zajedno sa promocijom vrednosti individualnih sloboda tako da neki govore i o kontraktualizaciji društva.¹ Ide se i dalje pa se smatra da je ugovor konačno postao njegova osnova, i da se tako pojavljuje "ugovorni javni poredak".² Ističe se da postoje dve vrste veza koje nas drže zajedno sa drugim jedinkama, To su one koje su nam nametnute nezavisno od naše volje i one koje nastaju slobodnim sporazumom sa drugima. Svako je,

1 Alain Supiot, La contractualisation de la société, Courrier de l'environnement de l'INRA n°43, mai 2001. https://www.college-de-france.fr/media/alainsupiot/UPL7487404529511809532_La_contractualisation_de_la_societe.pdf (14.05.2009)

2 Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez, Lille, 2008, *Le système juridique à l'ère de la contractualisation* http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/162_systeme_juridique_contractualisation_chassagnard.pdf (15.02.2013)

dakle, vezan statusom koji mu je zakonom dodeljen, i obavezama koje je ugovorio. Reći da se društvo kontraktualizuje, znači da se deo nametnutih odnosa smanjuje u korist veza koje pojedinci autonomno uređuju, ili, da se heteronomija povlači u korist autonomije. Kao da se ovim potvrđuje ono što je još davne 1861. godine rekao britanski pravnik i istoričar *Henri Mejn*, interpretirajući celokupnu istoriju Zapada kao prelazak od statusa na ugovor, („*From status to contract*“) smatrajući da je kontraktualizacija zakonitost razvoja pravnog poretka.³

Što se tiče porodičnog prava, dugo vremena, dok je porodica bila deo javnog poretka, odnosi unutar nje bili su zasnovani na zakonu, organizovani kao institucija. Njeno funkcionisanje u osnovi je značilo da članovi porodice nisu mogli delovati prema svom nahođenju. Njihovo ponašanje je u najvažnijim segmentima bilo unapred određeno od strane društva i odvajkada, jednako za sve. Brak, centar te organizacije, nije bio mesto ljubavi već prokreacije i srodstva. Pojedinačne želje i *a fortiori* ugovor imali su samo minimalan uticaj na porodičnu sferu. Ovakav hermetizam je objašnjavan nejednakošću između supružnika, što je smanjilo mogućnosti konsenzualizma, kao i prevlašću grupe nad pojedincem.

Međutim, društvene promene posle Drugog svetskog rata dovele su, pored ostalog, do uspostavljanja ravnopravnosti između supružnika, uzdizanje individualnih prava i sloboda i liberalizacije morala. Dolazi do slabljenja javnog poretka oličenog u imperativnim pravilima, sa željom da se porodično pravo učini fleksibilnim i unaprede porodični odnosi. Ovo su faktori koji su doveli do naglog širenja sporazumnog regulisanja porodičnih odnosa, ali i uspostavljanja porodičnih veza. Porodica zaista gubi svoj institucionalni karakter, pa se sve više prepušta individuama da same urede svoje porodične odnose, preko ugovora koji su ranije bili zabranjeni, ili dosta retki. Ovakva tendencija pridavanja sve većeg značaja sporazumima supružnika, ali i šire u porodičnim odnosima, označava se kao kontraktualizacija porodičnog prava.⁴

Na pravnom planu, dakle, individua izbija u prvi plan. Pravo polako i sve više služi za zadovoljenje individualnih osećanja, pa i želja. Osnovna vrlina svega ovoga je individualizacija situacija.⁵ Svaka porodica je "svet za sebe", ima specifične potrebe, želje i teškoće. Porodica je subjektivan pojam⁶ i njene odlike variraju od jedne do druge društvene grupe. Može se reći da ne postoje dve identične porodice pa bi svaka, u suštini, zahtevala posebna pravila.⁷ Apstraktne i uopštene pravne norme očigledno ne odgovaraju ovakvoj subjektivnoj prirodi porodice. Stoga se čini opravdanim, bar sa ovog aspekta, prepustiti subjektima porodičnih odnosa mogućnost da sami, svojim sporazumom, regulišu radosti i teškoće zajedničkog

3 U činjenici da se odnosi u porodice sve više zasnivaju na individualizmu na uštrb statusa ovaj autor nalazi korene društvene krize i propadanja patrijahalnog modela porodice; H. Maine, *Ancien Law*, 10 Edition, 1885, Londres. Navedeno prema: X. Labbé, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* fn.13. <http://books.google.com/books/> (05.04.2013).

4 Više o ovome: Z. Ponjavić, *Privatizacija porodice i porodičnog prava*, „Sl. glasnik“, 2009, Beograd.

5 Stéphanie Moracchini-Zeidenberg, *La contractualisation du droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/2016, str. 773-796

6 H. Gaudement-Tallon, *De quelques paradoxes en matiere de droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1981, str. 720.

7 Naslov jednog članka francuskog profesora J. Jarbonnier "A chaque sa famille, à chacun son droit" jasno ukazuje na ovo; J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Rep. Defrenois 1979, str.167.

življenja i na taj način možda preduprede i sam raspad porodice. Uostalom, česta intervencija suda u porodične odnose nije dobra. Ovakva konstatacija može navesti na zaključak da se porodično pravo sve više zasniva na ugovoru, a ne na organizovanoj i zaštićenoj instituciji. Pitanje je, međutim, da li se ova tendencija može shvatiti kao univerzalna zbog postojanja ograničenja proisteklih iz obaveze poštovanja javnog poretka ali i individualnih sloboda i prava čoveka. Institucionalna kontrola još uvek je jaka, budući da mnogi ugovori nemaju pravnu snagu ako nisu nastali uz potvrdu i kontrolu organa javne vlasti. Ova kontrola omogućava proveru usklađenosti pravne situacije sa propisanim uslovima nastanka određenih ugovora, za razliku od ugovora obligacionog prava gde se ova usklađenost kontroliše tek nakon njihovog nastanka ako to traži jedna od stranaka.⁸ U ovoj institucionalnoj kontroli posebno se naglašava i navodi uloga javnog tužioca koji ima ovlašćenje da traži poništenje pojedinih ugovora, kao što je npr, brak, što se navodi kao jedan od ključnih argumenata institucionalnosti. Međutim, neka rešenja iz Porodičnog zakona Republike Srbije⁹ njihovu ulogu, koja i ranije nije u praksi bila vidljiva, još više umanjuje.

Kritičari ove tendencije, označene kao kontraktualizacija, ali ne samo oni, smatraju da se u suštini ne radi o dejurizaciji, odnosno o nestanku normi već samo o zameni tradicionalnih normi koje su obezbeđivale institucionalnu zaštitu onim koje stvaraju pojedinci. Država, dakle, ne napušta regulisanje ljudskih aktivnosti već ih samo delegira akterima odnosa pod određenim uslovima, dajući im okvire i osiguravajući kontrolu. Stoga kontraktualizacija ne podrazumeva nužno i dejurizaciju, već označava novu podelu uloga između pojedinaca i države, odnosno njenih organa. Uostalom, sve što je voljno ne znači i da je nužno ugovorno.¹⁰ Kontraktualizacije svakako ne bi bilo da nije došlo do prožimanja pojma porodice sa osnovnim ljudskim pravima što je omogućeno putem transformacije nacionalnih pravila porodičnog prava, odražavajući prelazak iz porodice institucije na ugovor *sui generis*.¹¹

2. Ljudska prava

Ljudska prava, osnova demokratije ili pretnja društvenim vezama? Gotovo trideset godina ovo pitanja okupira političku misao širom Evrope. Ljudska prava su se pojavila kao glavni kriterijum za procenu političkog legitimiteta i kao najčešći idiom za ostvarivanje društvenih zahteva. Sa ovim u vezi se pojavljuje i kontroverza da li se pitanje ljudskih prava može postaviti i kao načelo porodičnog prava.

8 Isabelle Sayn, *L'évolution du rôle de la volonté individuelle dans l'encadrement juridique de l'organisation familiale*, Cahiers philosophiques 2008/4 (N° 116), str.70. <https://www.cairn.info/revue-cahiers-philosophiques1-2008-4-page-69.htm> (12.04.2019).

9 Objavljen u "Sl. glasnik Republike Srbije", 18/2005

10 F. Dekeuwer-Defossez, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, Approche critique de la contractualisation* (Sandrine Chassagnard-Pinet et David Hiez), Paris, L.G.D.J., 2007, str.168.

11 Anne-Sophie Siew-Guillemain, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, str.26. <https://www.theses.fr/2017AZUR0033.pdf> (19.05.2019).

Pojava ideologije prava čoveka¹² je novijeg datuma i od svog nastanka je bila potpuno strana porodičnom pravu. Njena afirmacija u ovoj oblasti je savremeni trend pa se može reći da danas predstavlja osnovni pokretač razvoja.¹³ Ljudska prava su dugo bila vezana za javno pravo da bi danas postala nezaobilazna i u privatnom pravu, potpuno ga menjajući, a posebno ugovorno pravo. Pod njihovim uticajem ugovor prolazi kroz pravu transformaciju. Ova transformacija se u suštini dešava kroz obnovu unutrašnjih izvora nadnacionalnim izvorima, a posebno Evropskom konvencijom o ljudskim pravima koja je, kao što i sam njen naziv upućuje, posvećena pravima individue, odnosno zaštiti individualnih prava čoveka u odnosu na kolektiv i državu, a ne zajednicu ili grupu. Više se ne štite pravni instituti kao takvi već prava lica da zaključe brak i zasnuju porodicu. Pojmovi brak i porodica nisu autonomni, oni postoje samo posredno preko prava individua i kroz njihov izbor. Paradoksalno je da pozivanje na prava čoveka stvara potencijalno konflikt. On se takoreći normativno uvodi u porodičnu grupu. Nije stoga čudno što se danas upravo sistem zaštite prava čoveka, koji je posle Drugog svetskog rata bio, između ostalog, namenjen zaštiti porodice, optužuje za njenu destrukciju.¹⁴

Nova vizija čoveka takođe menja viziju porodice. Nemoguće je pristupiti proučavanju prava pojedinca i porodice bez uzimanja u obzir značajnog uticaja koji je Evropska konvencija o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencija) ostvarila poslednjih godina na sudsku praksu i građansko pravo svih država članica Saveta Evrope. Cilj Konvencije je bio, pre svega, da ustanovi korpus subjektivnih prava koje pojedinci ostvaruju u odnosu na državu. Međutim, poslednjih godina polje njene primene se širi i na obaveze koje jedna individua mora poštovati i u odnosima sa drugim, sebi sličnim, individuama. Ovo, tzv. horizontalno dejstvo, sastoji se u širenju prava čoveka i na odnose između individua, a ne samo odnose država-pojedinac.¹⁵ Njime se teži očuvanju priznatih prava od ometanja pojedinca na taj način što će sudije inspiraciju za rešavanje sporova između ljudi izvlačiti iz odredbi Konvencije kako bi time ispunili nametnute obaveze državi u pogledu poštovanja ljudskih prava.¹⁶ Dobar primer za ovo pruža odluka Velikog veća Suda za ljudska prava u Strazburu u slučaju Evans protiv Ujedinjenog Kraljevstva doneta 10 aprila 2007.¹⁷

12 Bez obzira na jezičku različitost smatramo da između izraza „ljudska prava“ i „prava čoveka“ nema suštinske razlike.

13 André-Jean Arnaud, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille*, U: André-Jean Arnaud, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille*, (predgovor F.Dekeuwer Défossez), 1996, Paris, str. 3.

14 J. Hausser, *Personnes et droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1996, str. 871.

15 Ovo horizontalno dejstvo Konvencije za zaštitu ljudskih prava se u literaturi još i naziva "privatizacija" osnovnih prava. Videti: Veronique van der Plancke et Nathalie van Leuven, *Les privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l' Homme: faut-il reconnaître un effet horizontal generalise?* <http://cridho.cpdf.ucl.ac.be/documents/Working.Papers/CRIDHO.WP.2007-3.pdf> (13.06.2019).

16 Béatrice Moutel, *L' „effet horizontal“ de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, str.429. <file:///C:/Users/zponj/AppData/Local/Temp/2006LIMO0516-1.pdf> (02.06.2019).

17 Evans/Royaume-Uni, predstavka br. 6339/05, Odluka:Veliko veće, 10. april 2007, str.25, paragraf 73.

Bez obzira što bi se izneti stavovi sudija iz Strazbura¹⁸ mogli kritikovati¹⁹ zbog stava da pojam “prava na privatni život” obuhvata takođe i “pravo poštovanja odluka da se postane ili ne postane roditelj”, ipak, neki smatraju, da se, u slučaju medicinski potpomognute prokreacije daje prvenstvo ugovoru stranaka. Odnosno, štiti se ”princip prvenstva saglasnosti i teži promovisanju jasnoće i pravne sigurnosti”.²⁰

Ovo širenje ljudskih prava na ugovorne odnose može se smatrati kao značajna povoljnost za jačanje pozicije slabije ugovorne strane. Pored toga, ovaj horizontalni efekat Evropske konvencije o ljudskim pravima u privatnom pravu podstiče dužnost solidarnosti na odgovornost svih, čak i u ugovornom odnosu.²¹ Niko stoga ne može da ospori da su ljudska prava imala, a i dalje imaju, značajan uticaj i na evoluciju porodičnog prava i porodice. Upravo sve veće prihvatanje ugovora kao instrumenta regulisanja porodičnih odnosa ima izvoriste u razvoju poretka ljudskih prava i sloboda, pa stoga ne iznenađuje što igra sve veću ulogu u njihovoj promociji i poštovanju.²² Uostalom, ugovor se u eri globalizacije nameće kao instrument *par excellence* regulisanja pravnih odnosa,²³ što prirodno prati opštiji fenomen privatizacije ljudskih prava.²⁴ Na taj način ugovor omogućava legalno širenje ljudskih prava i na odnose između lica. Ovaj oblik ”ugovarivanja ljudskih prava” u suštini se sprovodi u dva nivoa: ”negativna ugovornost” koja je sadržana u obavezi ugovornih strana da poštuju javni poredak, ali i ljudska prava; i „pozitivna ugovornost“ koja omogućava ugovornim stranama da koriste ugovore kao sredstvo za promovisanje ljudskih prava među strankama.²⁵

3. Uticaj prakse Suda za ljudska prava

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava je glavni izvor u oblasti ljudskih prava u pogledu zaštite „prava na porodični život“. Zaštita koja se njome pruža je vrlo efikasna budući da je obezbeđena kroz eksterno i nezavisno sudstvo koje na taj

18 Odluka je doneta sa 4 glasa protiv i 13 za. Od 17 sudija 12 su bili muškarci, što po mišljenju nekih autora nije bez značaja; Tako : P.Hilt, *Si avoir un enfant n'est pas un droit, la decision de devenir parent, elle, merite neanmoins du respect*, Revue d'actualites juridiques, l'Europe des Libertes, No 25; www.leuropeledeslibertes.u-stasbg.fr, (13.06.2015).

19 Videti: Z.Ponjavić, *Porodično pravo od institucije do autonomije volje*, Pravni život, 10/2015, str.25-40.

20 A. Gouttenoire, *La relation parent-enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, <http://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-5-page-40.htm>.

21 Béatrice MOUTEL, *op.cit.*, str.429.

22 A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2^e éd. • Paris, LGD}. 2004, str. 257. Navedeno prema: L. Hennebel et G. Lewkowicz, *La contractualisation des droits de l'homme*, http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Lewkowicz_et_al_-_contractualisation_des_DH_web.pdf (20.06.2019).

23 O pojavi novog globalnog ugovornog prava nezavisno od države videti: M. Cvetković, Globalizacija ugovornog prava: podsticaji, prepreke i neočekivani ishodi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Broj 76, Godina LVI, 2017.

24 O kontraktualizaciji i privatizaciji videti: Z.Ponjavić, Privatizacija porodice i porodičnog prava, *op.cit.*

25 Ludovic Hennebel et Gregory Lewkowicz, *op.cit.*, str.222.

način kontroliše primenu garantovanih prava iz Konvencije. Ta zaštita ponekad ide dotle da ugrožava i samu instituciju braka i porodice.²⁶

Može se konstatovati da se evropeizacija porodičnog prava uvek dešava po istom modelu: na osnovu ekstenzivnog tumačenja Konvencije od strane Suda za ljudska prava u Strazburu (u daljem tekstu: Sud). Ovaj Sud ima neosporno važnu ulogu u harmonizaciji evropskog zakonodavstva u oblasti porodičnog prava.²⁷ Prema njemu Konvencija je „živ instrument“ pa se sadržina njenih pravila mora prilagoditi vremenu. Ovo dovodi do utvrđivanja novih prava koja nisu postojala u prvobitnom tekstu iz 1950. godine. Odluka *Demir et Baykara contre Turquie*,²⁸ koja na prvi pogled nema veze sa porodičnim pravom, savršeno ilustruje ovaj metod interpretacije koji se prostire na celokupno evropsko pravo, pa i porodično. U njoj Sud precizira da je njegova uloga da ljudska prava primeni konkretno i efektivno i da se u to ime svi pravni dokumenti međunarodnog prava (a ne samo Konvencija) mogu koristiti kao pomoć u priznavanju individualnih prava. Ovakav pristup prevazilazi prvobitni okvir Konvencije. Prema shvatanju Suda „Konvencija je mehanizam za odbranu ljudskih prava“.²⁹ Detaljna analiza sudskih odluka iz Strazbura pokazuje, ipak, da se ta interpretacija vrši uz vođenje računa o zakonodavstvu u državama članicama. Ovo se naročito odnosi na odluke iz domena porodičnog prava, više nego u drugim oblastima, budući da nacionalni sudovi bolje poznaju „osetljivost lokalnog konteksta“³⁰, što nije slučaj ako se radi o drugim ekonomskim ili socijalnim odnosima.

Odluke Suda su sve brojnije, obuhvataju sve aspekte porodičnog prava - brak, par, srodstvo, roditeljsko pravo, a nacionalne sudije ih redovno koriste pri tumačenju nacionalnih propisa. Međutim, ovaj fenomen se različito ocenjuje: za neke, Sud je izvor napretka koji omogućava bolju zaštitu ljudskih prava; za druge je to „tiranija suda“ koja nas tera da prihvatimo vladavinu sudskih odluka.³¹

U nekim situacijama Sud smatra postojanje ugovora između subjekata porodičnih odnosa ključnim za uživanje određenih prava koji opravdava različit tretman u njihovom uživanju. Tako je u slučaju *Burden c/Royaume-Uni* ³² Sud razmatrao predstavku dve sestre koje su živeli zajedno i koji su tvrdile da kada bi jedna od njih umrla, preživela bi morala platiti mnogo veći porez na nasleđstvo nego što bi preživeli član para (oženjeni, homoseksualni) morao platiti u istim okolnostima. Po shvatanju Suda razlika u tretmanu je opravdana budući da situacija u kojoj se

26 Profesor J. Hausser ide i dalje pa se pita da li „inflacija subjektivnih prava vodi ka autodestrukciji čoveka“; *Personnes et droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 1996, 871.

27 H. Bosse-Platière, *L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures, À l'horizon de l'Europe*, Informations sociales 2005/8 (br. 128), str.9. <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-8-page-38.htm> (14.04. 2015).

28 *Demir et Baykara c/ Turquie*, predstavka br. 34503/97, odluka 12. 11.2008.

29 *Soering c/ Royaume-Uni*, predstavka br. 14038/88, odluka 7.07.1989, § 102. Navedeno prema: Béatrice Moutel, *op.cit.*, str.49.

30 Sud za ljudska prava, *Fretté c/ France*, predstavka br. 36515/97, odluka od 26 februara 2002, § 41.

31 Britanski premijer David Cameron je 24 januara 2011 u Strazburu predložio reformu strazburškog pravosuđa smatrajući da ono „ne uzima mnogo u obzir demokratske odluke nacionalnih parlamenata“. Ovo je rečeno povodom odluke *Greens et MT C. c/ Royaume-Uni*. Navedeno prema: Anne-Sophie Siew-Guillemain, *op.cit.*, str.16 (napomena br.36).

32 *Burden c/Royaume-Uni*, predstavka br. 13378/05, odluka 29. 04. 2008, § 60.

nalaze dve sestre nije ista sa onom u kojoj su supružnici ili lica koja su sklopila ugovor o građanskom partnerstvu. Odnosno, ova razlika je ista kao ona između lica u braku ili vezanih građanskim partnerstvom s jedne strane, i heteroseksualnog ili homoseksualnog para čija su dva člana odlučila da žive zajedno, a da ne zaključe brak ili ugovor o građanskom partnerstvu: "Odsustvo takvog pravno obavezujućeg sporazuma između podnosilaca predstavke, uprkos dugom trajanju, čini taj odnos bitno različitim od odnosa između dva supružnika ili građanskih partnera."

4. Ugovor u porodičnom pravu

Tokom poslednjih decenija brojni ugovori se pojavljuju u različitim pravnim oblastima, ali sa nejednakim intezitetom. Postoje grane građanskog prava koje su snažno utisnute u javni poredak i koje su stoga *a priori* bile otporne prema svakoj intervenciji ugovora. Ipak, ugovor se danas afirmiše i u oblastima koje su do juče za njega bile nepristupačne. Ugovor se javlja i u srcu onoga što je tradicionalno tretirano kao institucija: u porodičnom pravu. "Jačanje moći individualne volje u porodičnom pravu označava njegovu suštinu."³³ Evolucija društvenih odnosa redukuje institucionalni karakter moderne porodice i porodičnih odnosa, a naporedo sa tim dešava se kontraktualizacija prava kojim se oni regulišu. Ona se u porodičnom pravu pojavljuje na raskršću dveju tendencija: jedne koja vidi u ugovoru sve značajniji model organizovanja društvenih odnosa, i druge koja u domenu porodice koja je tradicionalno bila omeđena moralom i javnim poretkom vidi sve više ispoljavanje osećanja i individualne slobode. Ovo je svakako i rezultat slabljenja javnog poretka u oblasti porodičnog prava kakav je nekada postojao, kojim je obezbeđivana prevlast opštih interesa društva nad konvencionalnim pravilima. Svrha kontraktualizacije porodičnog prava je da se, kroz transformaciju prava, omogući pojedincima da ostvare svoje pravo na porodični život, prilagođen njihovim očekivanjima, slobodni da rade ono što žele i uz mogućnost da odlučuju o obimu svojih obaveza.³⁴

Ugovor se u porodičnom pravu sve više afirmiše u momentu kada je država iscrpela gotovo sve mogućnosti da pomogne i zaštiti porodicu. On je najčešće "sakriven" pod drugim imenom i kadkad sa obeležjima na osnovu kojih ga ne razaznajemo lako. Argumenti u prilog zaštite javnog poretka i značaja koji ovi statusni odnosi imaju za društvo polako uzmiču pred elanom onih koji u ugovorima vide kreatora regulisanja odnosa i u oblasti porodičnog prava.

Fenomen kontraktualizacije porodičnog prava uopšte i, konkretnije, povećana uloga koju pojedinac ima u kontekstu porodičnih odnosa, ne zanemaruje doktrina.³⁵ Sam pojam kontraktualizacije se u pravnoj teoriji osporava, pa se ide tako daleko da se govori i o jezičkoj zloupotrebi termina ugovor, budući da sporazumi ne ispunjavaju

³³ Cornu .G., *La famille*, 6. ed. , Paris, 1998, str.7.

³⁴ Anne- Sophie Siew-Guillemain, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, str.127.

³⁵ *La contractualisation de la famille*, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Colloque des 3 et 4 fév. 2000 organisé sous l'égide de l'Institut Charles Dumoulin (Université Paris XI), Economica, T. 14, 2001; Z.Ponjavić, *Privatizacija porodice i porodičnog prava*, op.cit.

stroga pravila ugovora.³⁶ Neki drugi, osporavajući kontraktualizaciju, govore da ne postoji individualizacija, već rekonpozicija, da ne postoji kontraktualizacija porodičnog prava već pluralizacija: prelazak sa jednog porodičnog modela na pluralističko pravo.³⁷

Otpori kontraktualizaciji bili su i posledica postojanja uverenja, danas napuštenog u pravu, da je ugovor samo instrument privatnog prava. Ugovor se danas smatra kategorijom prava uopšte, kako privatnog tako i javnog. Upravo je istorijsko smeštanje ugovora u domen privatnog prava sprečavalo da se on u porodičnom pravu uopšte pomene, budući da je to sa sobom nosilo odricanje posebnosti porodičnog prava i njegovo vraćanje u krilo privatnog prava. Dakle, ugovor se mora posmatrati kao opštepravna pojava, nevezana za bilo koju pravnu oblast. Ugovor je svaki ugovor, uvek i samo ugovor. Stoga, uostalom, ne treba govoriti o obligacionom, naslednopravnom, privrednom, upravnom, pa ni porodičnom ugovoru, već samo o ugovoru u obligacionom, u naslednom ..., pa prema tome i u porodičnom pravu. Naravno, ovakvom negacijom, kao što se primećuje u pravnoj literaturi,³⁸ ne rešavaju se problemi vezani za ugovore porodičnog prava (ili porodičnopravne ugovore).

Sam pojam ugovora, u ovom slučaju, potrebno je definisati u širem smislu reči, kao svaki sporazum dveju strana kojim se postiže određeno pravno dejstvo, prihvatljivo sa stanovišta objektivnog prava. U nekim slučajevima to dejstvo ugovora nastaje saglasnošću volja, kao kod klasičnih ugovora, dok će u drugim slučajevima biti potrebna i saglasnost suda. Njime se stvara pravilo prema kome će strane u ugovoru imati da se ponašaju jedna prema drugoj. Ako ga ovako shvatimo, onda on svoje mesto i primenu nalazi i u drugim, neimovinskim pravima kao što je porodično, socijalno, međunarodno pravo. Ako pokušamo da pozitivno definišemo ugovor u porodičnom pravu preko njegovog predmeta, moglo bi se reći da je to ugovor kojim se zasniva, menja ili gasi porodičnopravni odnos. On je svakako ugovor *sui generis*.

5. Kontraktualizacija porodičnog prava u Republici Srbiji

Širenje primene ugovora u porodičnom pravu Republike Srbije je omogućeno rekonstrukcijom odnosa, posebno bračnog i roditeljskog para, liberalizacijom tehnika medicinske pomoći za rađanje i pojavom prava da se postane roditelj. To je postignuto izgradnjom zajedničkih pravila organizacije života para, muškarca i žene, bez obzira da li su u braku ili vanbračnoj zajednici, kao i naporom da se roditeljsko pravo vrši zajednički i sporazumno bez obzira da li roditelji žive zajedno ili ne. Značaj koji se pridaje njihovim sporazumima izmenio je odnose unutar para i proširio, zajedno sa napretkom medicine, tehnike pomoći za rađanje. Ti sporazumi imaju različitu pravnu snagu. Nekad su autonomni i dovoljni po sebi da bi proizvodili dejstva. Njihovo izvršenje se isključivo zasniva na volji subjekata koji su učestvovali

36 F. Dekeuwer-Défossez, *Divorce et contrat*, U: La contractualisation de la famille, sous la direction de D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, str. 68

37 F. Dekeuwer-Défossez, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation, Approche critique de la contractualisation*, (Ed. S. Chassagnard-Pinet, D. Hiez), L.G.D.J, Paris, 2007, str. 168.

38 V. Vodinelić, *Upravni ugovor - između prihvatanja i odbijanja*, Pravni život, 1993, 11-12.

u njegovom zaključenju. Ovakvi sporazumi se izvršavaju od momenta zaključenja. (1), dok drugi podležu sudskoj kontroli (2).

5.1. Autonomni ugovori

U pitanju su pre svega ugovori supružnika kojima regulišu međusobne odnose u braku, kao i oni kojima roditelji uređuju vršenje roditeljskog prava kada između njih postoji zajednica života. Kada se radi o sadržini bračnih odnosa između supružnika postoje neka pitanja koja su prepuštena jedino njima da ih uređuju međusobnim ugovorom. To su pitanja određivanja mesta stanovanja i vođenje domaćinstva. U Porodičnom zakonu Republike Srbije ne nameće se supružnicima ni jedno rešenje koje bi se ticalo uređenja ovih pitanja.³⁹ Insistira se na njihovom dogovoru o pitanjima koja uslovljavaju ostvarivanje braka. Ako jedan od njih odbija postizanje dogovora, ili jednostrano odlučuje o ovim pitanjima ili ga se ne pridržava - oglašuje se o jednu od svojih bračnih obaveza.⁴⁰

Ukoliko između supružnika dođe do spora povodom prava i obaveza iz ovih ugovora nije predviđena mogućnost da bilo koji državni organ interveniše i reši nastali spor. Ničim se ne može zameniti njihov sporazum, niti im se mogu nametnuti rešenja. To potvrđuje obavezujuću snagu ovog ugovora, po kome se on razlikuje od nekih drugih koji se pominju u Porodičnom zakonu. Te druge, u krajnjem slučaju, može zameniti državni organ svojom odlukom. Nemogućnost supružnika da postignu saglasnost o ovim pitanjima može biti jedan od razloga za razvod braka.

U vršenju roditeljskog prava Porodični zakon Srbije u nekim situacijama ugovoru roditelja daje odlučujući značaj. Paradoksalno je, međutim, da oni istovremeno mogu biti i izraz poverenja, ali i nepoverenja između lica koja ga zaključuju.⁴¹ Naime, oni mogu biti odraz dobrih odnosa između roditelja i želje da se treća lica, pa ni državni organi, ne mešaju u način regulisanja njihovih odnosa, ali i potrebe da se osiguraju od neprijatnih iznenađenja, pa i prevare od druge strane. Dobra strana ovih ugovora je što se njihovim zaključenjem povećava sigurnost da će izvršenje obaveza nastalih iz njih u budućnosti bolje funkcionisati nego da su one nametnute od strane suda. Ima i shvatanja da je intervencija države u ove odnose kontraproduktivna i da dovodi do zaoštavanja konflikta i kidanja porodičnih veza. Većina ugovora koji regulišu ove odnose spontano nastaju i izvršavaju se, dakle, u situaciji normalnog odvijanja porodičnih odnosa i rešavanja svakodnevnih i bitnih pitanja iz sadržine roditeljskog prava.⁴² Mogu biti prećutni ili izričiti. Sva ova svakodnevna i bitna pitanja sporazumno rešavaju isključivo roditelji ako zajednički i sporazumno vrše roditeljsko pravo u zajednici života. Ovi ugovori čine srž roditeljskog prava, pa bi njihovo rešavanje od strane bilo kog državnog organa

39 Član 27. Porodičnog zakona: "Supružnici sporazumno određuju mesto stanovanja i odlučuju o vođenju zajedničkog domaćinstva".

40 M. Popović, *Porodično pravo*, Beograd, 1983, str. 144.

41 A. Chapelle, *Les pactes de famille en matiere extra-patrimoniale*, Revue trimestrielle de droit civil, 3/1984, str. 413.

42 O pojmu svakodnevnih i bitnih pitanja vid. Z. Ponjavić, *Pravni značaj razlikovanja svakodnevnih i bitnih pitanja iz sadržine roditeljskog prava*, Tematski zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, Knjiga četvrta, Niš, 2014, str. 13-29.

bitno narušilo njihovu autonomiju. U ovoj situaciji roditelji su jedini garanti zaštite najboljeg interesa deteta, odnosno, jedino su oni pozvani da vrše njegovu procenu.⁴³

Onog trenutka kada dođe do nesaglasnosti između roditelja, kada se jedan usprotivi radnji drugoga, mora doći do intervencije suda, ako sami roditelji ne mogu da reše nastali spor. Sudskom odlukom ne zamenjuje se sporazum roditelja u pogledu konkretnog svakodnevnog ili bitnog pitanja, već se uređuje pitanje vršenja roditeljskog prava.⁴⁴ U suprotnom dolazilo bi do paralize u vršenju roditeljskog prava što ugrožava interese deteta. Prema tome, i ovde je, kao što bi rekao veliki francuski pravnik Karbonije, „nepravo esencija, a pravo incident“.⁴⁵

Jedina razlika između ugovora o svakodnevnim i bitnim pitanjima je njihovo dejstvo u odnosu na treća lica. Kad su u pitanju ugovori o svakodnevnim pitanjima nije racionalno da oba roditelja svakodnevno, u svakoj situaciji, odlučuju zajednički i tako istupaju prema trećim licima. To bi stvorilo velike teškoće u svakodnevnom odvijanju porodičnog života. I kada jedan od roditelja istupa prema trećim licima vršeći pomenute poslove, saglasnost drugog roditelja se pretpostavlja (npr. kada roditelj odvede dete kod zubara radi benigne intervencije).⁴⁶ Ova prezumpcija važi za oba roditelja i ima za cilj da olakša svakodnevno odvijanje porodičnog života, pa stoga važi samo u korist trećeg lica, a ne i u međusobnim odnosima roditelja.

Izričita saglasnost oba roditelja je potrebna uvek kada se radi o pitanjima koja bitno utiču na život deteta, bez obzira da li postoji zajednica života ili ne, da li roditeljsko pravo vrše zajednički ili jedan od njih samostalno.⁴⁷ Prema tome, u odnosima prema trećim licima moraju istupati oba roditelja, podnoseći svoj ugovor o načinu rešavanja ovih pitanja.

5.2. Ugovori kod kojih sud kontroliše ispunjenost traženih uslova.

Porodični kontekst u kome se ugovaranje odvija zahteva veliku opreznost. Stoga je u većem broju slučajeva predviđena intervencija suda ili nekog drugog organa prilikom zaključenja ugovora. Zakon je ovim organima namenio različitu ulogu. Nekada je to registracija postignutog sporazuma (5.2.1) dok je u drugim slučajevima reč o njihovom potvrđenju (5.2.2.).

43 *Ibid.*, str.28.

44 Vrhovni sud Republike Srbije je u jednoj revizijskoj odluci zauzeo upravo ovakav stav, da sudska odluka ne može zameniti sporazum roditelja. «Po stanovištu Vrhovnog suda, sud nije ovlašćen da umesto roditelja odlučuje o prebivalištu maloletnog deteta ili da donosi odluke koje zamenjuju zajedničke odluke roditelja o bitnim pitanjima vršenja roditeljskog prava – koja utiču na život maloletnog deteta, kao što je obrazovanje deteta, preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom, promena prebivališta deteta ili raspolaganje imovinom deteta velike vrednosti, a preventivni i korektivni nadzor nad vršenjem roditeljskog prava obavlja organ starateljstva a ne sud». Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev.2557/06 od 1.3.2007, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, 2/2007, str.38-39.

Prema nemačkom pravu u ovom slučaju sud bi mogao prepustiti jednom roditelju da sam donese odluku o spornom pitanju ako je to u najboljem interesu deteta. Vid.: F. Boulanger, *Autorite parentale et intérêt de l'enfant*, Paris, 2008, str.47.

45 J. Carbonnier, *Flexible droit*, 8.ed.LGDJ, 1995, str.31.

46 Istina, ovo se ne kaže izričito u Porodičnom zakonu, kao što je to npr. slučaj sa francuskim pravom, čl.373, al. 2. Code civil.

47 Vid. čl.78.st.3. Porodičnog zakona

5.2.1. Kada je u pitanju registracija postignutog sporazuma, kao što je slučaj sa sporazumnim razvodom braka bez zajedničke maloletne dece ili sporazumom o deobi zajedničke imovine, državni organ ih samo unosi u sudsku odluku čime se obezbeđuje mogućnost prinudnog izvršenja. Sud prvenstveno proverava ispunjenost procesnih pretpostavki. Ako su one ispunjene sud nema ovlašćenje da ih odbije.

Kontraktualizacija braka se naročito ogleda kroz odredbe o njegovom prestanku, razvodom i poništenjem. Porodični zakon Republike Srbije ne govori izričito o pravu na sklapanje braka,⁴⁸ ali zato reguliše pravo na razvod braka.^{49/50} Ovo sledi u članu 40. Porodičnog zakona Republike Srbije gde se kaže: "Supružnici imaju pravo na razvod braka ako zaključe pismeni sporazum o razvodu".⁵¹ Ne samo da se ovaj način razvoda zasniva na saglasnosti supružnika nego Zakon izričito kaže da o tome moraju zaključiti "pismeni sporazum", odnosno ugovor u širem smislu reči.⁵²

Sporazum o razvodu obavezno sadrži i pismeni sporazum o načinu regulisanja posledica razvoda i to: sporazum o vršenju roditeljskog prava i sporazum o deobi zajedničke imovine. Ovlašćenja suda su vrlo različita kod ova dva ugovora. Ugovor o deobi zajedničke imovine podleže potvrdi suda, bez ovlašćenja da ispituje njegovu punovažnost. Sud je njime vezan i nema ovlašćenje da ga kontroliše niti menja. Autonomija volje supružnika u ovom slučaju je jedino ograničena činjenicom da ovakav formalni ugovor, napisan i potpisan od stranaka, proizvodi pravno dejstvo

48 Ovo govori o daljem slabljenju pozicije braka u našem pravu. Tradicionalna porodica, zasnovana na braku, na normativnom planu slabi bez obzira na to što ona još uvek postoji i što je vrednosno prihvatljiviji i preovlađujući oblik porodice kod nas. Videti: Z. Ponjavić, *Pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodice u evropskom i našem pravu*, Pravo Republike Srbije i pravo EU stanje i perspektive, Zbornik radova, sveska 2, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2009, str.47-60

49 Porodični zakon, čl. 40 i 41.

50 Pravo na razvod nije predviđeno Konvencijom kao ljudsko pravo. Sloboda razvoda je zaštićena od strane Suda. Evropski sud za ljudska prava u presudi Johnston et autres c/ Irlande podseća da se članovi 8 i 12 "ne mogu tumačiti na način koji garantuje pravo na razvod braka", naročito zato što "pripremni dokumenti Konvencije jasno ukazuju na volju visokih ugovornih strana da namerno isključe ovo pravo iz delokruga Konvencije" (§ 60).

51 Ustav Republike Srbije, u članu 62.st. 1 normira pravo na zaključenje i pravo na raskid braka: "Svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka". Ustav koristi termin "raskid braka", za razliku od Porodičnog zakona.

52 Porodični zakon, u ovom slučaju, koristi jedan širi termin "sporazum" koji se u našoj pravnoj praksi odomaćio. Izraz "ugovor" nije mogao biti izbegnut, jer je uobičajen, kada se radi o "bračnom ugovoru" kojim se regulišu imovinski odnosi. Slična situacija je i sa ugovorom kojim supružnici regulišu upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom (čl.189. PZ). Međutim, zakonodavac, sasvim nedosledno, kada govori o deobi zajedničke imovine od strane supružnika, vanskudski, koristi izraz "sporazum" (čl. 179.). S druge strane, u obligacionom pravu se više koristi termin "ugovor". U francuskom pravu pravi se razlika između konvencije (sporazuma) i ugovora. Ova razlika proističe iz odredbe čl.1101 Građanskog zakonika prema kojoj je ugovor takva konvencija kojom se jedno lice ili više lica obavezuju prema jednom ili više drugih lica da nešto daju, učine ili ne učine. Više o ovoj razlici: F. Dekeuwer-Défossez, *Divorce et Contrat*, op. cit, str. 67-68.

samo ako bude unet u izreku presude o razvodu braka (čl. 225/2.).⁵³ Odnosno, on ga potvrđuje istovremeno kada razvodi brak.⁵⁴

Isti ovakav ugovor supružnici mogu sklopiti i u bračnom sporu koji se vodi po tužbi za razvod ili poništenje braka i to u okviru postupka za nagodbu. O ovom se sastavlja zapisnik od strane suda ili ustanove kojoj je poveren postupak nagodbe. Ako je nagodba uspjela ili je delimično uspjela, sporazum supružnika o deobi zajedničke imovine unosi se neizmenjen u izreku presude o poništenju ili razvodu braka. (čl. 243. st. 3). I ovde se uloga suda faktički svodi na neku vrstu overe (registracije) ugovora o deobi zajedničke imovine. Supružnici su vezani postignutim sporazumom (ugovorom) i nijedan od njih nema ovlašćenje da ga jednostrano menja.

Pošto je ugovor o deobi zajedničke imovine akcesoran uz ugovor o razvodu to njegova pravna sudbina zavisi od glavnog. Međutim, ugovor o deobi zajedničke imovine može imati i nezavisnu pravnu sudbinu u odnosu na glavni ugovor u slučaju da dođe do ulaganja vanrednog pravnog leka. Budući da se pravnosnažna presuda o razvodu braka ne može pobijati u pogledu dela odluke koji se odnosi na razvod (ili poništenje) braka (čl. 227. st. 2. PZ), to se može desiti da ugovor o deobi zajedničke imovine bude izmenjen po vanrednom pravnom leku, a da pri tome nije pobijan i sam ugovor o razvodu braka.

Deobu zajedničke imovine supružnici mogu ugovorom izvršiti i izvan brakorazvodne parnice. Ugovor o deobi zajedničke imovine supružnici zaključuju u obliku javnobeležničke potvrđene (solemnizovane) isprave.⁵⁵ Ovaj ugovor mora biti zaključen u pismenom obliku.

Ipak, najdalje se u ovom trenutku u dezinstitutizaciji braka otišlo načinom normiranja posredovanja u bračnom sporu za poništenje braka, po tužbi jednog od supružnika. Svrha nagodbe jeste da se poremećeni odnos supružnika razreši bez konflikta nakon poništenja ili razvoda braka. Ako stranke prihvate posredovanje ono se u ovom slučaju svodi samo na nagodbu. Pristankom na posredovanje, supružnici su saglasni da brak treba poništiti, što na sud u daljem toku postupka deluje kao snažna predikcija postojanja razloga za poništenje. Može se reći da supružnici *de facto* sporazumno odlučuju i o poništenju braka. Uostalom, kakva bi bila svrha prethodnog rešavanja posledica poništenja ako bi se nakon toga utvrdilo nepostojanje uzroka za poništenje. Razlog za poništenje braka postaje manje bitan u odnosu na sporazum stranaka.⁵⁶

53 U pravnoj teoriji se navodi da upotreba termina "uneti" predstavlja primer nespretnog i nepreciznog izražavanja zakonodavca. Postignuti sporazum treba posmatrati kao podlogu za sudsku odluku. Videti: G. Stanković, *Osnovna načela posebnih parničnih postupaka u porodičnim stvarima*, Novo porodično zakonodavstvo, Zbornik radova, Kragujevac, 2006, str. 489, fn. 38.

54 Može se postaviti pitanje zašto je pitanje sporazumnog razvoda, naročito kada u braku nema zajedničke maloletne dece, ostavljeno sudu na nadležnost i nije li bolje u ovom slučaju uspostaviti nadležnost nekog drugog organa, npr. javnog beležnika. Prihvatanjem ovakvog rešenja i dalje bi se pravila dovoljno jasna razlika između prestanka braka razvodom i raskida vanbračne zajednice. To bi, za sada, bila dovoljna mera očuvanja neophodne institucionalnosti braka. Nadležnost javnog beležnika u ovoj situaciji predviđa Francuska, izmenama Građanskog zakonika iz 2016. godine.

55 Član 179. stav 2. Porodičnog zakona.

56 Porodični zakon Crne Gore (član 335) sadrže bolja i jednostavnija rešenja u ovom pogledu. Prema njemu posredovanje se sprovodi radi postizanja sporazuma o vršenju roditeljskog prava i podele zajed-

5.2.2. U nekim slučajevima zaključenja ugovora zahteva se veće angažovanje državnog organa. U pitanju su, pre svega, ugovori roditelja o vršenju roditeljskog prava koji imaju obavezu snagu samo ako su potvrđeni od strane suda. Njihov sporazum o ovom pitanju se pojavljuje kao vrlo poželjan a intervencija suda je potrebna u cilju zaštite najboljeg interesa deteta.

Ugovor o vršenju roditeljskog prava je sastavni deo sporazuma o razvodu u slučaju sporazumnog razvoda braka. Mora biti postignut u pismenom obliku,⁵⁷ ali ne mora biti overen, niti predstavlja izvršnu ispravu.⁵⁸ U njemu se supružnici mogu sporazumeti da roditeljsko pravo vrše zajednički ili samostalno. Postizanje ovog ugovora je jedan od uslova za sporazumni razvod braka. Isti ovakav ugovor supružnici mogu postići i u bračnom sporu za razvod ili poništenje braka, tokom nagodbe u okviru postupka posredovanja, ali i u bilo kojoj drugoj fazi parničnog postupka.

Zaključenje ugovora o zajedničkom vršenju roditeljskog prava zavisi od slobodne volje roditelja, odnosno, ne može se nametnuti. Zaključuju ga bez prisustva suda i bez svedoka. Sastavni i obavezni deo ovog ugovora je sporazum o prebivalištu deteta.⁵⁹

Uloga i značaj ugovora kao instrumenta regulisanja vršenja roditeljskog prava naročito je proširena mogućnošću da se roditelji, koji ne vode zajednicu života, sporazumeju i o samostalnom vršenju roditeljskog prava. I u ovom slučaju roditelji zaključuju ugovor u pisanoj formi. Za razliku od sporazuma o zajedničkom vršenju, sadržina ovog je tačno određena. Obuhvata dogovor o tri pitanja: 1) sporazum o poveravanju deteta jednom roditelju, 2. sporazum o visini doprinosa drugog roditelja za izdržavanje deteta i 3. sporazum o načinu održavanja ličnih odnosa sa drugim roditeljem. Samo ugovor kojim se rešavaju sva tri pitanja može biti predmet ocene od strane suda.

To što su roditelji postigli ugovor o zajedničkom ili samostalnom vršenju roditeljskog prava, u okviru postupka razvoda braka po sporazumu ili po tužbi, ne znači i da će ga sud neizostavno prihvatiti. Oni imaju obavezu snagu samo ako su potvrđeni od strane suda.⁶⁰ Saglasnost suda u ovom slučaju se javlja kao uslov njihove punovažnosti. Premda se to nigde izričito ne kaže, zadatak suda je da osigura slobodnu volju roditelja, ali pre svega, da "proceni" da li je sporazum u saglasnosti sa interesima deteta. Ako jeste, sporazum ostaje neizmenjen i sud donosi odluku u skladu sa postignutim sporazumom ne posežući za drugačijim rešenjima. A ako nije,

ničke imovine, ali tek nakon donošenja odluke o poništenju braka.

57 Videti član 40. stav 2. Porodičnog zakona.

58 Videti član 41. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, „Sl. glasnik RS”, br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje i 113/2017 - autentično tumačenje)

59 Slično rešenje je predviđeno i u uporednom pravu, primera radi u čl. 1513. i 1514 Građanskog zakonika Grčke. Neka druga prava, kao što je slučaj sa Velikom Britanijom imaju rešenje po kome je moguće da dete ima naizmenično prebivalište. Roditelj kod koga dete ima prebivalište se neposredno brine o detetu. Ovakva situacija u Velikoj Britaniji je prihvaćena još od 1964. godine (slučaj *Clissold v. Clissold* (1964) 108 S.J. 220).

60 Porodični zakon, čl.272.

izvršiće se njegova korekcija. Postavlja se pitanje da li će sud tada tražiti od roditelja da izmene sporazum o deci i ukazati im zašto nije u najboljem interesu deteta, ili će doneti odluku mimo volje supružnika.⁶¹ Prva solucija proizlazi iz ugovornog karaktera ovog sporazuma, ali i intencije zakonodavca da sami supružnici rešavaju sporna pitanja. Iskustvo nas uči da su odluke donete na osnovu saglasnosti stranaka najboljeg kvaliteta i više su poštovane od onih koje im se nameću *ex nihilo*, koje su strane supružnicima na koje se odnose. Drugo rešenje se nameće iz stilizacije odredbe čl. 272.st.2. koja se odnosi na odluku o vršenju roditeljskog prava.⁶² Prema ovoj odredbi "ako roditelji nisu zaključili sporazum o vršenju roditeljskog prava ili sud proceni da njihov sporazum nije u najboljem interesu deteta, odluku o poveravanju zajedničkog deteta jednom roditelju, ... donosi sud". Čini se, ipak, da ovo pitanje postaje manje važno ako se zna da u osnovi sve počiva na saglasnosti volja supružnika (roditelja). Čak i ako sud na drugačiji način reši pitanje vršenja roditeljskog prava pa nakon toga donese odluku o razvodu, može se uzeti da su ga supružnici prihvatili kao svoj sporazum. Ako jedan ili oba nisu zadovoljni izmenjenim sporazumom o vršenju roditeljskog prava mogu jednostavno povući predlog za sporazumni razvod braka sve dok postupak nije pravnosnažno okončan, ili povući tužbu za razvod braka. Na ovaj način oni od početka pa do kraja ostaju gospodari ovog sporazuma.

U slučaju nesaglasnosti roditelja oko izvršavanja ovog ugovora mogu se obratiti sudu zahtevom da ga raskine i na drugačiji način uredi pitanje vršenja roditeljskog prava. Može se raskinuti na zahtev jednog ili oba roditelja koji su učestvovali u njegovom zaključivanju.

Ugovor se, konačno, pojavljuje i kada se radi o uspostavljanju roditeljskog odnosa, u domenu medicinski potpomognute prokreacije. U oblasti za koju se uvek ističe da manifestacije volje imaju retko kad ugovorni karakter, u svakom slučaju ređe nego u drugim oblastima porodičnog prava. Tako su deca usvojena i rođena uz biomedicinsku pomoć imenovana u pravnoj doktrini kao "ugovorena deca."^{63/64}

61 U francuskom pravu (čl. 250-2 alinéa 2 du Code civil) sud će u ovom slučaju zahtevati od roditelja da podnesu drugačiji sporazum o deci. Zato im je ostavljen rok od 6 meseci. Više: L. Loïc. *L'enfant et la contractualisation des effets du divorce*. U: Revue juridique de l'Ouest, 3/2006-3, str. 291-312; https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2006_num_19_3_2883 (13.06.2019) i Isabelle Sayn, *op.cit.*, str.69 – 86.

62 O. Cvejić-Jančić, *Brak i razvod*, Novine u porodičnom zakonodavstvu, Zbornik radova, Kragujevac, 2006, 143.

63 Ozer (J.Hausser) je napisao, da "poreklo jednog deteta začeto uz medicinsku pomoć nema ništa sa prirodom i sa zakonom, već samo sa sporazumom" J. Hauser, *Un nouveau-ne: l'enfant conventionnel*, D.1996, chron.182. Navedeno prema: F. Dekeuwer-Defosse, *La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation*, str. 175

64 Neki idu i dalje pa postavljaju pitanje da li je i rođenje deteta prirodnim putem rezultat ugovora. Ako je brak ili vanbračna zajednica produkt jednog sporazuma, zašto i predmet tog sporazuma ne bi bio i onaj koji se odnosi na decu, da li će ih biti ili ne, koliko, itd. U prilog ovakvog razmatranja može se navesti jedna presuda suda u Nimes (Francuska) koji je suprugu oglasio delimično krivom za razvod braka jer je zatrudnela bez znanja muža u vrlo specifičnim okolnostima što predstavlja od strane supruge povredu obaveze iskrenosti koja postoji između supružnika, što onda muža svodi na ulogu genitora. Sud dodaje da "u situaciji postojanja običaja i sredstava za kontracepciju, začće deteta od strane jednog bračnog para mora biti rezultat zajedničkog izbora i zajedničkog projekta". Videti komentar ove odluke: J. Hauser, *Personnes et droits de la famille, Filiation biologiques*, (no.18), Revue trimestrielle

Razdvajanje seksualne od prokreativne funkcije dovodi do toga da se prokreacija može ugovarati od strane supružnika ili vanbračnih partnera. Sporazum budućih roditelja je osnova za korišćenje ovog vida prokreacije, budući da se on, po pravilu, odvija u okviru jednog para, bračnog ili vanbračnog.⁶⁵ Na njima je da biraju: da li će imati decu ili ne. Ova mogućnost, po pravilu, postoji sve dok vode zajednički život. Porodični zakon RS široko otvara ovu mogućnost uvođenjem saglasnosti partnera, bračnih ili vanbračnih, za postupak začeća uz biomedicinsku pomoć. Time se ugovara i roditeljstvo budućeg deteta. Istina, kada se radi o očinstvu deteta koje se rađa uz biomedicinsku pomoć Porodični zakon govori o "pismenom pristanku" muškarca (čl. 58. st.1 i 2), a ne o saglasnosti. Pismeni pristanak oba supružnika odnosno vanbračna partnera zahteva se po čl. 23. st.1.t.6. Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, koji reguliše sadržinu medicinske dokumentacije koju vodi Centar za BMPO. Pristanak se daje u centru za BMPO, odnosno Banci gde učestvuju zdravstveni radnici i zdravstveni saradnici. Oni imaju i ovlašćenje da proveravaju ispunjenost zakonskih uslova i odobravaju ovakav vid oplodnje.

Saglasnost budućih roditelja za primenu ove metode prokreacije je osnov za uspostavljanje porekla deteta. Tako se uspostavlja neoboriva pretpostavka očinstva muža, odnosno vanbračnog partnera.⁶⁶ Prihvataju da će biti roditelji deteta koje je biološki vezano za njih (homologna) ili nije (heterologna inseminacija). U ovom drugom slučaju jasno je da pravna veza koja nastaje ne korenspondira sa biološkom istinom, već sa idejom odgovornosti za prokreaciju koja sve više postaje osnova uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa. Poreklo deteta se, dakle, ne zasniva samo na biologiji već na datoj reči. Saglasnošću volja, ugovorom, ova lica su se odrekla i prava na tužbu za osporavanje ovako uspostavljenog roditeljskog odnosa. Ovo se odnosi i na dete, pa se ovim legalno ono onemogućava da sazna svoje poreklo, što je protivno čl.7. Konvencije o pravima deteta. Tako su svojim ugovorom, uz dozvolu zakonodavca, partneri onemogućili primenu jednog pravila koje je postalo deo međunarodnog pravnog poretka.⁶⁷

de doit civil, 1/2008, str. 91-92.

65 Prema Zakonu o biomedicinski potpomognutoj oplodnji ("Sl. glasnik RS", br. 40/2017 i 113/2017 - dr. zakon) u čl. 25 se predviđa, da „izuzetno, pravo na postupke BMPO ima i punoletna i poslovno sposobna žena koja živi sama i koja je sposobna da vrši roditeljsku dužnost i u takvom je psihosocijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobna da obavlja roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta“.

66 Uspostavljanje pretpostavke vanbračnog očinstva u slučaju oplodnje uz biomedicinsku pomoć stvara u pogledu uspostavljanja roditeljskopravnog odnosa jednu dodatnu razliku između dece rođene izvan braka: deca koja su začeta prirodnim putem nemaju uspostavljen pravni odnos sa ocem po rođenju pa se ono može ustanoviti priznanjem ili sudskim putem, dok deca rođena uz biomedicinsku pomoć imaju pretpostavljenog oca, onog koji je dao pristanak.

67 Ukoliko se u Građanski zakon Republike Srbije, čije se donošenje uskoro očekuje, ugrade predložena pravila surogat materinstva iz Prednacrta građanskog zakonika, biće to konačna potvrda kontraktualizacije porekla i odlučujući korak ka prihvatanju „prava na dete“, pretvarajući ga u puki proizvod želja.

6. Zaključak

Prožimanje porodice i osnovnih ljudskih prava dovelo je do transformacije porodičnog prava. Njegovu suštinu više ne čine institucije u kontekstu u kojem se promovisu nametnuta spoljna rešenja već sve više postaje stvar izbora njenih aktera. Ovo je dovelo do poznatog i u doktrini analiziranog fenomena, kontraktualizacije porodičnog prava. Ono više nije samo nacionalni već sve više postaje internacionalni fenomen, čiji su izvori norme usvojene od strane evropskih institucija, naročito odluke Suda za ljudska prava. U ovom kontekstu ugovori porodičnog prava postaju privilegovani instrumenti za supružnike, ali i za druge aktere porodičnih odnosa, koji žele da organizuju način njihovog vršenja, naročito u kriznim situacijama. Ova transformacija društvenog i pravnog konteksta je toliko radikalna da se već govori o „ugovaranju porodice“.

Postoji čitav spektar ugovora u porodičnom pravu Republike Srbije, sa različitim pravnim posledicama. Neki su dovoljni sami sebi, budući da se ne traži bilo kakva intervencija državnog organa da bi proizveli pravne posledice. Broj ovih autonomnih ugovora se povećava, ali još uvek se kod nekih ugovora zahteva intervencija državnog organa, najčešće suda. Zadatak suda je sve manje da reši konflikt, već da potvrdi postignuti sporazum. Potvrda najviše zavisi od njegove procene zaštićenosti interesa dece. Zaštita njihovih interesa predstavlja važnu granicu u širenju kontraktualizacije u punom obimu. Stoga se sudska kontrola i dalje javlja kao najbolja garancija zaštite prava deteta. Ova kontrola omogućava sistematsku institucionalnu prethodnu kontrolu usklađenosti sa zakonom i najboljim interesom deteta, za razliku od kontrole u oblasti obligacionih ugovora, koja se vrši tek nakon zaključenja i kada to traži jedna od stranaka.

Činjenica da pojedinac ima pravo na porodični život, pa i relativnu slobodu moduliranja obaveza koje preuzima, dovela je do pada institucionalnog karaktera porodice što stvara nesigurnost u vezi sa njenim obrisima i njenog pravnog definisanja, kao i ciljeva koje država postavlja u porodičnoj politici koju treba slediti. Pošto je postala stvar volje, porodica mora uzeti u obzir individualna prava svakog člana grupe, što dovodi do toga da je podložna većoj nestabilnosti. Moglo bi se stoga, na kraju, postaviti pitanje da li insistiranje na individualizmu nasuprot kolektivnih vrednosti predstavlja nametanje modela koji nije odraz vrednosti društva. Tim pre je čudnije što su u pravo Republike Srbije, bez potrebe, ugrađena neka rešenja u pogledu kojih ne postoji evropski konsensus, udaljivši se tako od uzora koji i dalje štite instituciju.

FAMILY LAW – FROM THE INSTITUTION TO A CONTRACT

(summary)

The ascending of human rights in previous three decades has created, not only a new vision of an individual, but of a family as well. After the first phase of indifference, the encounter between human rights and family has led to their interference resulting in the change of its concept. Legally speaking, family is no longer an institution imposed from outside, but rather a flexible choice from inside excluding any form of conformism based on the previously established model. This all could not be possible without a significant influence of European Convention of Human Rights on judicial and legislative practice. These supranational norms shape European laws on human rights, not by introducing strict rules, but rather important principles of freedom and equality which gradually establish European legal standards in the field of family law. This leads to the multiplication of different family models and wider protection of privacy and family life. A person now can create „a family of his own choice“. This interaction of family and basic human rights has led to the transformation of national family legislations reflecting much analyzed phenomenon of „family contractualization“. This phenomenon is based on the supremacy of the individual will, which creates a serious problem how it should be now defined. The provisions of the Republic of Serbia Family Law also favour the individual will in family life reflecting this transition process of a family, from the institution to a contract *sui generis*. The question remains whether this represents a risky jump from stability to instability which may call for a need to mark the boundaries of this process.

Key words: human rights, family, ECHR, individual will, contract