

BRAK - IZMEĐU OČUVANJA INTEGRITETA I VLADAVINE INDIVIDUALNIH SLOBODA

Sažetak: Filozofija individualizma, odnosno afirmacija i zaštita ljudskih prava i sloboda imaju snažne implikacije – pored ostalog – i na pravno uređenje braka i porodice. Katalog ljudskih prava i sloboda u modernom društvu, kao i *širenje* polja dejstva autonomije volje u privatnopravnim odnosima predstavljaju značajne determinante pravnih pozicija *članova* porodice, prevashodno bračnih i vanbračnih partnera koji konstituisanjem braka ili nekog od oblika zajednice *života* stvaraju pretpostavke za zasnivanje porodice. Pored pluraliteta formi *životnog* zajedništva - u kojima sloboda uređivanja međusobnih odnosa dobija na značaju, konzumiranje prava na roditeljstvo u sadejstvu sa bio-medicinski potpomognutom oplodnjom, takođe, generiše nove mogućnosti kreacije porodice i načinâ njenog funkcionisanja. Sljedstveno tome, brak nesporno proživljava ozbiljnu krizu, *što* istovremeno stvara nove izazove za zakonodavce koji se suočavaju sa zadatkom da se zaštite individualna prava i slobode, sa jedne strane, kao i da se nastoji očuvati integritet braka, sa druge strane. U tom smislu, predmet istraživanja u ovom radu je odnos između integriteta braka kao pravne i društvene ustanove, sa jedne strane, i individualnih sloboda supružnika, sa druge strane.

Ključne riječi: brak, vanbračna zajednica, porodica, individualne slobode, roditeljstvo.

1. Uvod

Filozofija individualizma i koncept građanskog društva, u svojoj osnovi, zasnivaju se na ideji čovjeka kao pojedinca. Ideje prosvjetiteljstva u sadejstvu sa doktrinama proizašlim iz koncepta čovjeka kao pojedinca utrle su put ka individualizaciji subjekata u različitim društvenim relacijama. Simultano uz navedene procese, u svremenom društvu snažno je promovisana i aksiomatski postavljena ideja ravnopravnosti kao posebna političko-pravna vrijednost. U vrijednosnom sistemu sa ovakvim koordinatama stvoreno je okruženje da se svijet učini po mjeri čovjeka i da se primjenom mehanizama univerzalizacije prevaziđu razlike između različitih tradicija, religija i kultura, te da se na opšteprihvaćen način definišu standardi koji će predstavljati rezultantu generalnog konsenzusa za uređenje odnosa među ljudima, a posebno za regulaciju odnosa između čovjeka kao pojedinca i kolektiviteta.

Naslonjena na prethodne premise, ideja ljudskih prava doživjela je svoj procvat i dobila dugo očekivano priznanje društva, koje prepoznaje čovjeka kao centar društvenih odnosa i priznaje postojanje njegovog interesa i potrebu da isti bude

poštovan i štićen. Katalog ljudskih prava i sloboda koji se danas promovira kao civilizacijsko dostignuće i nužnost u izgradnji i funkcionisanju svakog demokratskog poretka presudno je uticao na (re)modeliranje gotovo svih grana prava, a specijalno onih u kojima se uređuju prava i obaveze čovjeka, odnosno ljudi u međusobnim odnosima. U tom smislu, porodično pravo je u XX vijeku i početkom XXI vijeka doživjelo, ili bolje rečeno, još uvijek doživljava značajne promjene, suočavajući se sa brojnim izazovima koji zbog svoje kompleksnosti nemaju isključivo pravni značaj.

Sloboda čovjeka, mogućnost njegovog izbora, etabliranje ličnog interesa i mehanizmi njegove zaštite neminovno dovode do neophodnosti preispitivanja odnosa individualiteta i kolektiviteta, a naročito u slučajevima kada kolektivitet - naspram kojeg se čovjek pozicionira - u stvari predstavlja rezultat njegove volje i njegovog djelanja. U ovakvoj konstelaciji snaga postavlja se pitanje mogućnosti harmonizacije individualnih interesa, prava i sloboda, sa jedne strane, i integriteta kolektiviteta, sa druge strane. Ovo pitanje posebno dobija na važnosti u vremenima kada svjedočimo krizi braka i formalnoj relativizaciji njegove važnosti i njegovog koncepta.¹ U porodičnim odnosima primaran postaje odnos između partnera (bračnih, vanbračnih, heteroseksualnih ili homoseksualnih). Porodično pravo daje sve veći značaj individualnoj volji subjekata porodičnog odnosa, odnosno država štiti individualne slobode, a ne određeni model porodice.²

Iako autonomija volje i individualne slobode nužno ne isključuju funkcionisanje kolektiviteta, sasvim je cjelishodno razmotriti, a pogotovo kada je riječ o braku, odnos ovih kategorija i markirati linije njihove konfrontacije, uz eventualno predstavljanje očekivanih posljedica i/ili mogućih rješenja. U tom smislu, predmet istraživanja u ovom radu je preispitivanje sadržaja i domašaja individualnih sloboda u zasnivanju porodice, odnosno prilikom uređenju bračnih odnosa, te razmatranje implikacija njihovog konzumiranja u pogledu interesa braka.

2. Sloboda u zasnivanju porodice – alternative u braku

2.1. Pluralitet oblika zajednice života

Kada je o zasnivanju porodice riječ, prvi oblik slobode učesnika (budućeg) porodičnog odnosa - hronološki posmatrano – manifestuje se u pogledu izbora načina na koji će porodica biti konstituisana. I pored nedodirljivosti individualizma i afirmacije lične slobode, zahtjevi za zajedništvom – pogotovo životnim – nikada ne prestaju. Ove dvije težnje ne smiju se doživljavati kao kontrapunktovi. Naprotiv,

1 Podaci Eurostat-a pokazuju da je stopa zaključenih brakova u EU (na 1000 stanovnika) znatno opala u posljednjih nekoliko decenija - sa 7,8 iz 1965. godine na 4,4 u 2017. godini, dok se stopa razvoda braka – stopa *divorcijaliteta* u EU (na 1000 stanovnika) više nego udvostručila, sa 0,8 iz 1965. godine na 2,0 u 2017. godini. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics#A_rise_in_births_outside_marriage (2.05.2021.). U BiH bilježe se identični trendovi: broj zaključenih brakova na godišnjem nivou je u padu (u 1996. godini zaključeno je 21107 brakova, a u 2019. godini zaključeno je 18952 braka), a stopa *divorcijaliteta* je u porastu (u 1997. godini razvedeno je 1835 brakova, a u 2019. godini razvedeno je 2790 brakova). http://www.bhas.ba/data/Publikacije/Bilteni/2020/DEM_00_2019_TB_0_BS.pdf (6.05.2021.).

2 Zoran Ponjavić, “Novo porodično zakonodavstvo – proces privatizacije prava”, u u *Novo porodično zakonodavstvo – Zbornik radova sa savetovanja 16. i 17. oktobra 2006. godine*, Kragujevac, 2006, str. 3 i 6.

sloboda izbora evolutivno je rezultovala postojanjem pluraliteta oblika životnog zajedništva.

Najčešći oblik porodice – s obzirom na način njenog zasnivanja – jeste bračna porodica. Pravila o usvojenju, odnosno zakonske mogućnosti zasnivanja porodice uz medicinski potpomognutu oplodnju svakako pogoduju izboru ovog oblika porodice (bračnoj porodici), ali isto tako omogućavaju ili doprinose nastanku monoparentalnih porodica i reorganizovanih (prekomponovanih) porodica.³ Brak nastaje kao rezultat saglasnosti slobodnih volja onih lica koja ga zaključuju. Sloboda je uslov nastanka braka, a brak je mesto u kojem se slobode ostvaruju.

Međutim, porast broja vanbračnih porodica u savremenom društvu postaje opšte mjesto i u posljednjih nekoliko decenija relativizuje značaj i ugled braka.⁴ Čak i zakonodavstva koja se smatraju konzervativnim i u kojima se ne odustaje od heteroseksualne čistote braka, priznaju se vabračne zajednice, sa manjim ili većim razlikama u pogledu pravnog sankcionisanja obima pravnih efekata koje ove proizvode. Vanbračnim zajednicama priznaju se određena pravna dejstva, ukoliko ispunjavaju zakonom propisane uslove, koji se uglavnom odnose na trajanje vanbračne zajednice ili na činjenicu da je u vanbračnoj zajednici rođeno dijete.⁵ U tom smislu, vanbračni partneri imaju pravo na izdržavanje pod istim uslovima kao i supružnici, odnosno imovina koja je stečena radom vanbračnih partnera tokom trajanja vanbračne zajednice smatra se zajedničkom imovinom, odnosno bračnom stečevinom u pogledu koje se primjenjuju pravila koja važe za zajedničku imovinu odnosno bračnu stečevinu supružnika.⁶

3 Mira Alinčić, “Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 55, 5/2005, str. 1169; Zoran Ponjavić, *Privatizacija porodice*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 23.

4 Prema statističkim podacima *Eurostat*-a proizlazi da je učešće broja djece rođene van braka u EU sa 25,4% iz 2000. godine poraslo na 42,4% 2018. godine (s tim da je u nekoliko zemalja EU u 2018. godini – npr. Francuska, Portugal, Švedska, Slovenija, itd. - više djece rođeno van braka, nego što ih je rođeno u braku). https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics#A_rise_in_births_outside_marriage (2.05.2021.).

5 U pravu Republike Srpske, vanbračnoj zajednici priznaju se priznaju lično-imovinska dejstva, ako je trajala duže od 3 godine, a na odnose vanbračnih partnera povodom imovine stečene njihovim radom primjenjuju se pravila koja vrijede za zajedničku imovinu supružnika kada je vanbračna zajednica trajala duže vremena (čl. 248 st. 1 i čl. 284 Porodičnog zakona Republike Srpske – dalje: PZ RS, *Službeni glasnik RS*, br. 54/02, 41/08 i 63/14). U pravima Federacije BiH i Brčko Distrikta BiH, vanbračnoj zajednici priznaju se pravna dejstva ako je trajala najmanje 3 godine ili kraće kada je u njoj rođeno dijete (čl. 3 i čl. 230 st. 1 i čl. 263 Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine – dalje: PZ FBiH, *Službene novine FBiH*, br. 35/05, 41/05 i 31/14; čl. 5 i čl. 209 st. 1 i čl. 240 – Porodičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine - dalje: PZ BD, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 23/07). Hrvatski zakonodavac na identičan način kao što su to učinili zakonodavci u FBiH i BD definiše uslove koje vanbračna zajednica mora da ispunjava da bi joj se priznala pravna dejstva, ali vanbračnoj zajednici priznaje gotovo iste pravne učinke kao i braku. Osim efekata u pogledu izdržavanja, odnosno imovinskih dejstava, vanbračnoj zajednici se priznaju i lična dejstva (izuzimajući izbor prezimena), čime se razlike između bračne i vanbračne zajednice svode na minimum (vid. čl. 11 i čl. 303 Obiteljskog zakona – dalje: ObZ, *Narodne novine*, br. 103/15 i 98/19). Zakonodavac u Srbiji vanbračnu zajednicu definiše kao trajniju zajednicu života muškarca i žene između kojih nema bračnih smetnji, te joj takođe priznaje lično-imovinske i imovinske efekte na isti način kao i braku (čl. 4, čl. 152 i čl. 191 Porodičnog zakona Srbije – dalje: PZS, *Službeni glasnik*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 6/15).

6 O pravnim dejstvima vanbračne zajednice opš. Jelena Vidić, “Pravno regulisanje dejstava vanbračne zajednice u Srbiji, Sloveniji, Hrvatskoj i Makedoniji”, u *Novo porodično zakonodavstvo – Zbornik radova sa savetovanja 16. i 17. oktobra 2006. godine*, Kragujevac, 2006, str. 170 – 179.

Sa druge strane, sve veći broj zakonodavstava, naročito u zapadno-hrišćanskoj civilizaciji, izjednačava hetroseksualni i homoseksualni brak i priznaje ih kao ravnopravne modele zasnivanja i ostvarivanja porodice (u nekim pravima osim istopolnog braka pravno je priznata i istopolna zajednica).⁷ Između ova dva različita koncepta nalaze se ona zakonodavstva u kojima se insistira na braku između osoba različitog pola, ali se istovremeno respektuju prava LGBT osoba, dozvoljavajući istima mogućnost konstituisanja istopolne zajednice odnosno civilnog ili životnog partnerstva sa ograničenim pravnim dejstvima, užima od onih koja se priznaju braku.⁸ U svim zakonodavstvima koja ih poznaju, istopolnim zajednicama priznaju se isti oni efekti koje u pogledu imovinskih odnosa i izdržavanja proizvode heteroseksualna vanbračna zajednica, odnosno brak. Međutim, sve više je zakonodavstava u kojima se istopolnim zajednicama priznaje širi opseg pravnih efekata (lična prava i dužnosti, nasljednopravna dejstva, pravna dejstva u oblasti prenzijiskig i zdravstvenog osiguranja, poreza, radnog prava, itd.)⁹, tako da u pojedinim zakonodavstvima gotovo da i nema značajnijih razlika između pravnih dejstava registrovane istopolne zajednice i braka (npr. skandinavske zemlje)¹⁰.

Prema tome, zavisno od modela prihvaćenog u nacionalnim zakonodavstvima, pored braka (kao ostali pravno sankcionisani oblici zajednice života) egzistiraju: “vanbračna zajednica” - rezervisana za heteroseksualne parove (porodična zakonodavstva u BiH, Srbija, Hrvatska); “istopolna zajednica” – neregistrovana zajednica života osoba istog pola (Slovenija, Hrvatska); “registrovano partnerstvo” – registrovana zajednica života osoba istog pola (Njemačka, Holandija¹¹, Švedska); “građanski pakt o solidarnosti” – ugovorom uspostavljenja i uređena zajednica života osoba istog ili različitog pola, koja se registruje u sudskom registru (Francuska).¹²

Pluralitet oblika zajednice života nesumnjivo predstavlja odraz nastojanja da se osobama različitih orijentacija i preferencija omogući ostvarivanje životnog partnerstva na način koji je njima prihvatljiv. Pravno sankcionišući drugačije oblike zajednice života, većina zakonodavaca u Evropi zapravo potvrđuje da bračna porodica više nije centralno mjesto za ostvarivanje individualnih potreba. Iako se vremenom smanjuju razlike u pogledu priznavanja obima pravnih dejstava između braka i ostalih oblika životnog zajedništva, supružnici i dalje uživaju potpuniju pravnu zaštitu od ostalih partnera u nekoj od zajednica života.

Ipak, karakteristika svih modela zajednice života je sveprisutna sloboda izbora

7 Holandija je prva zemlja koja je priznala istopolni brak 2001. godine, a isto je učinjeno u još oko tridesetak država (Belgija – 2003. godine, Španija – 2005. godine, Norveška i Švedska - 2009. godine, Danska – 2012. godie, itd.).

8 Danska je prva zemlja koja je pravno sankcionisala istopolnu zajednicu 1989. godine. Belgija i Holandija učinile su to 1998. godine, zatim Portugal 1999. godine, pa Njemačka 2001. godine i tako redom još mnoge države.

9 Boris Krešić, *Zajednice života osoba istog spola u pravima zemalja Evropske Unije*, Sarajevski otvoreni centar, Sarajevo, 2015, str. 112 – 127.

10 Suzana Bubić, “Istopolna zajednica u pozitivnom pravu i perspektive“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* br. 3, Mostar, 2005, 186 – 191.

11 Od 2001. godine moguća je konverzija registrovanog istopolnoga partnerstva u brak, i obrnuto.

12 Opš. Boris Krešić, *op.cit.*, str. 99 i 100; M. Alinčić, *op. cit.*, str. 1180 – 1191; Dijana Jakovac-Lozić, “Zakon o istopolnim zajednicama – izazov hrvatskog zakonodavstva u procesu približavanja Europskoj uniji”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu*, br. 41/2004, str. 9 – 35.

njihovih učesnika, odnosno sloboda uređenja odnosa koji svoje pravno finale imaju na sudu samo kada dođe do povrede imperativnih propisa (nasilje, krivično djelo, nesporazum u pogledu bračne imovine).¹³

Ljudi danas teže ciljevima koji se ogledaju u individualnom ispunjenju i ličnom zadovoljstvu, odnosno streme “jasnim” odnosima i to sve na uštrb obaveza prema drugima. Naglašava se značaj roditeljstva u odnosu na institut braka. Zbog toga, ali i nekih drugih razloga, ima stavova u pravnoj teoriji koji govore o napuštanju kategorije “porodično pravo” i njenom zamjenjivanju kategorijom “lično pravo”.¹⁴

Međutim, postavlja se pitanje da li se redukovanim uređenjem dejstava vanbračnih zajednica i istopolnih zajednica (u poređenju sa brakom), bilo u pogledu međusobnih prava i obaveza njihovih učesnika, bilo njihovim pozicioniranjem van okvira zakona, u stvari odustaje od potpunijeg pravnog uređenja porodice koja je zasnovana na takav način i to samo zbog oblika njenog zasnivanja – zbog izbora onih koji zajednicu čine. Drugim riječima, da li političko-pravni ustupak stavu većine može biti dovoljno legitiman da se odustane od manjinskih shvatanja braka i porodice? Ili, da li je cjelishodno da pristup pravnoj zaštiti porodice zavisi od načina njenog zasnivanja? Brak se favorizuje kroz potpuniu pravnu zaštitu, a istovremeno se relativizuje kroz predviđanje alternativnih oblika zajednice života. Kriza prvog, odnosno popularnosti drugih oblika zajednice života vodi ka paradokslanom finalu da je sve veći broj porodica koje uživaju manji obim pravne zaštite.

2.2. Sloboda zasnivanja porodice i (ne)jednake mogućnosti

U osnovi zasnivanja bilo kojeg oblika zajednice života nužan je konsenzus lica koja namjeravaju da ostvare životno zajedništvo. U smislu demokratizacije porodičnih odnosa¹⁵, od ključne važnosti bilo je uspostavljanje ravnopravnosti muškarca i žene, čime je definitivno napušten patrijarhalni koncept porodice. Ravnopravnost je bila neophodan uslov da se ostvari princip slobode – sporazumom ravnopravnih supružnika/partnera konstituiše se brak ili drugi oblik životnog parnterstva, a u okviru kojeg se i uvezi sa kojim se konzumira sloboda. Dakle, ravnopravnost i sloboda su neraskidivo vezani. Kao što je ravnopravnost stvorila pretpostavke za ispoljavanje slobode, tako i konzumacija slobode u atmosferi odsustva dominacije uvodi u stanje prakticiranja ravnopravnosti, koja se naročito ostvaruje tokom trajanja braka ili drugog oblika životnog parnterstva.

Konvencionalan i društveno favorizovan način zasnivanja porodice ogleda se u uspostavljanju zakonom uređene veze između dva lica različitog pola koja će se u procesu prokreacije ostvariti kao roditelji i tako formirati dvogeneracijsku (nuklearnu) porodicu – zajednicu roditelja i njihove djece. Planiranje porodice, po pravilu, podrazumijeva konsenzus učesnika prokreacije u angažovanju njihovih

13 Nenad Hlača, “Odvojeni suživot”, *Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa “Dani porodičnog prava”*, Mostar, 2019, str. 28.

14 J. Eekelaar, *Family law and Personal Life*, Oxford University Press, 2007, str. 25 - 27.

15 O demokratizaciji porodičnih odnosa postoje različita stanovišta, ali svima je zajedničko da demokratizacija porodičnih odnosa podrazumijeva uspostavljanje ravnopravnosti (polova, odnosno djece). Opš. Marina Janjić-Komar, “Demokratizacija porodičnih odnosa”, *Pravni život*, br. 9/2000, str. 499 – 505, Z. Ponjavić, “O evoluciji porodičnog prava”, *Zbornik radova sa naučnog skupa “Razvoj porodičnog prava – od nacionalnog do evropskog”*, Mostar, 2012, str. 13 i 14.

individualnih reproduktivnih kapaciteta ili preduzimanju i korišćenju mjera medicinske asistiranog prokreacije.¹⁶ Jednostrana odluka ili sloboda jednog od učesnika odnosa može rezultovati (ne)rađenjem djeteta, a da to u slučaju postupanja mimo volje ili suprotno volji drugog učesnika ili partnera dovede do promjene pravne situacije, odnosno do izazova za brak i/ili porodicu.

Jedna od takvih situacija je ona koja se tiče donošenja odluke da se iznese trudnoća i rodi dijete ili da se ovaj proces onemogući prekidom trudnoće. Iako su postupak i uslovi za prekid trudnoće zakonom uređeni i na taj način ipak omeđuju granice slobode, ne smije se zanemariti problemski potencijal koji se vezuje za titulara ovog prava. Naime, pravo na prekid (ne)željene trudnoće pripada isključivo trudnoj ženi.¹⁷

U slučajevima kada je začeće ostvareno van braka ili partnerske veze, a na način da je žena začela sjemenom anonimnog donora, čini se da nema osnova da se raspravlja o legitimitetu odluke o prekidu trudnoće. Međutim, u situacijama kada je začeće ostvareno sudjelovanjem drugog lica (muža ili partnera), a naročito kada je začeću prethodio konsenzus učesnika tog odnosa – što problematizuje i sam pojam “neželjena trudnoća”, ne može se zaobići i pitanje legitimnosti interesa druge strane i njenog isključenja iz procesa odlučivanja, ako je njen stav o prekidu trudnoće suprotan stavu dosnosioca odluke. Drugim riječima, postavlja se pitanje da li objektivna datost, koja se ogleda u anatomskim svojstvima čovjeka, može biti osnov za disponiranje životom.

Budući da je “institucionalni okvir disponiranja životom crkva, država i porodica”¹⁸, sasvim je očekivano da pitanje prekida trudnoće nadilazi pravni značaj i vijekovima predstavlja predmet rasprave u javnom diskursu, čija kompleksnost i višedimenzionalnost onemogućavaju postavljanje jedinstvenog i opšteprihvaćenog rješenja. Zbog toga i postoji čitav spektar različitih stajališta, od ideje “sopstvene kontrole sopstvenog tijela”¹⁹, do ideje “sporazuma o roditeljstvu”²⁰.

Ipak, pravna analiza posljednje situacije upućuje na zaključak da nije moguće ignorisati jednostavnost i imperfektnost rješenja koje se ogleda u preimućstvu volje jednog od aktera događaja, odnosno kojim se na jednostavan način nastoji prevazići suprotstavljenost interesa ravnopravnih subjekata – istih onih subjekata koji su u relaciju ušli slobodnom voljom i sa namjerom da svako od njih sopstvenim kapacitetima doprinese prokreaciji i zasnivanju porodice. Drugim riječima, pravno favorizovanje žene ogleda se u priznavanju pravne moći da svojom izjavom volje stvori pravnu situaciju bez obzira na volju ili suprotno volji drugog učesnika odnosa

16 Ne smije se prenebregnuti činjenica da pravo na roditeljstvo podrazumijeva ne samo medicinski potpomognutu oplodnju, već i mogućnosti pravno asistiranog roditeljstva – priliku da supružnici, pod zakonom propisanim uslovima, usvoje tuđe maloljetno dijete.

17 Vid. čl. 5 st. 1 Zakona o uslovima i postupku za prekid trudnoće (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 34/08).

18 Marina Janjić-Komar, Pravnoantropološki ogled o osnovnim pravima čovjeka, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2004, str. 23.

19 Vid. Zorica Mršević, „Pravo planiranja porodice i inkriminacija pobačaja“, Pravni život, br. 9/1995, str. 553 i 554.

20 Slobodan Panov, „Pravo na roditeljstvo i jedan hipotetički slučaj“, Pravni život, br. 9/1995, str. 571 i dalje.

prokreacije.²¹ Pravna vezanost djeteta za oba roditelja prije rođenja različito je definisana u odnosu na pravnu vezanost djeteta za oba roditelja nakon rođenja.²²

Ništa manje problematična od prethodne nije ona situacija u kojoj žena odluči da začne, suprotno dogovoru sa svojim partnerom (mužem²³ ili vanbračnim partnerom²⁴). I u ovom slučaju dvojni subjekt se raspao, a odlučujuća će biti odluka ili slobodan izbor žene. Dakle, i pored ravnopravnosti žene i muškarca, slobodna odluka žene može promijeniti pravnu situaciju koja ih se tiče - oboje. Na ovaj način medicinski asistirana prokreacija može eliminisati nužnost seksualnog odnosa, a samim tim i potrebu stvaranja i izgradnje lične veze između životnih partnera. Prema tome, pravo na roditeljstvo²⁵ omogućuje i zasnivanje monoparentalne porodice, koja danas nema endemičan karakter.²⁶

Navedene i druge mogućnosti, koje proizlaze iz prava na roditeljstvo (korišćenje doniranih gameta, usluge surogat materinstva), kao rezultante slobode izbora unose značajne promjene u konceptu i praksi roditeljstva. Time se razdvajaju genetski, biloški i socijalni elementi porodičnog odnosa.

3. Sloboda uređenja (van)bračnih odnosa

Porodica se najčešće zasniva zaključenjem braka ili konstituisanjem vanbračne zajednice.²⁷ Ne previđajući razlike u pravnoj regulaciji ovih kategorija, ipak primjećujemo da je njihovo suštinsko obilježje zajedničko, a to je zajednica

21 Slobodan Panov, "Brak – ravnopravnost ili sloboda", Pravni život, br. 9/1997, str. 664.

22 Zoran Ponjavić, "Pravo na prekid trudnoće", Pravni život, br. 9/1995, str. 117.

23 U tom smislu, interesantna je odluka francuskog suda da "začeće djeteta od strane bračnog para mora biti rezultat zajedničkog izbora i zajedničkog projekta." Zoran Ponjavić, Privatizacija porodice, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 143.

24 Prema srpskom pravu, žena koja živi sama (što ne znači da nije u nekoj vrsti odnosa sa njenim partnerom, pa i vezi sa vanbračnim partnerom jer „živjeti sam“ ne znači nužnu negaciju postojanja „zajednice života“ – za čiju egzistenciju je ipak presudan subjektivni/voljni element) i koja je punoljetna i sposobna da vrši roditeljsku dužnost ima pravo na liječenje neplodnosti biomedicinski potpomognutom oplodnjom. Vid. čl. 25 st. 2 Zakona o biomedicinski potpomognutoj oplodnji (Službeni glasnik, br. 40/17 i 113/17 – dr. zakon). Hrvatski zakonodavac predviđa da korisnik prava na biomedicinski potpomognutu oplodnju može biti i punoljetna žena koja nije u braku, vanbračnoj ili istopolnoj zajednici i koja je sposobna za vršenje roditeljskog prava, ali kao uslov zahtijeva da je prethodno liječenje neplodnosti bilo bezuspješno. Vid. čl. 10 st. 2 Zakona o medicinski potpomognutoj oplodnji (Narodne novine, br. 86/12).

25 Pravo svakog čovjeka je da slobodno odlučuje o rađanju djece. Odredbom čl. 12 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda zajamčeno je pravo muškarcu i ženi da, kada postanu sposobni za to, stupe u brak i zasnuju porodicu prema nacionalnim zakonima kojima se uređuje ostvarivanje ovog prava. Ovo pravo u mnogim pravnim sistemima ima karakter ustavnog prava. Tako npr. u čl. 36 t. 3 Ustava Republike Srpske propisano je da je pravo svakog čovjeka da slobodno odlučuje o rađanju djece. Isto predviđa i Ustav Srbije u čl. 63 st. 2. O pravu na roditeljstvo opš. Slobodan Panov, Pravo na roditeljstvo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1998.

26 „Monoparentalnost tako više nije samo posledica slučajnosti već i želje.“ Z. Ponjavić, Privatizacija porodice, str. 24.

27 Razumije se, u onim nacionalnim zakonodavstvima u kojim je legalizovan istopolni brak i/ili istopolna zajednica, sloboda izbora podrazumijeva i mogućnost stupanja u brak, odnosno u vanbračnu zajednicu sa osobom istog pola. Prema tome, heteroseksualni brak ili heteroseksualna vanbračna zajednica u mnogim društvima nije više ekskluzivni model zajednice života koji uživa pravnu zaštitu

života, koja nije ispunjena isključivo pravnim, veći i brojnim drugim raznovrsnim elementima. Mogućnost zasnivanja vanbračne zajednice i ostvarivanje pravne zaštite u tom modelu životnog partnerstva u sadejstvu sa opcijama koje nudi medicinski asistirano roditeljstvo, nesumnjivo slabe značaj braka. U tom smislu, neophodno je razmotriti pravni okvir za uređenje odnosa u braku, kako bi se mogao ponuditi i odgovor na pitanje da li brak ostavlja dovoljno prostora za realizaciju ideje slobode, odnosno da li je interesovanje za brak sve manje.

3.1. Lični odnosi - lične slobode

Lični odnosi u braku predstavljaju esencijalni dio pravne relacije supružnika, pa isti – posebno imajući u vidu njihovu ravnopravnost i slobode koje su zagarantovane ustavom i zakonom – nisu sasvim pogodni za pravnu regulaciju. Samo neki od ličnih odnosa uređeni su prinudnim propisima (pravilo da su supružnici ravnopravni u braku; pravilo o obaveznosti supružnika da se uzajamno poštuju i pomažu).²⁸ Čak i u odnosu na ova lična djestva braka predviđaju se norme koje (i pored svoje prinudnosti) nisu snabdjevene neposrednom pravnom sankcijom. Ostala djestva braka uređena su dispozitivnim pravilima, koja ipak nisu dopunskog karaktera - ne sadrže rješenja u slučaju kada ravnopravni učesnici odnosa ne postignu sporazum. Prema tome, regulativa ličnih odnosa u braku, a sadržavajući osim pravnih i moralne standarde u međusobnoj komunikaciji, sve više poprima karakter preporuka umjesto zapovjesti, što svjedoči procesu deregulacije porodičnih odnosa i “uzmicanju pravnih normi u korist drugih vidova regulisanja”.²⁹

Supružnici su, dakle, ravnopravni i sporazumno odlučuju o izboru prezimena, odnosno o mjestu stanovanja.³⁰ U ovim i svim drugim pitanjima koja proizlaze iz ličnih djestava braka, sporazum supružnika je jedini način regulacije međusobnih odnosa, koji su sadržani uglavnom od metapравnih elemenata. Čak i sud ne može riješiti problem, jer mu na raspolaganju ne stoji norma primjenom koje bi to mogao postići.³¹

Ravnopravnost subjekata bračnih odnosa i njihova autnomija volje, čini se, da ostavljaju malo prostora za mogućnost da se interes braka, odnosno porodice zaštiti osim voljom onih koji su ga saglasno i konstituisali.³² Zapravo, lična djestva braka su takva da ne trpe ograničenja autonomije volje, odnosno uplitanje u njihovo uređenje, jer su – kao što je već naglašeno - esencija relacije koja se zasniva između supružnika.

28 Vid. čl. 40 i 41 PZ RS, čl. 30 PZ FBiH, čl. 29 PZ BD, čl. 25 i 27 PZS, čl. 30 i 31 ObZ. Obaveza vjernosti u PZ RS i PZS je izostavljena.

29 Z. Ponjavić, Privatizacija porodice, str. 1 i 28.

30 Vid. čl. 41 i čl. 43 PZ RS, čl. 30 st. 3 i čl. 31 PZ FBiH, čl. 29 st. 3 i čl. 30 PZ BD, čl. 27 i čl. 348 PZS, čl. 30 i 32 st. 1 ObZ.

31 Z. Ponjavić, O evoluciji porodičnog prava, str. 16.

32 U nekim drugim porodičnim odnosima, kao posljedica ravnopravnosti učesnika odnosa nameće potreba za intervencijom trećeg (u smislu donošenja odluke u odsustvu saglasnosti ravnopravnih kreatora tog odnosa).

3.2. Izdržavanje – solidarnost ili ravnopravnost

Lično-imovinska dejstva braka predstavljaju razradu principa uzajamnog poštovanja i pomaganja, pri čemu međusobno pomaganje, osim moralne i svake druge pomoći i podrške, podrazumijeva i materijalnu podršku.³³ Isto tako, moglo bi se reći da se na ovom polju bračnih odnosa ostvaruje primjena načela ravnopravnosti, jer svaki od supružnika, ukoliko su ispunjeni zakonom propisani uslovi, ima pravo da od svog bračnog partnera zahtijeva da ga izdržava.³⁴ Riječ je o izrazu ideje bračne i porodične solidarnosti, koja se temelji na principu reciprociteta. Mada neki filozofi osporavaju "ljudski saobraćaj na bazi uzajamnih usluga", kao npr. Niče tvrdeći da takve situacije "izgledaju kao plaćanje za nešto što je za nas učinjeno" i da predstavljaju "vrstu ravnoteže između mojih i tvojih postupaka"³⁵, priroda i kvalitet veze između supružnika ipak predstavlja dovoljan legitimitet koji opravdava ovakav pravni pristup.

Ipak, uslovi za ostvarivanje prava na izdržavanje, naročito oni koji su objektivne prirode, govore u prilog činjenici da jedan supružnik (koji je ekonomski superioriniji) ima mogućnost – neko bi rekao i slobodu - da uživa u većem kvalitetu životnog standarda od svog bračnog partnera, ukoliko imovinsko stanje ovog drugog nije takvo da udovoljava objektivnim uslovima koje je odmjerio zakonodavac da može zahtijevati izdržavanje. U takvoj situaciji, kada jednom supružniku (onome koji je slabijeg materijalnog stanja, ali koji ipak ne ispunjava zakonske uslove za izdržavanje) nije moguće da uživa isti kvalitet životnog standarda, jer je to – između ostalog – i posljedice volje drugog supružnika, preostaje jedino posredna pravna sankcija – razvod braka.

Na ovaj način, pravna ravnopravnost supružnika u pogledu izdržavanja supružnika može biti lišena namjeravanog cilja slobodnim izborom jednog od njih, koji suvereno upravljajući i raspolažući svojom imovinom, odlučuje da uskrati mogućnost drugom supružniku da uživa isti kvalitet životnog standarda. Prema tome, sloboda odlučivanja može u nekim slučajevima redukovati porodičnu solidarnost. Ova potencijalno nepravična situacija u nekim zakonodavstvima prevenirana je imperativnim propisom da supružnici tokom braka imaju pravo da uživaju jednak kvalitet životnog standarda.³⁶ Time se zakonska ravnopravnost supružnika materijalizuje u realitetu, a odredbe o međusobnom izdržavanju supružnika uvode u

33 Izuzimajući odredbe o međusobnom izdržavanju, povreda navedenog pravila od strane supružnika nije sankcionisana neposrednom pravnom sankcijom.

34 Objektivni uslovi (nedovoljnost sredstava za život ili nemogućnost ostvarivanja istih iz svoje imovine i nesposobnost za rad ili nezaposlenost bez svoje krivice) uređeni su na identičan način, kako u porodičnim zakonodavstvima u BiH (čl. 241 PZ RS, čl. 224 PZ FBiH, čl. 205 PZ BD), tako i u okruženju (čl. 151 PZS i čl. 295 ObZ). U pogledu subjektivnih uslova stvari stoje nešto drugačije (upor. čl. 243 PZ RS, čl. 226 PZ FBiH i čl. 205 PZ BD sa čl. 151 PZS i čl. 299 ObZ).

35 Bertrand Rasel, Istorija zapadne filozofije, Narodna knjiga – Alfa, 1998, str. 686.

36 U švedskom pravu, stupanjem u brak supružnici, bez obzira na njihovu samostalnost u smislu imovinskih odnosa, stiču pravo da tokom braka uživaju jednak kvalitet životnog standarda, odnosno supružnici su obavezni da u skladu sa njihovim mogućnostima daju doprinose u izdržavanju domaćinstva, u podizanju djece i zadovoljavanju zajedničkih i ličnih potreba. U suprotnom, sud će ih na ovo obavezati. Vid. poglavlje 6, čl. 1 i čl. 5 Zakon o braku Švedske (Marriage Code SFS 1987:230). Istovrsna pravila predviđa i norveško pravo; poglavlje 7, čl. 38 Zakona o braku Norveške (Marriage code No. 47 od 4.07.1991, stupio na snagu 1. januara 1993. godine).

funkciju radi koje su i propisane. Ipak, neki autori smatraju da se nedostatak pravnih zahtjeva da jedan član porodice pravično doprinosi porodici (koristeći vlastite materijalne resurse) može opravdati pretpostavkom da će članovi porodice slijediti društvene norme i ponašati se u skladu sa onim što se od njih očekuje.³⁷

Prednja razmatranja *mutatis mutandis* vrijede i za lično-imovinska dejstva vanbračne zajednice, odnosno za prava i dužnosti vanbračnih partnera u pogledu izdržavanja.

3.3. Imovinski odnosi – zajedništvo ili zasebnosti

Posebno interesantna oblast prevashodno bračnih odnosa (čije pravno uređenje i stanje nije bez značaja i za ostale članove porodice) – posmatrajući ih sa stanovišta autonomije volje – jesu imovinski odnosi supružnika. Istini za volju, imovinska dejstva braka, zbog svoje pravne prirode, jesu prigodna za slobodno uređenje, jer se radi o subjektivnim građanskim pravima kojima njihovi titular mogu slobodno disponirati.

Pored zakonskog okvira (zakonskog bračnog imovinskog režima) koji je “ponudio” zakonodavac nastojeći da u demokratskom maniru uniformiše imovinske odnose u braku, supružnici u savremenim nacionalnim porodičnim zakonodavstvima imaju mogućnost da zaključenjem (pred)bračnog ugovora sami urede svoje imovinske odnose u braku i za slučaj prestanka braka, a u skladu sa svojim interesima i očekivanjima. Na ovaj način, supružnici imaju mogućnost modifikacije ili derogiranja zakonskog bračnog imovinskog režima uspostavljajući autonomni pravni okvir za međusobne odnose (ugovorni bračni imovinski režim).

Međutim, uporednopravna analiza pokazuje da mnoga evropska nacionalna zakonodavstva predviđaju različite vrste ograničenja za ugovaranje bračnih imovinskih odnosa, kao npr. predviđanje obavezne regulative imovinskih dejstava braka koja ne može biti derogirana voljom supružnika;³⁸ ili obligatorna pravna kvalifikacija imovine stečene tokom braka i diobne mase u slučaju prestanka braka;³⁹ ili mogućnost izbora jednog od ugovornih modela regulacije čiji sadržaj je unaprijed definisan zakonom;⁴⁰ i sl.

37 J. Eekelaar, op. cit., str. 7.

38 Iako se u slučaju zaključenja predbračnog ugovora isključuje primjena zakonskog bračnog imovinskog režima, supružnici ipak ostaju subjekti na koje se primjenjuju određene zakonske odredbe čiji imperativni karakter štiti interese porodice, a naročito interese djece. Radi se o tzv. osnovnom režimu (fra. régime primaire), kojim se uređuje međusobno izdržavanje supružnika, njihove imovinske obaveze u pogledu zajedničkog domaćinstva, izdržavanje djece, kao i ograničenja za jednog supružnika koji ulazi u pravni odnos sa trećim licem. Vid. 212-226 Francuskog građanskog zakonika - Code Civil français 1804, u verziji od 20. februara 2004. godine (ordonnance n° 2004-164 du 20 Feb. 2004, sa amandmanima od 4. aprila 2006. године (Act no. 2006-399 of 4 April 2006). Prevod sa francuskog na engleski jezik Georges Rouhette и Anne Berton.

39 Stvari i prava koje je supružnik bestereto stekao na osnovu ugovora o poklonu (čijim odredbama je izričito predviđeno da takva imovina može biti samo posebna imovina poklonoprimeca) i testamentarnim nasljeđivanjem (kada je voljom ostavioca dio zaostavštine određen kao posebna imovina testamentarnog nasljednika) ne mogu se bračnim ugovorom transferisati u sastav odložene zajedničke imovine. Vid. Å. Saldeen, “Family Law in Sweden”, u Family Law in Europe, (ed. Hamilton, C., Standlay, C., Hodson, D.), London – Dublin -Edinburg, 1995, стр. 481.

40 U njemačkom pravu supružnici mogu da se opredijele za ugovorni režim odvojenosti imovina ili

Za razliku od nekih evropskih nacionalnih zakonodavstava, u porodičnopravnim sistemima zemalja regiona zakonodavci su, čini se, na jednako neinventivan način pristupili ovom pitanju. Nakon višedecenijske zabrane sporazumnog derogiranja zakonskih normi o imovinskim odnosima u braku, postojeći pravni okvir ostavlja supružnicima široke mogućnosti “da urede imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini”⁴¹, otvarajući na takav način i prostor za nastupanje pravnog finala koji može imati potencijal da ugrozi interes braka i porodice, relativizirajući akcesornosti bračnog ugovora (u odnosu na ugovor o braku).⁴² Pravni pristup navedenom problem mijenjao se po “principu klatna” – iz jedne krajnosti u drugu.

Ukoliko supružnici ne odluče da međusobne imovinske odnose u braku ne urede bračnim ugovorom ili kontraktuelizuju samo neka od pitanja, na njihove odnose (odnosno na ona pitanja koja nisu drugačije regulisana bračnim ugovorom) primjenice se zakonska pravila. U komparaciji sa ranije važećim zakonima u ovoj oblasti porodičnih odnosa, takođe su nastupile značajne promjene.⁴³ Ovo se preventivno odnosi na koncept bračne stečevine (bračne tekovine) koja se uređuje kao suvlasnička zajednica - oblik imovinskog zajedništva u kojem su učesnici ipak drugačije pravno vezani nego što je to slučaj sa zajedničkom imovinom supružnika.⁴⁴ Nesumnjivo je da ovakva pravna priroda bračne stečevine diktira i primjenu drugačijih pravnih pravila kojima se regulišu odnosi između supružnika u odnosu na poslove upravljanja i raspolaganja bračnom stečevinom, nego što je to slučaj sa klasičnim modelom zajedničke imovine.⁴⁵ Budući da supružnici imaju pravni

ugovorni režim zajednice dobara, koji su definisani od strane zakonodavca, pa se sloboda ugovaračnja bračno-imovinskih odnosa zapravo svodi na izbor jednog od ponuđenih modela regulacije imovinskih dejstava braka. Vid. par. 1414 i par. 1415 Njemačkog građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch 1896. - BGB, stupio na snagu 1.01.1900. godine), u verziji od 2. januara 2002. godine (Bundesgesetzblatt, I p. 42, 2909; 2003 I p. 738), sa amandmanima od 19. februara 2007. godine (Bundesgesetzblatt, I p. 122), 4. decembra 2008. godine (Bundesgesetzblatt, I 2586) i 20. jula 2017. godine (Bundesgesetzblatt, I S. 2787). Prevod sa njemačkog na engleski jezik Neil Musset.

41 Vid. čl. 271 st. 4 PZ RS, čl. 188 PZS, čl. 40 st. 1 ObZ. Zakonodavci u FBiH i Brčko Distriktu upotrijebili su nešto drugačiju formulaciju prilikom definisanja predmeta bračnog ugovora, propisavši da se partneri bračnim ugovorom mogu drugačije urediti međusobne odnose u pogledu bračne stečevine, odnosno da se imovinski odnosi u braku mogu urediti prilikom sakapanja braka ili tokom braka (vid. čl. 252 st. 2 i 258 PZ FBiH, čl. 228 st. 2 i čl. 235 PZ BD).

42 O akcesornosti bračnog ugovora u odnosu na brak i formama njegove alteracije vid. Darko Radić, “Forme alteracije bračnog ugovora”, Pravna riječ, br. 24/2010, str. 329 - 344.

43 Ovdje valja izuzeti zakonodavstva Republike Srpske i Srbije, u kojima je zadržan koncept zajedničke imovine supružnika, u kojem supružnici imaju položaj zajedničara (dvojnog subjekta) – supružnici su titulari čiji su udjeli u zajedničkoj imovini neodređeni, pa sljedstveno tome i pravila o upravljanju i raspolaganju zajedničkom imovinom imaju svoje posebnosti u odnosu na istovrsna pravila koja vrijede za suvlasnike. In genere, zajednička imovina je prevashodno porodičnopravni institut koji podrazumijeva vezanost titulara, odnosno naglašava njihovo imovinsko zajedništvo kao posljedicu životnog zajedništva.

44 Dakle, bračna stečevina je po svojoj pravnoj prirodi suvlasništvo (condominium) u kojem su supružnici suvlasnici sa jednakim udjelima. Vid. čl. 252 st. 1 PZ FBiH, čl. 229 st. 1 PZ BD i čl. 36 st. 3 ObZ.

45 Svaki supružnik može slobodno raspolagati svojom imovinom, pa i vlastitim udjelom u bračnoj stečevini (djelimično ili u cjelosti). Pravilima o suvlasništvu propisano je da se idealni dio stvari u pravnom prometu smatra kao samostalna stvar. Vid. čl. 26 i čl. 27 st. 1 Zakona o stvarnim pravima FBiH (Službene novine FBiH, br. 66/13 i 100/13), čl. 54 i čl. 55 st. 1 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta, br. 11/01, 8/03, 40/04 i 19/07), čl. 37

položaj suvlasnika, za predmetne odnose vrijede opšta pravila imovinskog prava, tj. stvarnopravni i obligacionopravni propisi, osim kada je drugačije predviđeno pravilima porodičnog prava.⁴⁶

Na opisani način, supružnici se u konceptu bračne stečevine, kao suvlasničke zajednice, snažno približavaju ostalim učesnicima imovinskih odnosa za koje vrijede opšta pravila imovinskog prava i time se apstrahuje činjenica da se radi o licima koja su – osim imovinskim zajedništvom – vezani lično, kako u pravnom, tako i u metapравnom smislu i da stanje njihovih imovinskih odnosa ima nužne implikacije za interese ne samo braka, već i porodice.

Neke uporednopravne analize potvrđuju spremnost zakonodavca da supružnike distanciraju od ostalih učesnika imovinskih odnosa, čak i kada se radi o njihovim pravima u pogledu posebne imovine (one u pogledu koje ne postoje prava drugog supružnika). Tako npr. u francuskom pravu postoji mogućnost da sud ovlašćenja za upravljanje posebnom imovinom jednog supružnika prenese na drugog (supružnika – nevlasnika), ukoliko prvi supružnik svojom posebnom imovinom duže vrijeme nedomaćinski upravlja, ponašajući se rasipnički i nesavjesno, ugrožavajući time interese porodice.⁴⁷ Posebno su značajna ograničenja prava vlasništva koja se odnose na prodični dom, a radi se specijalnim pravilima o upravljanju i raspolaganju ovim dijelom imovine, pa i kada je u vlasništvu samo jednog supružnika, što predviđaju brojna evropska zakonodavstva.⁴⁸ Po pravilu, mogućnost raspolaganja porodičnim domom, odnosno predmetima domaćinstva nije moguće bez saglasnosti drugog supružnika.⁴⁹

Isto tako, nije bez značaja pomenuti i mogućnost supružnika da izvrše diobu zajedničke imovine, odnosno razvrgnuće bračne stečevine u bilo kojem trenutku tokom braka. Ovakva sloboda učesnika bračno-imovinskih odnosa može imati implikacije po materijalno-finansijsku stabilnost braka i porodice. To je ujedno razlog zašto se u nekim evropskim nacionalnim zakonodavstvima mogućnosti diobe imovine stečene tokom braka ograničava za vrijeme trajanja braka.⁵⁰

Iako prethodna razmatranja upućuju na zaključak da se u modernom porodičnom pravu supružnicima ostavlja sve veći prostor za realizaciju principa autonomije volje

st. 3 i 5 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12 i 152/14).

46 Čl. 253 PZ FBiH, čl. 230 PZ BD i čl. 38 ObZ.

47 Čl. 745 Francuskog građanskog zakonika.

48 U odnosu na porodična zakonodavstva u regionu izdvaja se hrvatsko pravo, u kojem se posebno uređuje porodični dom, odnosno zaštita prava na stanovanje – mada sa ograničenim domašajem u komparaciji sa evropskim zakonodavstvima koja poznaju institut porodičnog doma (vid. čl. 32 ObZ).

49 N. Guimezanes, "Family Law in France", u Family Law in Europe, (ed. Hamilton, C., Standlay, C., Hodson, D.), London – Dublin -Edinburg, 1995, str. 146; Å. Saldeen, Family Law in Sweden, str. 483; par. 1365 – 1369 Njemačkog građanskog zakonika.

50 U njemačkom pravu, tzv. prijevremena dioba zajednice ostvarenih prihoda u braku može se izvršiti samo u zakonom propisanim slučajevima: ako supružnici žive odvojeno najmanje 3 godine prije podnošenja zahtjeva za diobu, kada jedan supružnik odbija da dostavi podatke o svojoj imovini drugom supružniku, kada jedan supružnik svojom krivicom duži vremenski period ne ispunjava svoje imovinske obaveze koje proizlaze iz zajednice života, kada jedan supružnik raspolaze imovinom bez saglasnosti drugog u slučajevima kada je ista neophodna. Vid. par. 1385 i 1386 Njemačkog građanskog zakonika.

i da je regulativa imovinskih odnosa u braku lišena čvrstog integrativnog faktora, interesantne su ideje koje se mogu predstaviti kao oponiranje potonjem zaključku. U pojedinim saveznm državama u Sjedinjenim Američkim Državama više od decenije egzistiraju ideje (negdje su i realizovane – pretočene u zakon) da se kao alternativa postojećem braku, klasičnom i lako raskidivom, promoviše konvenant brak. Konvenant (eng. *covenant*) brak podrazumijeva čvršću vezu između bračnih partnera, koju – pored ostalog – odlikuju snažnije obavezivanje supružnika u cilju očuvanja braka i restriktivnije definisanje razvoda braka (prije svega u pogledu brakorazvodnih uzroka).⁵¹

4. Zaključna razmatranja

Savremena porodičnopravna regulativa, afirmišući individualizam i nužno uvažavajući koncept ljudskih prava i sloboda, doživljava značajnu transformaciju pojedinih porodičnopravnih instituta. Napuštanje koncepta tradicionalne porodice, prihvatanje pluraliteta oblika zajednice života, te stupanje na scenu medicinski asistiranog roditeljstva odlučujuće su determinisali evolutivne promjene u pristupu zakonskog uređenja porodice i odnosa u njoj.

Porodičnopravne norme imperativnog karaktera sve više se povlače pred individualnim slobodama, odnosno autonomija volje i samoregulacija (kontraktualizacija) odnosa dobijaju primat, dok društvena realnost nudi pokazatelje koji nesumnjivo govore o krizi braka i izazovima koji ga okružuju. U takvom realitetu teško je prenebregnuti razmišljanja o odnosu individualnih sloboda učesnika porodičnog odnosa – prije svega bračnih partnera, sa jedne strane, i integriteta odnosno zaštite interesa i stabilnosti braka, sa druge strane.

Autonomija volje i ravnopravnost bračnih partnera osnovne su determinante slobode uređivanja odnosa u braku. Ugovorni elementi zajednice života, koja nastaje sporazumom njenih učesnika, temelj su različitim mogućnostima za dogovorno pravno uređenje međusobnih prava i dužnosti životnih partnera. Izuzimajući lične odnose i djelimično lično-imovinska dejstva braka regulisana imperativnim pravilima, supružnici su ovlašćeni – naročito u oblasti imovinskih odnosa - da sami kreiraju pravni okvir, a zakonska pravila poprimaju karakter sekundarnih i nadomješćujućih normi čija primjena (pa i u smislu obima i domašaja) zavisi od volje samih supružnika. Isto tako, evidentno je da konstituensi porodice svojim slobodnim odlukama i izborima u nekim slučajevima mogu svoj individualni interes suprotstaviti interesima braka i porodice.

Sa druge strane, autonomija volje svakog od učesnika u porodičnom odnosu, odnosno sloboda izbora u nekim slučajevima može afektirati i druge članove porodice koji nemaju mogućnost da utiču na odluku koja ih se ipak tiče ili ih se može ticati.

Van svake sumnje je da je demokratizacija odnosa u porodici imala važne i dalekosežne posljedice. Ravnopravnost supružnika (životnih partnera) i respektovanje slobodne volje stvorili su atmosferu slobode izbora i prostor za

51 Olga Cvejić-Jančić, "Brak – stanje u prošlosti i izazovi za budućnost", Pravni život, br. 10/2006, str. 14 i 15; Olga Cvejić-Jančić, "Brak i razvod", u u Novo porodično zakonodavstvo – Zbornik radova sa savetovanja 16. i 17. oktobra 2006. godine, Kragujevac, 2006, str. 141 i 142. J. Eekelaar, op. cit., str. 30.

konzumiranje različitih mogućnosti. Brak i porodica – kao instituti konsekvualne arhitekture - jesu i moraju ostati mjesto slobode i ravnopravnosti. To nisu samo pravne, već i civilizacijske vrijednosti.

Ipak, značaj i suština braka, ali i ostalih pravno sankcionisanih oblika zajednice života, nameće potrebu da se preispitaju mogućnosti uspostavljanja izvjesnih ograničenja sloboda supružnika, a u cilju zaštite interesa porodice kao kolektiviteta, odnosno u funkciji regulacije odnosa u porodici na način da se obezbijede mehanizmi alteracije individualnih interesa u slučajevima kada su u koliziji sa porodičnim interesom. Ovakav pristup ne nameće nužno manjak demokratskog kapaciteta normiranja individualnih sloboda, jer upravo njihovi titular saglasnošću slobodno izjavljenih volja konstituišu neki od oblika životnog zajedništva odnosno ugovor čija kauza opravdava zahtjev da se od kontraheata očekuje ponašanje saglasno sadržaju sporazuma. Upravo ovaj aspekt problema – sadržaj sporazumno uspostavljenog odnosa ne smije se posmatrati izolovano od činjenice da je brak društvena institucija. Značaj braka i porodice za društvo, kao i potreba da se zaštite njeni i interesi njenih članova, obezbjeđuju pravno-politički legitimitet i demokratski kapacitet promišljanja o potrebi modifikacije pristupa u pravnom sankcionisanju i zaštiti sloboda bračnih, odnosno vanbračnih partnera.

Porodica, pa i brak, kao društvene kategorije od prvorazrednog interesa, zaslužuju definisanje i obezbjeđenje zaštite njihove suštine – predviđanje i pravnu regulaciju onih elemenata porodičnog odnosa koji predstavljaju integrativni faktor i osnovu zajedništva i solidarnosti.⁵²

52 U teoriji nailazimo i na stavove da je neophodno da se izdvoje porodična prava od ličnih prava i da se na taj način odredi položaj porodice u društvu i njen značaj. Vid. Marina Janjić-Komar, "Porodično pravo i stvarnost", Pravni život, br. 9/1997, str. 700 i 701.

Darko Radić, Ph. D, Associate Professor

Faculty of Law, University of Banja Luka

MARRIAGE – BETWEEN INTEGRITY AND RULE OF INDIVIDUAL FREEDOMS

Summary: Philosophy of individualism, affirmation and protection of human rights and freedoms had a significant impact on legal regulation of marriage and family as well. List of human rights and freedoms in modern society and extensive application of autonomy of will in civil law are presenting remarkable determinants of legal positions of family members, particularly regarding spouses and cohabitation partners who by entering into marriage or choosing other form of community of life create a family. Alternatives to marriage - with significant freedom to regulate relationship between partners and exercising rights to parenthood both generate many possibilities of family creation. Therefore, marriage has been faced to serious crisis that rises new challenges to lawmakers who are dealing with complex tasks at the same time - how to ensure protection of individual rights and freedoms, on the one hand, and how to preserve integrity of marriage, on the other hand. In those terms, this research has been focused on relationship between integrity of marriage (which has always been legal and social institution) and individual freedoms of spouses.

Key words: marriage, cohabitation, family, freedom, parenthood.