

Dr Zoran Ponjavić, redovni profesor
Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu
Republika Srbija

O EVOLUCIJI PORODIČNOG PRAVA

Sažetak: U radu se daje sažeti pregled dosadašnje evolucije porodičnog prava, iznose zapažanja o faktorima promena porodičnog prava danas i onim de lege ferenda. Tri su ključne karakteristike kojima se mogu opisati promene u domenu porodičnog prava: privatizacija, individualizacija i pluralizam. To faktički znači da pojedinac sve više autonomno, izjavama svoje volje, kreira svoje porodične odnose, budući da država ne nameće poželjan porodični model. Porodično pravo se demokratizovalo, a ideje jednakosti i slobode su bile i ostale osnovni pokretači njegovih promena. Dalja evolucija porodičnog prava zavisiće od društvenih promena, ali svakako će sve veći uticaj imati i praksa Suda za ljudska prava u Strazburu sa svojim tumačenjem odredbi Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Ključne reči: evolucija, porodično pravo, faktori evolucije

Uvod

Porodično pravo je jedno od grana prava koja su poslednjih decenija doživelo spektakularne promene. Jedna od tih brojnih promena vezana je svakako i za privatizaciju normi kojima se regulišu porodični odnosi. Privatizacija se može odrediti kao davanje sve većeg značaja individualnoj volji i ugovorima, kao najznačajnijim instrumentima privatnog prava, i u domenu prava kojim se regulišu porodični odnosi.¹ Izraz se pojavio najpre u radovima iz sociologije prava,² a kasnije i u pravnoj teoriji.³ Porodica

1 Izraz „privatizacija” se koristi uglavnom u sektoru ekonomije gde predstavlja proces transfera imovine, odnosno kapitala iz javne (državne) u privatnu svojinu, ali se može označiti i kao proces deregulacije ekonomskih odnosa od strane države.

2 O privatizaciji porodice, bez pominjana ovog izraza, pisao je još poznati francuski sociolog krajem devetnaestog i početkom dvadesetog veka Emil Dirkem (Émile Durkheim, 1892). U studiji *“La famille conjugale,”* Dirkem, faktički, govori o dve oprečne tendencije: o privatizaciji porodice, što po njemu podrazumeva davanje sve većeg značaja odnosima između samih članova porodice, a sa druge strane o socijalizaciji, tj. o sve većem mešanju države u porodične odnose; Videti: http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_3/textes_3_2/famille_conjugale.doc, 12.11.2011. O ovome videti i: F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, 1993 (prikaz: Mauger, G), na: <http://books.google.com/books/> 12.11.2011. Od savremenijih sociologa, pre svega u Francuskoj, ovaj izraz naročito afirmiše L. Rusel (Roussel, L, *La famille incertaine*, Ed. Odile Jacob, Paris, 1989).

3 Ceo jedan zbornik radova posvećen je ovoj temi. Videti: *La contractualisation de la famille* (Ed. D. Fenouille i P. de Vareilles-Sommieres), Economica, Paris, 2001.

sve više sama utvrđuje sopstvena pravila ponašanja. Sve se to poklopilo sa evolucijom običaja i usvajanjem novih propisa na unutrašnjem i međunarodnom planu, kao i sa nečim što bi se moglo označiti kao “kriza” porodičnog prava.⁴

Privatizacija se odvija istovremeno sa individualizacijom. Individualizacija bi se mogla označiti kao proces koji se sastoji u tome da individua (pojedinaac), a ne grupa (porodica), postaje centar autonomnih odluka. Sve je veći značaj individualne volje i ugovora kao načina regulisanja porodičnih odnosa gotovo u svim delovima porodičnog prava. To je rezultat uticaja različitih unutrašnjih i spoljnih faktora, a pre svega prihvatanja međunarodnih dokumenata kojima se uglavnom regulišu individualna prava. Tako je Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda⁵, kao što i sam njen naziv upućuje, posvećena pravima individue. Došlo je do pomeranja težišta pravne zaštite, od porodice ka individui. Ideja da se porodica štiti preko individualnih prava njenih članova koja su garantovana na međunarodnom i unutrašnjem planu prisutna je i u porodičnom pravu, koje, pre svega, reguliše porodične odnose i pravni položaj članova porodice.

U jednom takvom kontekstu porodično pravo danas postaje sve više pluralistično. Porodica je, istina za volju, oduvek imala različite oblike ali je demokratizacijom porodičnog prava ta mogućnost znatno uvećana.⁶

Takođe, objavljen je i zbornik radova koji se kritički odnosi prema kontraktualizaciji: *Approche critique de la contractualisation* (Ed. S. Chassagnard-Pinet i D.Hiez), L.G.D.J, Paris, 2007.

- 4 Brunetti-Pons, C, *L' émergence d' une notion de couple en droit civil*, Revue trimestrielle de droit civil, 1/1999, str. 28.
- 5 Potpisana 4. novembra 1950. u Rimu. Republika Srbija ju je ratifikovala tek 2003. Zakon o njoj ratifikaciji objavljen je u:”Sl. list SCG - Međunarodni ugovori”, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 - ispr.
- 6 Porodica je oduvek imala različite oblike, ali od kraja sedamdesetih godina prošlog veka o tome se u sociologiji porodice i sve više govori, budući da se broj uvećava. Neki stoga smatraju da ne treba govoriti o porodici već o porodicama (u množini). Tako: Janjić-Komar, M, *Porodica sa stanovišta prava*, *Pravni život*, 7-8/1995, str.70. Tako se od strane sociologa ali ponekad i u pravnoj teoriji pominju “jednoroditeljske porodice” i “trogenacijske porodice” (Ponjavić, Z, *Zasnivanje monoparentalne porodice - pravo ili hendikep*, *Pravni život*, 9/2001). Ali sve je više i porodica koje su sastavljene od muškarca i žene koji žive sa decom koja nisu njihova zajednička, koje bi se mogle nazvati prekomponovane porodice. Većina, dakle, ovih pojmova pripada ne-pravu, budući da nisu našli svoje mesto u zakonima, odnosno da postoje bez pravne podrške zakona. Ideju o ne - pravu prvi je razvio francuski pravnik i sociolog prava Karbonije. Da bi ovaj, pre svega sociološki pojam, opravdao on ističe da “u životu ima mnogo više stvari nego u pravu”, odnosno da je život mnogo bogatiji od prava. U pitanju su društveni odnosi koji nisu regulisani pravom. Ponekad

Ovaj pluralizam je zasnovan na postulatu neutralnosti i dezangažovanju zakona.⁷ U zakonu se više ne govori o tome kakva je struktura i društvena organizacija porodice u skladu sa društvenim potrebama. Individue se ne nameće porodični model koji bi bio poželjan sa stanovišta društvenih ciljeva, već joj se predlažu rešenja i mogućnost izbora. Država više nema zadatak da štiti određen model porodice, onaj proizašao iz braka, ili bračno poreklo deteta, već da zaštiti individualne slobode. Jednostavno se svakom tipu porodice pruža pravna podrška što joj omogućava da se organizuje u cilju realizacije svega onoga što smatra za svoje posebno dobro. Raskid koji se tako desio između organizovanja porodice i opštih društvenih vrednosti postavio je porodicu u privatnu sferu, široko autonomnu, van javnog prostora. Ukratko, objektivan okvir porodičnog prava uzmiče pred napadom subjektivnih prava i snagom individualne volje. Porodica je stoga sve manje sastavljena od roditelja i rođaka, a sve više od stranaka.

Pojava novih oblika porodice (pluralizam), postojanje različitih ambijenata u kojima se sve promene dešavaju ne bi smele da zavaraju pravnike. Pitanje je da li pluralizam uopšte postoji danas kada se zna da ne postoje značajne ideološke razlike između bračnih i vanbračnih porodica. S druge strane, može li se jedna porodica nazvati monoparentalnom ili prekonponovanom budući da one nisu alternativni vidovi porodica već samo faze u porodičnom ciklusu, kao posledice raspada jednog para (smrt ili rastava). Drugačije rečeno, jedne iste osobe, zavisno od životne faze, mogu se naći u jednoj ili drugoj situaciji. Ali, bez obzira na ovo srodstvo, brak ili vanbračna zajednica i dalje ostaju osnovni kriterijumi formiranja porodice.

Sve promene u porodičnom pravu nisu se desile odjedanput i iznenada. One se mogu pratiti kroz vreme, koje je iza nas.

1. Faktori evolucije do sada

Istorija porodičnog prava svakako nije i istorija porodice. Porodično pravo nije ono koje opisuje šta su porodice, to je pravo koje utvrđuje

je "ne pravo" stvar individualnog izbora. Individua odbija da se uključi u pravnu situaciju već se uključuje u sličnu nepravnu situaciju. To je recimo slučaj sa rastavom supružnika. Videti: Carbonnier, J, *Flexible droit. Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 4.ed.1979, str.21; Navedeno prema: Gaudement-Tallon, H, *De quelques paradoxes en matiere de droit de la famille*, Revue trimestrielle de droit civil, 4/1981, str. 720.

⁷ O neutralnosti, ambivalentnosti i realnosti, kao karakteristikama porodičnog prava govori Glendon , M.- A, *Transformation of Family Law*, The University of Chicago Press, Chicago, 1989.

određene vrednosti, norme, određene modele za koje društvo u datom trenutku smatra da jesu porodica. Porodica koja postoji trenutno u društvu verovatno ne odgovara u potpunosti modelu opisanom u pozitivnom pravu. Ljudi u porodici, na kraju krajeva, sporazumno uređuju svoje odnose na način kako nalažu običajna i moralna pravila, a manje kako je propisano zakonom. Pravna norma nije reprodukcija onoga što postoji u stvarnosti.⁸ Svrha norme je da postavi okvire, da dâ vrednosti i repere u slučaju sankcionisanja, a ne da opisuje objekt na koji se odnosi. I ovo je verovatno razlog što današnje porodično pravo, odnosno zakoni koji ga uređuju, uglavnom, ne sadrže definiciju porodice.⁹

Porodično pravo se nalazilo pod jakim uticajem društvenih promena koje su se odigrale od polovine prošlog veka do danas. Ono se demokratizovalo udaljavši se od patrijarhalnih normi koje su ustanovljavale prava na osnovu prirodnih razlika: porekla, pola, uzrasta.¹⁰ Demokratizacija kao pravni fenomen se može pratiti kroz individualizaciju učesnika odnosa, kroz sporazumno uređivanje unutrašnjih odnosa i razrešavanje konflikta, ali i pre svega, kroz uspostavljanje dva oblika ravnopravnosti: ravnopravnosti polova i ravnopravnosti dece. Prva se svodi na ravnopravnost između muža i žene i između oca i majke. Šta više, porodično pravo je u ovom smislu postalo aseksualno. Više i ne govori o mužu i ženi već o supružnicima, niti

8 Iako se u Porodičnom zakonu Republike Srbije ("Službeni glasnik Republike Srbije", 18/2005) u najvećem delu regulišu odnosi u nuklearnoj porodici, sastavljenoj od roditelja i njihove maloletne dece, ona je u Republici Srbiji 1973. činila oko 64 % svih porodica, da bi 2003. godine pala na svega 31 % ; Navedeno prema novinama "Vreme", od 21. maja 2009.

9 Pojam porodice nije, po pravilu, određen u zakonima, koji samo po svom nazivu govore o porodici. Ovi zakoni u suštini govore o braku, razvodu, srodstvu, roditeljskom pravu, itd. Ponekad nam ovi zakoni na jedan vrlo moderan način govore i o porodičnom životu, ali o samoj porodici vrlo retko i na diskretan način. Tako Porodični zakon Republike Srbije nema definiciju porodice ali govori o pravu na poštovanje porodičnog života. Jedan od zakona koji definiše porodicu jeste Porodični zakon Republike Crne Gore (Zakon je objavljen u "Službenom listu RCG", br. 1/2007 od 9.1.2007. godine). U čl.2 se kaže: "Porodica je životna zajednica roditelja, djece i drugih srodnika koji u smislu ovoga zakona imaju međusobna prava i obaveze, kao i druga osnovna zajednica života u kojoj se njeguju i podižu djeca". Nešto kraću definiciju daje Porodični zakon Republike Srpske u čl.2: "Porodica, u smislu ovog zakona, je životna zajednica roditelja i djece i drugih srodnika". ("Službeni glasnik Republike Srpske", 54/2002). Slična, ali i nešto određenija definicija sadržana je i u čl. 2. Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine ("Službene novine Federacije BiH, 35/05, 41/05): "Porodica, u smislu ovog Zakona, jeste životna zajednica roditelja i djece i drugih krvnih srodnika, srodnika po tazbini, usvojlaca i usvojenika i osoba iz vanbračne zajednice ako žive u zajedničkom domaćinstvu".

10 Janjić-Komar, M, *Demokratizacija porodičnih odnosa*, Pravni život, 9/2000, str.499.

ocu i majci već o roditeljima. Druga se odnosi na izjednačavanje dece bez obzira na njihovo poreklo. Tako se više ne govori o bračnoj i vanbračnoj deci, već o deci rođenoj u braku i van braka. Jedna od retkih razlika postoji i dalje u pogledu načina uspostavljanja porekla deteta prema roditeljima ako je dete rođeno izvan braka. Materinstvo udate ili neudate žene se po pravilu uspostavlja upisom rođenja deteta u knjigu rođenih. Očinstvo se pretpostavlja ako je majka u braku, ili se priznaje ili utvrđuje sudskim putem ako je dete rođeno izvan braka.

S druge strane, ravnopravnost nije, nasuprot raširenog mišljenja, ideja koja pripada javnom poretku. Zato se danas u pravnoj doktrini sve više koristi jedna druga reč: jednakost, odnosno princip nediskriminacije. To je, pre svega, posledica činjenice da ravnopravnost dolazi u koliziju sa jednom drugom vrednošću koja se brani najvećom upornošću: slobodom. Jednakost postaje osnovni pojam modernog prava i političkog života i osnovno je načelo državne organizacije još od Francuske revolucije.¹¹

Zakonodavac je nastojao da odgovori na zahteve individua za što većom slobodom: sloboda razvoda i sloboda zajedničkog življenja bez braka označavaju značajne simbole reforme porodičnog prava. Zahtev za slobodom je sam po sebi paradoksalan: istovremeno se radi o želji za emancipacijom (pustite me da radim šta hoću), što je praćeno izvesnim oblicima uzmicanja prava, deregulacijom, odnosno dejurizacijom i u isto vreme snažnom željom za pravnim priznanjem slobode (pravno regulisanje vanbračne zajednice i zahtevi za pravno priznanje homoseksualnih zajednica). To znači da je porodično pravo, kao i ostatak društva, prihvatilo potrebu društvenog priznanja individue. Da bi se ovaj fenomen izmerio u svim delovima porodičnog prava potrebno je razlikovati porodična prava para i prava dece.

Napredak autonomije volje u oblasti prava parova bio je frapantan poslednjih godina. Pa ipak, može se reći da je u porodičnom pravu u ovoj oblasti koja se oduvek smatrala institucionalnom, saglasnost volja igrala određenu ulogu. Ona se najpre afirmisala kroz bračno pravo, tačnije kroz uvođenje sporazumnog razvoda braka osamdesetih godina prošlog veka. Pravnom normom se supružnicima pruža mogućnost da svoje odnose urede autonomno. Šta više, može se reći da je jedan od paradoksa porodičnog prava, za koje se obično smatra da ima više imperativnih normi u odnosu na građansko pravo, to što je u nekim slučajevima autonomija volje znatno veća nego u građanskom pravu. Naime, u građanskom pravu ako se stranke ne dogovore primeniće se dispozitivna norma iz zakona. U porodičnom pravu je u nekim

11 Kartag-Odri, A, *Jednakost i ravnopravnost kao evropske vrednosti*, Pravni život, 12/2005, str. 779.

slučajevima sve prepušteno volji subjekata porodičnih odnosa. Sud u tim situacijama ne može reći šta je pravo jer i ne raspolaže pravnom normom koja bi bila primenjena. Sporazum, ugovor, subjekata porodičnog odnosa ničim ne može biti zamenjen. Ugovorni model regulisanja porodičnih odnosa se tako širi i izvan prava parova, na sve oblasti porodičnog prava. Čak i u oblasti kojom se ustanovljava status jednog lica u porodici, ono što je nekada zbog zaštite opštih interesa, ili javnog poretka, bilo nezamislivo.

Postoji ustaljena predstava da je ugovor ekskluzivno vezan za privatno pravo, pa prema tome uvek je samo privatnopravni i kao takav stran porodičnom pravu. Stran, zato što je porodica, po tradiciji, jedan od stubova pravnog, političkog i društvenog poretka. S druge strane, dok se ugovor kao najbolji instrument savremenog kapitalizma nalazi u srcu imovinskog prava, porodica se, zasnovana na braku ili vanbračnoj zajednici, nalazi van ove sfere. I tačno je da većina ugovora ima imovinski karakter što ga svrstava u obligaciono pravo, po čemu se oni razlikuju od ugovora koji postoje u drugim granama prava.

Kod nas¹² se porodično pravo tretira kao samostalna grana prava, izdvojena iz građanskog (privatnog) prava od koga se bitno razlikuje, pored ostalog, načinom regulisanja odnosa.¹³ Naime, odnosi u porodičnom pravu su pretežno uređeni imperativnim normama države pa je stoga malo mesta ostalo za ispoljavanje individualne volje, a samim tim i za ugovaranje između subjekata porodičnih odnosa. Međutim ovakva konstatacija je sve manje i manje tačna. Njegova sve veća primena i u porodičnom pravu poslednjih dvadesetak godina postala je opšta karakteristika prava gotovo kod svih evropskih država, što bi se moglo označiti kao privatizacija ili kontraktualizacija porodičnog prava. Činjenica da se porodični odnosi i u Republici Srbiji sve više regulišu sporazumom subjekata porodičnih odnosa govori da proces privatizacije nije ni nas zaobišao, odnosno da se ugovor više ne može smatrati stranim elementom. Većina ovih sporazuma se zaključuje izvan pravnog konteksta, kada subjekti porodičnih odnosa uređuju svoja svakodnevna životna pitanja. Neki od njih mogu biti i protivni zakonu. Nastaju bez ikakve forme ili procene njihove validnosti. Oni funkcionišu sve dok se ne pojavi problem u njihovom izvršavanju.¹⁴

12 Misli se, uglavnom, na sve države nastale raspadom bivše SFRJ.

13 Videti: Ponjavić, Z, *O mestu porodičnog prava u pravnom sistemu - istorijat i uporedni pregled*, Građanska kodifikacija (ur. R. Kovačević-Kuštrimović), Pravni fakultet, Niš, 2002, str. 139-150.

14 Benabent, A, *L'ordre public en droit de la famille*; Navedeno prema: Egea, V, *L'imperatif en droit de la famille*, str. 60, fn.236; <http://www.themis.u-3mrs.fr/egea/memoire-egea.doc>, 12. 10.2012.

Sve više jača uticaj »privatnog« u odnosu na »javno« u porodičnom pravu. Porodica se sve više posmatra kao grupa lica koja žive jedno pored drugog, a sve manje kao zajednica sa sopstvenim interesima. Porodičnopravne norme koje su bile po pravilu imperativne prirode sve se više povlače pred rastućom autonomijom pojedinaca, njihovim slobodama i pravima i intimom porodičnog života.¹⁵ Čini se, ipak, da je dosledno posmatranje porodičnog prava kao dela privatnog ili javnog prava jedva moguće, budući da ima toliko izuzetaka. S druge strane, uverenje da je ugovor samo instrument privatnog prava više ne vlada među pravnicima. Ugovor se danas smatra kategorijom prava uopšte, kako privatnog tako i javnog.¹⁶ 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.

Pored ovoga, treba ukazati na to da jačanje značaja individualne volje u porodičnom pravu ne znači neizostavno slabljenje onog što bi se moglo nazvati javni poredak porodičnog prava. Ovo najčešće znači samo uzmicanje imperativnih normi koje se ne mogu izjednačiti sa javnim poretkom.¹⁷ Naravno, ovo ne isključuje potrebu definisanja javnog poretka u porodičnom pravu kako bi se postavile jasne granice ove privatizacije. Budući da se porodična prava sve više odnose na pojedinca to razmatranje njegovih prava izbija u prvi plan kada se govori o porodičnom javnom poretku. Nekada je javni poredak bio usmeren ka punom razvoju društva, koji je trebao da obezbedi razvoj pojedinca, dok se danas prelazi na javni poredak koji je usmeren ka punom razvoju pojedinca koji treba da obezbedi razvoj društva.¹⁸

Zbog svega navedenog ugovor se sve manje smatra smetnjom u odvijanju porodičnih odnosa.

Ugovor je smatran smetnjom (remetilačkim faktorom) za odvijanje porodičnih odnosa zato što je prihvatanje uloge individualne volje često bilo praćeno uzmicanjem vrednosti osnovnih porodičnih institucija. Tako bi, primera radi, prihvatanje razvoda bez kontrole moglo značiti napad na instituciju braka. Međutim, pojava ideologije prava čoveka menja ugao

15 Janjić-Komar, M, *Porodično pravo i stvarnost*, Pravni život, 9/1997, str. 700.

16 Vodinelić, V, *Upravni ugovor - između prihvatanja i odbijanja*, Pravni život, 11-1/1993, str. 2115.

17 U ovom smislu: Hausser, J, *Javni poredak u porodičnim odnosima*, Pravni život, 9, 2000, 473-474. Uostalom, ovakvo razlikovanje pravi i Zakon o obligacionim odnosima prilikom uspostavlja ograničenja slobode ugovaranja, kada govori, u čl.103, o javnom poretku, imperativnim propisima i moralu.

18 Isto, str. 479.

posmatranja i daje novu skalu društvenih vrednosti. Odlučujući uticaj na ovom planu odigrala je Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u kojoj se, između ostalog, daje primat interesima pojedinaca nad interesima grupa, pa i društva u celini (čl.2). Sve ovo nužno mora imati odraza i na pravo kojim se regulišu porodični odnosi. Čak se ponekad »pravo na privatni život« (*Right of Privacy*), regulisano čl.8.Konvencije, definiše u ovom smislu kao pravo koje je garant individualne slobode, dok se »pravo na porodični život«, nasuprot ovog, može činiti kao potencijalna pretnja individualnoj slobodi.¹⁹

Što se tiče prava dece njihov pravni položaj i sudbina nisu opredeljeni postojanjem, odnosno nepostojanjem pravne veze njihovih roditelja. Porodično pravo svoj deci, bez obzira na poreklo, mora garantovati ista prava i stabilnost roditeljskopravnog odnosa. Život para je nesiguran i neizvestan, ali bez obzira na njegovu pravnu strukturu i njegovu budućnost, roditelji moraju nastaviti da preuzimaju odgovornost prema deci: to je njihova zajednička odgovornost. Položaj dece, prema tome, zavisi od toga u kojoj meri su roditelji odgovorni prema njima, tj. da li su dobri ili loši, a ne da li su u braku ili ne. Stoga se može reći da su pluralizam parova (postojanje različitih oblika življenja muškarca i žene), u krajnjem slučaju porodičnih oblika, i stabilnost roditeljskopravnog odnosa dve velike tendencije porodičnog prava na kraju dvadesetog i na početku XXI veka.

Jedan od savremenih mitova, koji je u osnovi vezan za navedene dve tendencije je onaj o već pomenutoj privatizaciji porodičnog prava. Oslobođeni od državnog modela unitarne porodice zasnovane na braku i deci proizašloj iz njega, porodični odnosi postaju sve više i više privatna stvar. Mešanje države u njih se sve manje toleriše i izgleda da za to ima sve manje opravdanja.²⁰ Prava i obaveze danas svoj izvor sve više nalaze u individualnoj volji, a sve glasniji zahtevi za više slobode i jednakosti uvećavaju njen značaj.

Prema tome, može se reći da su ideje jednakosti i slobode bile i ostale osnovni pokretači promena porodičnog prava poslednje tri decenije. U ovom pogledu ne smeju se zanemariti ni evolucija običaja, kao i uticaj spoljnih faktora, pre svega prakse Suda za prava čoveka u Strazburu. Tako recimo, najbolji interes deteta postaje osnovni kako kod vanbračnog, tako i bračnog porekla, što dovodi do autonomne konstrukcije prava deteta.

19 Commaille, J, Martin, C, *La repolitisation de la famille contemporaine*, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/20/18/36/PDF/comprendre2.pdf>, 5.05.2012.

20 Egea, f.n.14, str. 102.

Međutim, kako se ponekad ističe,²¹ odnos između formulisanja i priznanja prava čoveka i afirmacije apsolutnih sloboda, s jedne strane i porodičnog prava, s druge strane, nije očigledan. Ima čak i izvesne antinomije između pojma prava čoveka i porodice. Prava čoveka se bave subjektivizmom, to je trijumf ličnosti apsolutno slobodne i držaoca svih prava. Takav koncept se suprostavља, na izvestan način, ideji porodice, koja se zasniva na konceptu grupe.

Naporedo sa jačanjem značaja individualne volje u sferi određivanja sadržine porodičnopravnih odnosa i dalje egzistira, naravno uz proporcionalno smanjen značaj, imperativnost nekih normi.²² Njihovo korišćenje u porodičnom pravu ukazuje na potrebu dalje zaštite porodice i njenih specifičnosti, na njenu institucionalnost. Ali ono što čini njihovu specifičnost u domenu porodičnog prava, čega nema u drugim delovima pravnog sistema, jeste učešće ljudskih osećanja, pre svega ljubavi.²³ To je metafizičko pravo, pravo života i smrti. O tome se mora voditi računa prilikom kreiranja sadržine konkretnih imperativnih porodičnih normi, a naročito prilikom određivanja posledica njihovog neizvršavanja. Zakonodavac nije svemoguć. Svojom naredbom ne može prinudno izvršiti pravnu normu čija se sadržina upravo temelji na ljudskim osećanjima. Ovo je naročito uočljivo kada se porodica reguliše pravilima privatnog prava, čija je tehnika namenjena prvenstveno za uređenje ekonomskih odnosa i koje raspolaže instrumentima kadrim da se osigura izvršenje obaveza koje su strane stvorile svojim dogovorom. Ono je, međutim, vrlo nemoćno kada su u pitanju krajnje lični odnosi, idealizovani u očima laičkog, kao i religioznog poretka. Ovde prvenstveno imamo u vidu moralne aspekte njihovog sadržaja, koji u osnovi te odnose posmatraju kao trajne, namenjene za nesmetano prevazilaženje konfliktnih situacija.

Intimni odnosi koje održavamo i razvijamo tokom našeg postojanja doprinose stvaranju našeg identiteta i generalno gledano učvršćuju naše pripadanje kolektivu, što je naročito značajno za porodicu. Oni su istovremeno i izvor naše sreće, napretka i snage. Pojedini od njih se odvijaju sasvim spontano, bez ikakve forme i bilo čije podrške, dok drugi, nasuprot ovoga, zahtevaju minimum pravnog uobličavanja. Ti odnosi se, na kraju krajeva, sporazumno uređuju od strane njihovih aktera na način kako nalažu običajna i moralna pravila, a manje kako je propisano zakonom.

21 Arnaud, A.-J, *Philosophie des droits de l' Homme et droit de la famille*, Internationalisation des droit de l' Homme et évolution du droit de la famille, 1996, (ed. Dekeuwer-Défossez,F.), colloque Lille, LGDJ, Paris, str.5.

22 Egea, f.n.14, str. 102.

23 Janjić Komar, f.n.10, str. 499.

Brak i vanbračna zajednica savršeno ilustruju ovakav tip odnosa. U slučaju kada odnosi između partnera, zasnovani na osećanjima koja ih ujedinjuju, ne funkcionišu na predviđen način, ta lica mogu biti pozvana da uzajamno obezbede poštovanje njihovih potreba. Uprkos zajedničkih osobina, svi ovi odnosi unutar porodice ne uživaju isto pravno priznanje. Država se naročito interesuje za odnose među supružnicima i pri tome zapostavlja ostale porodične odnose.²⁴

Tako je brak brojnošću normi i njihovim karakterom bio podignut gotovo na rang institucije i odavno je bio predmet vrlo širokog zakonskog normiranja. Zaključujući brak supružnici su prihvatili status venčanih lica bez mogućnosti da mu određuju sadržinu. Ovo je danas sve manje tačno. Bračni status koji je bio bez ikakvog uticaja volje supružnika danas se sve više zamenjuje njihovom voljom. Volja supružnika je tako jedan od osnovnih uslova valjanosti braka. Uzajamna saglasnost dveju volja je ne samo uslov nastanka već i uslov njegovog trajanja. Brak traje onoliko vremena koliko hoće supružnici.

Već je opisano kretanje od zaštite institucije ka zaštiti osanovnih vrednosti i ideje da promocija individue osigurava porodicu i *in fine* društvenu koheziju.²⁵ Postoje i demografski razlozi pojave individue. Sa padom nataliteta, porodica se smanjuje. Vrlo su retki parovi sa petoro ili šestoro dece. Jedna osoba, dakle, ima manje braće i sestara, manje ujaka, stričeva, tetki, rođaka. Sve je više porodica sa jednim detetom koje preživljava zahvaljujući opadanju smrtnosti dece. Paralelno sa produžavanjem životne dobi povećava se i broj porodica u kojima živi više generacija. Individua tako stiže jedan sasvim poseban položaj.

2. Faktori evolucije porodičnog prava danas

Pri koncipiranju normi porodičnog prava danas se mora poći od nekoliko odlučujućih faktora koji generišu promene. Na prvom mestu mora se poći od onog što svako može uočiti, ali što je opet nedovoljno istraženo. Od društvenih promena.

Društvene promene su vidljive. One se tiču, pre svega, promena nekih aspekata porodičnog života, kao što je povećan broj razvoda, vanbračnih zajednica, nepotpunih porodica. Model "nuklearne porodice" sve se više

²⁴ Uostalom, sve do skoro je u Republici Srbiji (do 2005) naziv zakona bio Zakon o braku i porodičnim odnosima (ZBPO), čime se ukazivalo na privilegovano mesto koje je bilo dato braku.

²⁵ Egea, f.n.14, str. 103.

dovodi u pitanje, jer su se u praksi javile nove forme življenja, zavisno od želja i mogućnosti pojedinaca.²⁶

Pored ovoga, evolucija biologije i medicine se ne sme zanemariti. Napredak nauke u domenu ljudske prokreacije na novi način postavlja pitanja utvrđivanja porekla dece u odnosu na roditelje. Nije u pitanju samo usavršavanje tehnika biomedicinske oplodnje, artificijelne inseminacije i surogat materinstva, već i sve veće mogućnosti utvrđivanja biološke istine. Ta saznanja, može se slobodno reći, imaju često krajnje kontradiktorne posledice. S jedne strane doprinose otkrivanju biološke istine o poreklu deteta, ali sa druge strane, ljudskoj volji u kreiranju porodice daju dominantan značaj. U ovom pogledu postojanje pretpostavki, pa i fikcija, u domenu utvrđivanja porekla deteta, gubi na značaju. Ovde treba, takođe, dodati i poznatu činjenicu produžavanja životnog veka, što dovodi do dugog trajanja zajednica života, koegzistencije više generacija pod istim krovom. Kao što je već konstatovano, sve više ima višegeneracijskih porodica, ne samo na selu već i u gradu o čemu se i kroz zakonodavne reforme mora voditi računa. Uključivanje treće generacije, deda i baba, ali i zaštita prava i obaveza pobočnih srodnika, posle perioda njihovog zakonodavnog ignorisanja, postaje preka potreba.

Evolucija prava je opšte poznata. Pod uticajem Evropske Konvencije o pravima čoveka i Konvencije o pravima deteta moraju se činiti odgovarajuće intervencije u zakonodavnom tekstu porodičnog prava. U ovom kontekstu potrebno je na novim osnovama graditi porodičnu koheziju kojoj se često suprotstavljaju individualna prava, roditeljska prava pravima deteta, individualna i kolektivna prava, a posebno u odnosu na pravo svakog na jednakost i nediskriminaciju.

²⁶ Činjenicu da se porodica smanjila na nuklearnu niko ne opovrgava, ali i šira porodica i dalje postoji. Klasična šema intergeneracijskih odnosa je modifikovana, ali istraživanja pokazuju da ovih porodica i dalje ima, uprkos evoluciji. Šta više, ekonomske nedaće koje su zadesile Republiku Srbiju poslednjih godina imale su odraza i na uspostavljanje jedne nove porodične strukture. Naime, sve je više porodica sastavljenih iz tri generacije, što je posledica dugotrajnih kriza. U sociološkom zborniku «Društvo rizika» (2008) se kaže da je velika srodnička porodica postala prepoznatljiva u Srbiji i da je karakteristična za sve regione. Šta više, najviše je zastupljena u Beogradu 15,4%. Nasuprot ovoga, u svetu se više ovakve porodice gotovo i ne pominju. Istovremeno sociolog Vesna Miletić-Stepanović, u knjizi «Društvo u previranju» Instituta za sociološka istraživanja iz Beograda, konstatuje prema sprovedenom istraživanju, da je u Srbiji više od 25 odsto porodica u kojima živi više generacija, što je rezultat velikog siromaštva i nezaposlenosti. Ta eksplozija proširenih porodica u Srbiji ima «ambivalentan karakter», s jedne strane je «resurs opstanka u društvu Srbije», a sa druge «veliki razvojni rizik». Navedeno prema: <http://www.kontra-punkt.info/modules.php?op=modload&name=News&file=article&sid=54645>, 23. 7. 2012.

Osnovni zadatak koji se postavlja u domenu zakonodavne politike je kako ova pitanja da ne budu suprotstavljena već komplementarna. Da bi se to postiglo, pored ostalog, u kreiranju novih porodičnih odnosa se mora poći od dve premise, koje se uvek moraju uzeti u obzir.

- 1) Porodično pravo mora biti u skladu sa evolucijom običaja, odraz društvenih odnosa. U ovom smislu pravo se mora adaptirati prema ličnosti zbog koje je stvoreno.
- 2) Na drugom mestu, porodično pravo mora biti u funkciji orijentacije, a ne samo adaptacije. Ono mora biti odraz evolucije vrednosti u društvu. Pravo ne treba samo da registruje ono što se dogodilo u društvu. Ono sadrži smernice za ponašanje pojedinaca, ali i za kreiranje sudske prakse.

Bilo da se radi o pravu koje se adaptira ili koje orijentiše, jedno je sigurno: nema, ili nema više samo jednog modela organizovanja porodičnog života. Sve je očiglednije da postoje vrlo različiti oblici porodice. Ove forme funkcionišu manje kao alternativne, a više kao sukcesivne porodične forme. Jedno je sigurno, svi pokušaji unifikacije porodičnih oblika doživeli bi neuspeh. Oni ne korespondiraju sa potrebama vremena i društva.

3. Faktori evolucije porodičnog prava *de lege ferenda*

Ako se zapitamo kako će dalje teći evolucija porodičnih odnosa, na ovo pitanje je vrlo teško odgovoriti budući da pravo treba uvek biti »prilagođeno vremenu«, što je lajtmotiv svake reforme prava, pa i onog kojim se regulišu porodični odnosi. Ovo prilagođavanje realnosti ili stvarnosti, kako se ističe u pravnoj teoriji, ponekad dovodi do promene shvatanja realnosti.²⁷ Realnost se u nekim slučajevima pretpostavlja. Tako, primera radi, afirmacija individualnih prava sprovedena kroz Porodični zakon Republike Srbije i prepuštanje subjektima porodičnih odnosa da sami i sve više urede svojom voljom odnose nužno podrazumeva opadanje porodične solidarnosti i njenu zamenu mehanizmima državne intervencije. Ako znamo da su mogućnosti ove intervencije u periodu tranzicije društva bitno smanjene, nije li se upravo realnost pretpostavila? Nije li jedna zakasnela neoliberalna tržišna i društvena klima ostavila porodicu razapetu između proklamovanog individualizma i nužnosti kolektivismu? Taj kolektivismu kojim se uspostavlja solidarnost nije institucionalizovan i formalizovan, ali nadomešta nefunkcionisanje državnih i drugih društvenih institucija.²⁸

²⁷ Janjić-Komar, f.n.15, str. 702.

²⁸ U ovom smislu: Tripković, G., *Porodica u tranziciji*, Sociološki pregled, 1-2/2004, str. 211.

Pored promena zakona koji regulišu porodicu i odnose u njoj na njihovo profilisanje imaće sve veći uticaj i praksa Suda za ljudska prava u Strazburu sa svojim tumačenjem odredbi Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ovaj Sud ima neosporno harmonizatorsku ulogu zakonodavstva Evrope u domenu porodičnog prava.²⁹ Svaki strah od »vladavine sudova« što u Evropi ima jednu negativnu konotaciju čini se u ovom pogledu, bar za sada, neopravdanim budući da Sud u Strazburu zna na pravi način poštovati nacionalno zakonodavstvo. U ovom pogledu svako isticanje da će Republika Srbija upravo pod uticajem ove prakse morati, htela ne htela, da prihvati, primera radi, homoseksualne brakove izgleda, bar u ovom trenutku, neosnovano.³⁰ Ono što bi se ovoj praksi moglo prigovoriti zasniva se, pre svega, na činjenici da se ona, po prirodi stvari, sastoji iz niza odluka od kojih praktično zavisi evolucija prava što predstavlja trijumf subjektivnih prava nad objektivnim pravima. Stoga Strazbur može postati mesto sukoba zemalja *common law* i zemalja pisanog prava.³¹

Na neki način može se čak očekivati da će u budućnosti promene unutar porodice imati male reperkusije na promene pravnih pravila kojima se ona reguliše. Ne zato što će zakon izgubiti interesovanje za nju, već zato što će demokratizacija porodičnih odnosa biti praćena uzmicanjem pravnih normi u korist drugih vidova regulisanja, pa i ugovora. Uostalom, ovo uzmicanje normi nije skorijeg datuma. Ovaj proces »dejurizacije« prvi put je bio teorijski obrađen još davne 1977.godine od strane M.A.Glendon, govori o »neutralnosti prava« u ovom domenu u korist »principa tolerancije«. ³² Pravo se povlači iz porodičnih odnosa prepuštajući mesto običaju i na kraju i sporazumima samih subjekata porodičnih odnosa.

Na kraju zapitajmo se gde će se u budućnosti odlučivati o porodičnom pravu? Vrlo je moguće da će se o tome podjednako odlučivati u Strazburu, eventualno za neke u Briselu, ali i u Sarajevu, Banja Luci, Beogradu, Podgorici...No bez obzira na svoje poreklo, evropsko ili nacionalno,

29 Takvu ulogu su odigrale, primera radi, čuvene odluke *Mazurek c. France* (no 34406/97), *Marckx c. Belgique*, (31 (13.6.79). Pod njihovim uticajem promenjeno je pravo, u ovom slučaju, Francuske i Belgije.

30 Tako, primera radi, Francuska nije osuđena zato što njeno pravo poznaje "pravo na anonimni porođaj"; *Affaire Odièvre*, CEDH, od 13 februara 2003, predstavka br. 42326/98.

31 Bosse-Platière, H, *L'avenir du droit civil de la famille : quelques conjectures, À l'horizon de l'Europe*; http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=INSO&ID_NUMPUBLIE=INSO_128&ID_ARTICLE=INSO_128_0038, 23.11.2012.

32 Glendon, M.-A, *State, Family Law in Transition in the United States and Westwrn Europe*, New York, North Holland Publishing Cy, 1977.

porodično pravo će iziskivati još više slobode i jednakosti. Ove reči kriju i dalje velike mogućnosti izbora i vrlo je verovatno da će sadržina porodičnog prava još dugo zavisići od država.³³

³³ Bosse-Platière, f.n.31, str.38.

Dr Zoran Ponjavić, full professor
University of Kragujevac, Faculty of Law

ON EVOLUTION OF FAMILY LAW

(Abstract)

This paper gives a sketch of the evolution of family law. At the very beginning it is asserted that privatization, individualization and pluralism are three key characteristics of family law. To put it concisely, family law is more and more affected by the greater significance of the private will of the individual who chooses ways of organizing his private life on his own. This paper presents a review of the factors of evolution, both up to this moment and at present, as well the factors that are *de lege ferenda*.

Family life has been under a great influence of the social changes that have been taking place from the middle of the previous century to the present day. It has been democratized by distancing from patriarchal norms that establish rights based on natural differences: origins, gender, age. Democratization as a legal phenomenon can primarily be traced in the establishment of two forms of equality: gender equality and the equality of children. What generates changes in the modern family law are social changes, evolution of biology and medicine, and the evolution of law that generally occurs under the influence of the European Convention on Human Rights and the Convention on the Rights of the Child.

What is primarily emphasized in the domain of legislative policy of creating new family relationships is that family law needs to be in line with the evolution of customs and to reflect social relationships. Yet, it also needs to have a function of orientation, and not merely adaptation. Law is not supposed to simply reflect what has occurred in society, but also to provide directions for individual behaviour and for the creation of judicial practice.

When evolution *de lege ferenda* is taken into consideration, it is emphasized that defining of family relationships is going to be increasingly influenced by the practice of the Court of Human Rights in Strasbourg with its interpretation of regulations of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. In the end it is stated that the future of family law shall be decided in Strasbourg, even in Brussels for some, but also at the level of national states. However, regardless of its origin, be it European or national, family law shall necessitate more freedom and equality.

Key words: evolution, family law, evolution factors