

*Александра Прелевић Паладино**

Студент докторских студија на Правном факултету
Универзитета у Београду
ORCID: 0000-0002-5426-7531

КРИТИКА ЈУСНАТУРАЛИСТИЧКОГ ПОЈМА БРАКА** **Поглед из италијанске правне праксе**

САЖЕТАК: У овом раду се трага за одговором на питање шта је то савремени брак кроз критичку анализу јуснатуралистичког погледа, прецизније појма брака у дјелу Роберта Џорџа, с једне стране, и кроз концептуалну анализу брака у процесу његовог трансформисања, с друге стране. Након приказа предмета критичке анализе, приређује се осврт на случај Италије, друштва са традиционално католички јуснатуралистичким поимањем брака, што омогућава тестирање јуснатуралистичког погледа на брак и указивање на оно шта га чини нефункционалним у пракси. Затим се развија критика појма „правог брака” кроз преиспитивање утемељености саставних компоненти појма како у контексту савременог брака, тако и унутар саме Џорџове концепције брака. Основна теза која се заступа у овом раду је да је брак правни институт у процесу редефинисања усљед чега долази до проширења учесника и до измјене у значају и улози до сада познатих функција брака. Полазећи од становишта да постоји простор у методолошком смислу за једно функционално објашњење природе права, а у овом случају правног института брака, на вредносно неутралан начин, аутор долази до једне нове функције савременог брака и доноси вредносно-

* hera.dyermaker@hotmail.com

** Рад је примљен: 28. 10. 2020, а прихваћен је за објављивање 9. 11. 2020. године.

-неутралну дефиницију савременог брака засновану на идеји о привилегованом емотивном односу.

Кључне речи: савремени брак, нова функција брака, привилеговани емотивни однос, јуснатурализам, појам брака, појам брака у Италији, прави брак, породица и брак, брак као вриједност по себи, функционална методологија

УВОД

Предмет овог рада је критичка анализа јуснатуралистичког појма брака. Још прецизније, критичка анализа појма брака у дјелу Роберта Џорџа (George), једног од актуелних представника типично јуснатуралистичког погледа. Трансформација брака као друштвене установе је стварни процес који се одвија свуда око нас, независно од тога да ли га појединци доживљавају као позитивну одлику савремености или негативну последицу модернизације, а тај процес није могућ без истовремене трансформације правног института брака. Отуда је иницијална идеја водила овог рада да је најадекватније оно теоријско схватање које констатује стварни свијет.

Рад се развија у три веће цјелине које обухватају и одвајају приказ предмета критичке анализе, од поступка аргументованог побијања јуснатуралистичке концепције брака и доласка до оног што се у трећем дијелу презентује као потенцијално другачији поглед на ствари. У том смислу се полази од приказа јуснатуралистичког погледа и Џорџове идеје о „правом браку” и приређује се осврт на случај Италије, друштва са традиционално католички јуснатуралистичким поимањем брака, као идеалан терен за тестирање изложеног погледа на брак и указивање на оно шта га чини нефункционалним у пракси. Након тога ће се развити критика појма правог брака кроз преиспитивање појединачних саставних компоненти појма, њихове улоге и значаја не само за појам савременог брака већ и њихову утемељеност и одрживост у контексту саме Џорџове концепције брака. У трећем одјељку сазријевају наговјештаји из претходног поглавља који су аргументованим одбацивањем јуснатуралистичког поимања брака припремили терен за говор о новој функцији брака. У духу већ поменутог гледишта да је адекватан онај поглед који констатује стварни свијет, излаже се концепција савременог брака која се уздиже из перфекционистичке етике¹ и вредносног плурализма као теоријске, али и филозофске позадине за долазак до нове дефиниције брака. Та нова дефиниција јесте

¹ И ту се мисли на перфекционистичку етику коју излаже Џозеф Раз, остављајући по страни нека разумна неслагања у погледу одређених нијанси.

у основи либерална, али је притом сасвим нешто друго у односу на концепцију минималног брака.² Наиме, пречишћени појам брака подразумева вредносно неутрални приступ поимању брака у чијем средишту се налази идеја о браку као *привилегованом емоционалном односу*, до које се долази концептуалном анализом брака у процесу његовог трансформисања. Полазећи од интуиције о томе шта је брак као друштвена установа данас, анализираће се садржина концепта у свијетлу актуелних примјера и противпримјера. Тако ће бити прокрчен пут ка новом правном поимању брака, очишћеном од сваке врсте вредносних ставова, који би правдали једну варијанту концепта у односу на неку другу.

Методолошки одабир произилази из специфичне позиције аутора овог текста, а то је угао једне теорије права која се највише ослања на аналитичку филозофију у начину на који обрађује стварност, истовремено признајући да су право и друштво повезани нераскидивим везама, јер право служи човјеку и друштву, а никако себи самом. Право је производ културе, и то не било какве културе, већ цивилизације, баш како примјећује Дајмонд (Diamond) када каже да је обичај модалитет примитивног друштва, док је право онај карактеристични инструмент цивилизације.³ У том смислу, циљ овог рада је покушати ухватити суштину процеса преображаја брака и указати на анахроне елементе јуснатуралистичког гледишта уз истовремен подухват дескрипције онога што би се могло назвати: онако како ствари у вези појма брака данас заиста стоје.

ЈУСНАТУРАЛИСТИЧКИ ПРИСТУП ПОЈМУ БРАКА

Брак на традиционално јуснатуралистички начин бива схваћен у смислу класичног моногамног брака између мушкарца и жене са основним циљем рађања и подизања потомства. Притом брачни однос подразумева постојање сагласности партнера да буду трајно и искључиво једно са другим, као што јасно произилази из друштвено-културне конвенције и формуле „док нас смрт не растави”, при чему се вјерност подразумева, те чини да тај однос краси и ексклузивност везе.

По друштво брак игра значајну улогу зато што регулише друштвени однос појединаца у вези са регулацијом људске сексуалности и рађања, те, како Анђелка Милић примјећује, брак значи и „дозволу коју дру-

² Вид. Brake, E. (2010). Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law. *Ethics*, 120 (2), 302–337.

³ Diamond, S. (1971). The Rule of Law versus the Order of Custom. *Social Research* 38 (1), 57. Citirano према: Galligan, D., Kurkchian, M. (2003). *Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience*. Oxford: Oxford University Press, 11.

штвена заједница даје партнерима да могу да приступе сексуалном чину у циљу рађања потомства⁴. Природноправни концепт брака полази од чињенице да брак заиста јесте једна од „најстаријих универзалних установа у људској заједници и култури“⁵, како истиче Милић, те је, сходно томе једна природна датост коју право препознаје и штити, као што је сасвим природна датост и биолошка репродукција друштвене заједнице. Дакле, полазиште природноправне конструкције је идеја о једном *природном, ван права већ постојећем односу који као такав представља вриједност коју право треба да штити*.

Има разних верзија јуснатурализма, па тако на примјер Хелмут Коинг (Coing) не схвата природно право као непромјенљиви поредак,⁶ те говори о једној идеји права из које су норме које се изводе условљене начином на који у одређеном историјском периоду чланови одређеног друштва тумаче вриједности. Значајно је што Коинг упућује на потребу за „помирењем природног права и историцистичке савјести нашег доба“, а која се јасно огледа у позивању јуснатуралиста на природу ствари, при чему је „ствар“ чијој природи право мора да се прилагоди у ствари увијек друштво, а „природа“ друштва може бити само историја.⁷ Рецимо да би конструктивна аргументација за разматрање института брака могла да буде она са хипотетичким супарником за кога, како сматра Артур Кауфман (Arthur Kaufmann):

„Природно право и историчност права нису међусобни непријатељи; штавише, историчност права значи отварање права према природном праву, пошто се, ипак, са погледом на неостварљиво, остварује оно што се може на једном мјесту и у одређеном тренутку, а то је историјски праведно право.“⁸

Међутим Џорџ иде другим путем и у суштини у овом раду му се не замјера толико сами јуснатурализам, колико припадност (које можда није ни свјестан) конфесионалном јуснатурализму, који је неприхватљив због свог „истрајавања на традиционалној идеји система вјечних и непромјенљивих норми, који је изнад историје и изван ње“⁹, а који Џорџ, да ствар буде гора, пласира у виду прескриптивне дефиниције појма брака.

⁴ Милић, А. (2007). *Социологија породице: Критика и изазови*. Београд: Чигоја штампа, 117.

⁵ *Ibid.*

⁶ Fassò, G. (2018). *Storia della filosofia del diritto: Ottocento e Novecento*. Bari: Editori Laterza, 332.

⁷ *Ibid.*

⁸ Kaufmann, A. (1957). *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Tübingen. Цитирано према: Fassò, G. (2018). *Op. cit.*, 333.

⁹ Fassò, G. (2018). *Op. cit.*, 333.

„Прави брак” као добро по себи према Роберту Џорџу

Џорџ гради специфичну природноправну концепцију брака засновану на елементима који чине *conditio sine qua non* такозваног „правог брака” (*real marriage*), који представља добро по себи, вриједност која ствара морална права и обавезе независно од законског препознавања и регулисања истог.¹⁰ Ти елементи су:

1) свеобухватно јединство мушкарца и жене које се препознаје кроз заједницу мисли и воља током заједнице живота, као и кроз тјелесно јединство, мислећи на коитус, једину врсту сексуалног чина која може да има за последицу остварење зачећа;

2) ексклузивност везе, која се остварује кроз слободно изражавање сагласности мушкарца и жене да трајно и искључиво буду једно са другим.

По њему, некадашња забрана склапања брака између припадника различитих раса, представљала је својеврсно законско негирање нечега што итекако постоји као „прави брак”, или како још Џорџ наводи *truly marital relationship* или истински брачни однос.¹¹ Дакле, он заступа гледиште да брак није правна конструкција и није „само уговор”¹², већ, како то Горан Дајовић примјећује, по Џорџу је брак једна морална реалност коју правни прописи о брачном праву треба да заштите како би држава послала исправну поруку грађанству о томе шта је брак и каква је његова природа.¹³

Свеобухватно јединство мушкарца и жене оријентисано ка стварању и одгајању потомства, премда обухвата поменуто заједницу мисли и воља, суштински се заснива на конзумирању брака кроз коитус, који може а не мора да доведе до зачећа, што допушта да и бракови без дјецe уђу под појам „правог брака”. Прави брак подразумијева само оријентисаност ка биолошкој репродукцији, због чега брак није средство за репродукцију популације, већ представља добро по себи.¹⁴ Стога, прави брак је брачни однос који је трајно и ексклузивно духовно јединство мушкарца и жене праћено тјелесним, сексуалним јединством искључиво путем коитуса, а не и неке друге врсте сексуалног општења. На оваквом концепту брака, Џорџ развија аргументе против истополних бракова, који по природи ствари нијесу у могућности да постигну то тјелесно јединство, што повлачи за собом и свеобухватно јединство, а самим тим и не представљају вриједност по себи нити могу бити брак.

¹⁰ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34 (1), 250.

¹¹ *Ibid.*, 251.

¹² *Ibid.*, 250.

¹³ Дајовић, Г. (2015). *Оглед о мейџуриспруденцији*. Београд: Издавачки центар Правног факултета, 122.

¹⁴ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). *Op. cit.*, 268.

Јуснатуралистичко поимање брака на дјелу – случај Италије

Брак у Италији првенствено настаје као брак склопљен у цркви, одакле се временом развија у оно што данас познајемо као грађански брак. Филозофску позадину италијанске концепције брака најбоље објашњава напуљски филозоф Вико (Vico) који говори о браку као прелазу са *stato ferino* или животињског стадијума на оно што представља *umana società* тј. уређено људско друштво. У том смислу брак чини прелаз са животињског сексуалног нагона као *libidine bestiale*, који изолује човјека у својој самоћи, ка сусрету са другим људским бићем који се остварује на нивоу пријатељства. Управо зато што не означава само сексуалну везу већ и пријатељство између мушкарца и жене, брак представља основ и услов цивилизовања, пошто из брака настају пријатељство, закон и језик.¹⁵

Италијански брак је одувјек пратила идеја о недјеливности (разводу) брака (*indissolubilità*)¹⁶. Према Паладинију (Palazzini) брачни институт се по томе разликује од пуког конкубината који не може да испуни сврху самог института брака, а то је прокреација и васпитање потомства, као и међусобна помоћ супружника, с обзиром на то да брак представља *il semminarium republicae*, односно основну ћелију, сјеме цијелог друштва и саме државе.¹⁷ Иако формално превазиђена увођењем развода у правни систем, идеја о недјеливности брака није у потпуности ишчезла нити престала да буде важан дио перцепције о томе шта је брак. Тако и у актуелним нормама о разводу она опстаје кроз период раздвојености супружника „од стола и постеље” (*separazione*) који закон предвиђа као обавезан претходни корак до развода. Крупни корак ка модернизацији норми о разводу је начињен смањењем овог периода одвојености са ранијих три године на сада само шест мјесеци.¹⁸ Кампанини износи интересантно запажање да, за разлику од *separazione* које настаје са циљем да спријечи нови брак, развод треба посматрати као да служи ојачању брачног института а на штету ванбрачне заједнице, јер гура у правцу дозволе

¹⁵ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 58.

¹⁶ О сакралном и религиозном карактеру брака и његовој недјеливности према Божјем закону, схватања која и данас дјелимично опстају у италијанском друштву. V.: Papa Leone XIII (1884). *Lettera Enciclica Humanum Genus: Condanna del relativismo filosofico e morale della massoneria*. Доступно на: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_18840420_humanum-genus.html

¹⁷ Palazzini, P. (1952). *Indissolubilità del matrimonio*. Roma: Studium imprim, 14. Цитирано према: Piola, A. (1967). *Fondamento costituzionale dell'indissolubilità del matrimonio*. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA. VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4, 79.

¹⁸ DeQuo (2019). *Divorzio in Italia: Procedura, Tempi e Costi: Guida 2020*. Доступно на: <https://www.dequo.it/articoli/divorzio-guida>

новог брака након једног претходног брачног промашаја (*fallimento matrimoniale*).¹⁹ Интересантно је запажање Андреа Пиоле (Piola) да је идеја о недјељивости брака у италијанској правној литератури посебно брањена из разлога заштите жене [sic!] у економском и моралном смислу, јер би развод ставио у неравноправан положај жену која је економски слабија, а која се излаже трудноћи као опасности и виду жртвовања ради продужења људске врсте.²⁰

питање додјеле старатељства над малољетном дјецом усљед развода усмјерава идеја о бољем одрастању дјетета само уз мајку, умјесто уз оца, а ово усљед јединствености „природне” везе која постоји између мајке и дјетета. Сљедећа карактеристика овог правног система је институт *породичне куће (la casa coniugale)*, а који подразумева додјелу куће посљедњег заједничког становања²¹ родитељу који добије старатељство за потребе становање и на коришћење, и поред евентуалног потпуног власништва другог родитеља над том непокретности (дакле изван брачне тековине). Уколико не посједује другу непокретност, страна која изгуби старатељство бива принуђена на двоструке новонастале трошкове: за алиментацију и за изнајмљивање новог мјеста за становање. Дакле, овакав начин правног регулисања ове области упозорава сваког мушкарца који размишља да заплочи у брачне воде о могућем личном банкроту уколико начелна трајност не доведе до стварне трајности евентуалног брака. И заиста, може се констатовати масовно неодлучивање хетеросексуалних парова за брак, већ за ванбрачну заједницу, при чему ни заједничко добијање потомства не наводи такве парове на закључење брака.²²

Геј парови су у Италији добили признање и нормативно регулисање заједничког живота у виду закона *Legge 20/05/2016 n. 76*, познатији под називом *Legge Cirinnà*, премда није ријеч о признању истополних бракова. Разлике између брака и заједница какве предвиђа *Legge Cirinnà*, се састоје у томе што брак подразумева поменути раздвојеност партнера у периоду од шест мјесеци да би се могло приступити разводу; брак рађа обавезу издржавања бившем брачном партнеру и евентуалну додјелу породичне куће, као и обавезу вјерности, док су ове ствари изостале из

¹⁹ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 14–15.

²⁰ Piola, A. (1967). Fondamento costituzionale dell'indissolubilità del matrimonio. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA.VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4, 79.

²¹ Concas, A. (2019). *Separazione e assegnazione della casa coniugale*. Преузето 21. 9. 2020. ca: <https://www.diritto.it/separazione-e-assegnazione-della-casa-coniugale/>

²² ISTAT Istituto Nazionale di Statistica. (2019). *Report: Matrimoni e Unioni Civili: Anno 2018*. Преузето 21. 9. 2020. ca: https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report_Matrimoni_Unioni_Civili_2018.pdf

поменутог закона *Cirinnà*. Поглед на случај Италије представља тест за традиционално јуснатуралистичко поимање брака гдје оно у пракси има сасвим нежељене ефекте – правни учесници махом заобилазе брачни институт. На тај начин правни учесници и не улазе у „правни посао” и норме о браку губе прилику да буду примиијењене.

КРИТИКА ПОЈМА „ПРАВОГ БРАКА”

Традиционални моногамни брак између мушкарца и жене је најстарији и најраспрострањенији облик брака у свијету, но нипошто није једини. Бројне земље западног свијета су признале и законски регулисале истополне бракове при чему су неке од њих уз то дозволиле и могућност усвојења дјетета²³. Интересантно је примиијетити да се полигамни бракови не доводе у питање из угла италијанске литературе, која их помиње као врсту брака у пуном значењу својствену одређеним културама, док им Џорџ негира својство „правог брака”, истичући моногамију и вјерност као битна својства брака.²⁴ То стога што је свеобухватно јединство могуће само између двоје а не три или више особа, усљед природе сексуалног чина какав је коитус. Овакав став је више него проблематичан стога што првенствено ставља акценат на практиковање сексуалних односа више него на духовну и емотивну везу, приписујући тачно једној врсти сексуалног чина извјесну вриједност, значај и тежину коју овај може да да цијелом једном правном појму и институту. Изузев услова моногамије, полигамни бракови испуњавају важан услов према Џорџовој концепцији – биолошка репродукција и подизање дјете. Штавише, поједина истраживања показују да разлог постојања полигамије или полиандрије у друштвима која их признају, лежи, између осталог, у обезбјеђивању сигурнијег и бољег одрастања потомства како би се избјегле ситуације у којима би дјети могло да понестане родитељске подршке, како у економском тако и у сваком другом смислу.²⁵ Стога, моногамија тешко да улази у појам брака уопште, већ је исправније говорити о врстама брака који постоје у различитим друштвима у данашње вријеме и доћи до

²³ Само у Европи: Белгија, Холандија, Шпанија, Норвешка, Шведска, Португал, Исланд, Данска, Уједињено Краљевство Велике Британије без Сјеверне Ирске, Луксембург, Словенија, Француска и Финска (гдје је још истополним брачним паровима признато и право да усвоје дете).

²⁴ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34 (1), 246.

²⁵ Starkweather, K. E., Hames, R. (2012). A Survey of Non-Classical Polyandry. *Human Nature: An Interdisciplinary Biosocial Perspective* 23 (2), 167.

вредносно неутралне правне дефиниције појма брака који их мање-више све успјешно обухвата као кровни појам.

Када је ријеч о нормативној могућности истополних бракова, чини се да је Џорџово поређење истополних бракова/веза са инцестуозним или везама са животињом још један проблематичан поглед на ствари. Неуспјех Џорџове аналогije произилази из научних увида. Као прво, инцестуозне везе се не привилегују, јер се уз брак везује прокреација, а медицински увиди говоре о потенцијалним поремећајима дјеце рођене у таквој вези.²⁶ Као друго, везе са животињама такође не представљају валидну опцију услед постојања разлика по питању емоција људи и животиња, које онемогућавају такву емотивну везу.²⁷ Стога ставити знак једнакости између ових веза и геј парова представља озбиљну грешку, јер је у медицини одавно напуштено, као погрешно, схватање сексуалне оријентације (читај: хомосексуалности), као болести коју треба лијечити, већ се она смјешта у сферу приватног живота појединца.

Такође је проблематичан Џорџов став, који је раније већ помињан, да брак није само уговор, него да постоји невезано за њега, кроз оно што је назвао истински брачни однос (*truly marital relationship*). Брак је изузетно комплексан и важан правни институт који има правне импликације на различитим пољима живота не само директних учесника (супружника), већ и других чланова нуклеарне породице (дјеца), почев од правила о наслеђивању, о брачној тековини, права на издржавање, уживање плодова пензије и др., што произилази из специфичности брака као уговора *sui generis*. Поставља се питање шта је то *truly marital relationship*?

У овом раду се заступа гледиште да брак јесте уговор те стога не постоји брачни однос изван брака, нити „истински брачни однос” изван уговора о браку, изван права. Штавише, кроз историју су одавно детектовани остали облици интимних веза изван брака, а то су ванбрачна заједница, конкубинат или тзв. *coppia di fatto*. Елемент који Џорџ уводи не би ли подржао идеју о правом браку само уводи додатну збрку у његов већ компликован предлог. Нажалост у овом раду нема простора за проширење расправе на питање доказивања једног „истинског брачног односа” који постоји ионако изван брака и начина на који се овај однос са ванбрачном заједницом. Још боље уколико се питање постави овако: Да ли

²⁶ Lindzey, G. (1967). Some remarks concerning incest, the incest taboo, and psychoanalytic theory. *American psychologist*, 22 (12), 1051–1059. Цитирано према: Fox, R. (1994). *Incesto*. Преузето 21. 9. 2020. са: http://www.treccani.it/enciclopedia/incesto_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

²⁷ Alsayed, A. (2016). *Neurophysiology of Emotions (Human vs. Animals)*. Преузето 21. 9. 2020. са: <https://www.linkedin.com/pulse/neurophysiology-emotions-human-vs-animals-dr-anthony-alsayed>

постоји знак једнакости између истинског брачног односа и било које ванбрачне заједнице? Уколико се узме да правни брак штити „прави брак” (који ионако бивствује) Џорџова концепција може гурати у правцу притиска на ванбрачне парове ка озваничењу своје везе пред магичарем. На срећу, такве идеје су неспојиве са аутономијом личности о којој ће бити више ријечи у наставку.

Не само да се одбацује компонента названа „истински брачни однос” него се закључује да и поред извјесног приближавања брака и ванбрачне заједнице (првенствено изједначење дјеце рођене у браку и ван брака), ипак нема мјеста говору о евентуалном изумирању брака у корист ових других облика заједнице. Ово из разлога што је у институт брака уграђена презумпција емотивног односа, како год да је до њега дошло, док такве презумпције нема у другим односима ван брака. Брак као *привилежовани емотивни однос* постоји и у случају уговорених бракова (*arranged marriages*) какви преовлађују кроз историју, јер поменута претпоставка и даље стоји. То не значи да до љубави увијек долази, премда постоје студије да се и у уговореним браковима љубав скоро једнако добро развија као и у вољним браковима.²⁸ Поменута проблематика постаје јаснија када се узме у обзир супротан примјер уговорених бракова ради стицања држављанства, који се сматрају правно дефектним отуда што недостаје важна компонента – презумпција емотивног односа како би могло бити ријечи о браку.

Други нужни елемент по Џорџу који уз моногамију, која се одбацује, прати прави брак је вјерност.²⁹ Као прво, уколико се пође од претпоставке да „прави брак” постоји и без уговора и ван свијета норми и права, као једна вриједност по себи, онда у тренутку када се прекине она нит коју чини вјерност, па се деси излет у сексуалном смислу једног од супружника и то, ни мање ни више него баш путем коитуса, који знамо и сам има одређену вриједност и тежину, „прави брак” престаје да постоји. Овакав закључак је неминован уколико се узме да вјерност представља конститутивни елемент правога брака. „Прави брак” не може, дакле, да истолерише и пружи објашњење како брак може да опстане, а он то итекако може, и поред ефективно одигране прељубе, само уколико су супружници вољни да ситуацију превазиђу како би уговор о браку између њих опстао. Ово је могуће баш зато што је брак уговор и што је вјерност релативно схваћен саставни дио брака, онолико колико је то и фраза „док нас смрт не растави”, односно дугорочност брачног односа. Ради се

²⁸ V.: Epstein, R., Pandit, M., Thakar, M. (2013). How Love Emerges in Arranged Marriages: Two Cross-cultural Studies. *Journal of Comparative Family Studies*, 44 (3), 341–360.

²⁹ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1), 246.

о пожељним, начелним квалитетима брака, али свакако не о апсолутним категоријама. Брак се разводи и окончава из разних разлога и прије смрти једног од супружника, као што се прељуба сматра само једним од разлога за развод брака уколико друга страна жели да га покрене, а не разлогом за његову ништавост на примјер.

Основни неуспјех Џорџове концепције је што формулише дефиницију брака која је прескриптивна и која уз то претендује да буде универзална. Затим одређује за основну функцију правног брака да овај штити прави брак који је вриједност по себи и који постоји ионако изван тог правног брака као *natural institution*³⁰ и *truly marital relationship*. Радбрух запажа да је обиљежје правне науке повезаност са вриједношћу и да свако ново раздобље одузима суштаственост чињеницама до тада повезаним са вриједношћу и обрнуто – до тада равнодушне чињенице повезује са вриједношћу.³¹ У том смислу смо се већ изјаснили да је за нас исправан онај став који констатује стварни свијет. Брак као *par excellance* правни институт и уговор *sui generis*, дакако је повезан са вриједношћу, само што та вриједност није никакав „прави брак” који постоји ионако изван димензије права, већ је та вриједност породица, и то прецизније – савремена породица. Важно је напоменути да је породица претрпјела низ промјена, губитака функција и нивелацију положаја носећих учесника, проширење учесника и отварање ка једном савременом стилу живота и систему вриједности, на чијем подијуму се налази нова постматеријалистичка вриједност самоостварења.

Џорџова прескриптивна дефиниција брака такође је неспојива са идејом мултикултурализма и вредносног плурализма,³² зато што одриче појединим људским бићима доступност адекватног распона опција,³³ а који представља *conditio sine qua non* личне аутономије.³⁴ Аутономија се схвата, с једне стране као врста остварења аутономног живота, а с друге као способност да се буде творац властитог живота. Појединац је аутономан не само када су му доступне разне опције, већ када су у питању разне *прихваћљиве* опције међу којима заиста може изабрати. У том смислу,

³⁰ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34 (1), 247.

³¹ Радбрух, Г. (1998). *Филозофија права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 125–126.

³² Становиште да постоји мноштво различитих и међусобно неспојивих а вриједних начина живота.

³³ Раз, Џ. (2007). *Моралношћ слободе*. Загреб: Крузак, 338.

³⁴ Не мијешати личну аутономију, која је посебан идеал индивидуалне добробити и која се односи на слободу људи да бирају свој живот, са моралном аутономијом, која је у ствари кантовска идеја да се моралност састоји из самопроглашених начела. V.: Раз Џ. (2007). *Op. cit.*, 306.

из угла Џорџове концепције брака, цијелој једној категорији људских бића хомосексуалног опредјељења је негирано основно перфекционистичко начело – начело аутономије, које гласи да је аутономан живот вриједан само када је проведен у слијеђењу прихватљивих и вриједних пројеката и односа. Није нужно аргументовати зашто је заснивање породице један од основних вриједних пројеката и односа, али и предуслов за једну од суштинских обухватних активности³⁵ каква је родитељство. Раз истиче да је важно обиљежје обухватних циљева да они зависе од доступности друштвених облика.³⁶ Двије основне димензије путем којих људи разумеју и просуђују себе и друге јесу добробит и личност односно карактер. Раз даље објашњава да се добробит појединца састоји у томе да свесрдно и успјешно слиједи вриједне активности.³⁷ Добробити доприносе само вриједне активности, а вриједна активност није садржана само у њеној моралној вриједности већ се вриједност активности који један живот обухвата открива кроз разумијевање тога шта сачињава добар живот.³⁸ Укратко, добробит људи је ствар напредовања њиховог живота као цјелине.³⁹

За добробит људи је кључно поменуто начело аутономије. Оно допушта државним властима, и чак од њих захтева да створе окружење које пружа појединцима адекватан распон опција и могућности да између њих заиста и бирају⁴⁰ и подупрто је другим начелом, које Раз назива начело штете као начело слободе, а чија је суштина у искључењу приватне моралности из политике. У духу перфекционистичког либерализма који Раз заступа, улога власти (читај: права) је да у границама својих компетенција штити и унапређује добробит људи, док с друге стране, људи напредују кроз живот у ком се самоодређују, тј. водећи живот који се састоји од слободног избора у мноштву инкомпатибилних и вриједних стилова живота.⁴¹ Власт и уопште сви људи могу другима помоћи да напредују само стварањем услова за аутономан живот, а то значи обезбеђивањем да довољан низ различитих и вриједних опција буде доступан свим људима. Све мимо тога спада у одговорност слободног појединца да прави од свог живота шта жели.

Не мање важну улогу за добробит људи има самопоштовање, а нарочито свијест да су бројне оне наше радње које утичу на способност

³⁵ Раз, Ц. (2005). *Етика у јавном домену: Огледи из моралности права и политике*. Подгорица: ЦИД, 12.

³⁶ Раз, Ц. (2007). *Моралност слободе*. Загреб: Крузак, 251.

³⁷ Раз, Ц. (2005). *Op. cit.*, 11.

³⁸ *Ibid.*, 13.

³⁹ *Ibid.*, 16.

⁴⁰ Раз, Ц. (2007). *Op. cit.*, 345.

⁴¹ Раз, Ц. (2005). *Op. cit.*, 135.

других људи да стекну самопоштовање и оне се крећу од услова неопходних за ментално здравље свих до „искорјењивања расизма и других облика затуцаности”⁴². Раз наглашава да је значај самопоштовања за добробит људи трајан и фундаменталан и сугерише на „суштински значај борбе против расизма, хомофобије, сексизма, шовинизма и сличног”⁴³. На овом мјесту је врло корисно упутити на запажања Ејпије (Аррија) у вези са питањем шта сматрати параметрима, а шта ограничењима илити хендикепима у животу, како са становишта вредновања одлука појединца, тако и из гледишта система вриједности заједнице. Он сматра да разлике у параметрима или у ограничењима дефинишу особу па, узимајући за примјер баш хомосексуалност (а то може бити и нешто друго нпр. глувоћа, слепило итд.), Ејпија сугерише да један појединац може да је сматра за параметар свог живота, а други за ограничење. Тако и став заједнице може да се креће од прихватања хомосексуалности и других појава до сматрања истих хендикепом или неприхватљивим својством. У сваком случају управо од става заједнице према том својству зависи и то да ли ћемо и ми сами третирати неко своје својство као параметар или хендикеп.⁴⁴ Управо због тога услови аутономије захтијевају јавну културу, а одговарајућа општа култура има кључну улогу да подупиरे и дефинише опције које су доступне у друштву, а која је исто тако претпоставка слободе једног човјека и свих људи.⁴⁵ Цорцова концепција је дескриминаторска, подупире општу културу мржње спрам различитости, антимултикултурална је и нефункционална у савременом друштву које, признали то или не, јесте одвећ увелико мултикултурално у ком је једини кључ за његов опстанак вредносни плурализам.

Прокреација као сврха брака?

Модерно доба доноси нове изазове за право, да нормативно регулише сада већ свакодневне догађаје правне стварности, а који би раније били сврставани у ријетке и граничне случајеве. Болести модерног времена, висока стопа проблема репродуктивног карактера са којима се суочава велики број хетеросексуалних парова, као и релативно касна доб за заснивање породице, отворила су сасвим нова поглавља за право. Ту су нове опције попут вјештачке оплодње, сурогат материнства, крио кон-

⁴² Раз, Ц. (2005). *Етика у јавном домену: Огледи из моралности права и политиике*. Подгорица: ЦИД, 36.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Вујадиновић, Д. (2006). *Политичка филозофија Роналда Дворкина*. Београд: Службени гласник, 86.

⁴⁵ Раз, Ц. (2005). *Op. cit.*, 138.

зERVације ембриона, права геј парова на усвојење дјетета или, на примјер, права жене у појединим земљама, уз дозволу релевантне институције попут Министарства здравља, на оплодњу уз помоћ материјала из банке сперме, како би се самостално остварила као мајка док јој то још увијек дозвољава биолошки сат, а с обзиром на то да нема сталног партнера. Може бити ријечи о новим облицима породице који исто тако испуњавају одређену функцију у друштву, за коју можемо рећи да је то корективна функција у односу на најзаступљенију функцију биолошке репродукције, а коју Џорџ има у виду.

Репродукција путем сексуалног чина коитуса између хетеросексуалног брачног пара свакако да представља нормалан и најраспрострањенији начин одржања људске врсте. Међутим, релативно скорашње правно изједначавање дјеце рођене у браку и ван брака, као и висок проценат невјенчаних парова са дјецом, унеколико измјешта проблем репродукције из контекста брака.⁴⁶ Стога све мање упоришта има Џорџов став да брак своју карактеристичну структуру дугује оријентацији ка прокреацији,⁴⁷ која се, како видимо, у данашње вријеме често остварује и без брака или на, за Џорџа, „неприродне” начине, који представљају сасвим нову димензију за сагледавање питања репродукције у оквиру модерне породице.

Све ове специфичности репродукције у контексту данашњице су настале захваљујући развоју медицине, која је понудила превазилажење одређених тешкоћа, као и процесу еволуције брака, појединца и породице. Међутим, преображај савремене породице и нови начини репродукције немају за посљедицу потпуно искључење репродуктивне функције из концепта брака. Ради се о премјештању акцента који се до сада налазио на тој функцији. Дакле, било би погрешно избацити репродуктивну функцију из брака и тврдити да брак уопште не служи прокреацији и одгајању потомства. Ријеч је о утицају еволуције појединца (како жене и њене континуиране еманципације и ослобођења од патријархалних стега, тако и мушкарца у свом прихватању и прилагођавању новом друштвеном обрасцу) и породице на преобликовање брачног института и његово приближавање потребама еманципованог савременог човјека. Поимање брака као превасходно проблем поимања породице се јавља као резултат еволуције породице од патријархалне ка нуклеарној породици, која није ништа друго до један ментални процес.⁴⁸

⁴⁶ Милић, А. (2007). *Социологија породице: Критика и изазови*. Београд: Чигоја штампа, 127.

⁴⁷ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34 (1), 256.

⁴⁸ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 13.

„Брак је основа породице”⁴⁹ каже Кампанини, напомињући да претходно треба схватити шта је то породица. Први елемент породице, концепт трајности, постоји и код брака који управо настаје кроз заједницу живота, која заснива породицу и превазилази сексуални чин, као нестабилан и провизоран. Концепт трајности није никада био апсолутно спроведен, већ се ради о релативној и провизорној трајности која се увијек подразумејавала као неопходна, у свакој култури, да би се могло говорити о заснивању брака. Други елемент породице се односи на друштвено одобрење заједнице које даје одговор на питање зашто је ријеч о браку, а не ванбрачној заједници, односно зашто је ријеч о породици а не о агрегату особа. Ради се о универзалној потреби да друштво препозна шта је морално прихватљиво и добродошло у конкретnoj средини. Трећи елемент, прокреација и васпитање потомства, односно социјализација нових генерација, представља изузетно важне задатке породице и брака па јединство и ексклузивност везе бивају маргинализовани управо из разлога што овако схваћена породица (и брак) поред моногамне породице, обухвата и друге облике породице као подврсте. Усмјеравајући анализу породице у смјеру проблема „западњачке породице” или савремене породице, Кампанини сугерише да је ствар избора и вредновања да ли ће једно друштво и полигамну заједницу сматрати корисном за преживљавање и правим одговором на стварне потребе мушкарца и жене.⁵⁰

Проблем савременог брака је проблем савремене породице, за коју се везује отворено питање да ли породицу у савременом свијету представљају један хомосексуални пар и један ванбрачни хетеросексуални пар са дјецом? Изједначавањем правног положаја дјете рођене унутар и ван брака чини се да је постала изузетно танка граница која је брак раније одвајала као једини друштвено одобрени начин заједничког живота окренут ка прокреацији. Стога, закључује се, прокреација, као битни конститутивни елемент појма брака, је доведена у питање већ тим чином и прије постављања питања о томе ко су нужно учесници брачног односа, да ли су то мушкарац и жена или два људска бића.

⁴⁹ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 7.

⁵⁰ *Ibid.*, 10.

КА НОВОЈ ФУНКЦИЈИ БРАКА

Серђо Кота (Sergio Cotta) примјећује да се у модерној филозофији природи (*alla natura*) супротставља култура (*cultura*), што се директно одражава на разумијевање личности, међуљудских односа и институција, које више није у тражењу суштине (*essenza*) већ разумијевању функције (*funzione*) као кључне.⁵¹ Од много веће користи за циљ овог рада је оријентисати анализу брачног института у правцу истраживања функције коју овај испуњава у савременом друштву, јер се природа било које људске ствари открива тек кроз спознавање њене суштинске функције, односно, онога због чега је осмишљена, намјене за коју је произведена.⁵²

Процес редефинисања брака је изњедрио једну другу кључну функцију. Сада је акценат на тој новој функцији, док је репродуктивна функција, о којој је до сада било ријечи, остала унутар појма брака, али бива схваћена на релативан начин, у начелном смислу, како су схваћени још и трајност и ексклузивност брачног односа. Ово тим прије што и брак без дјете једнако представља брак у пуном смислу значења, но ова тврдња се не ослања на практиковање одређеног сексуалног чина.

Полази се од става да постоји простор у методолошком смислу за једно функционално објашњење природе права, а у овом случају правног института брака, које не обавезује теоретичара на доношење вредносних ставова у вези са одређеном функцијом за друштво.⁵³ Еренберг управо тврди да разумијевање функције права може да допринесе расветљавању природе права уопште и да теоретичари могу расправљати о тим функцијама на неутралан начин,⁵⁴ осим уколико сами пожелеле да заузму становиште и на тај начин узму учешће у широј политичкој и моралној дебати.⁵⁵ Премда право не спада у функционалну врсту, то не значи да функционална методологија не може бити од користи за његово објашњење. У том смислу, он признаје значај јединствених карактеристика права које праве разлику у односу на друге појмове и спадају у критеријуме чланства за теорију као цјелину, али не и за сваки њени дио. Штавише, управо оне нејединствене функције права су од изузетне важности, што постаје јасно на примјеру развијања имагинарне теорије

⁵¹ Cotta, S. (1985). *Sacramentalità e realtà esistenziale del matrimonio. Famiglia, diritto e diritto di famiglia: Studi raccolti* (ed. Francesco d'Agostino). Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriali Jaca Book, 16.

⁵² Jovanović, M. A. (2019). *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 58.

⁵³ Ehrenberg, K. M. (2009). Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (1), 91.

⁵⁴ *Ibid.*, 105.

⁵⁵ *Ibid.*, 95–96.

универзитета, која би била јако слаба ако не би успјела да објасни да је то институција која врши функцију вишег образовања и истраживања. Чињеница да постоје и друге институције унутар друштва, попут аналитичких центара, болница и сл., које испуњавају исте те функције, не значи да оне немају значаја за теорију универзитета.⁵⁶ Конкретно су баш друштвене функције права оне које су нарочито корисне за пружање функционалних објашњења појмова, при чему сметњу не представља то што се оне разликују од друштва до друштва, баш због тога што увијек постоје бројне заједничке карактеристике⁵⁷ и оне су управо оно за чим се трага.

Изрека у свијету архитектуре да форма прати функцију⁵⁸ није бесмислена, још ако узмемо у обзир замишљеног антрополога са Марса који по први пут угледа столицу и покуша да закључи о чему је ријеч. Опис форме би био недовољан и морао би да се окрене закључивању које се базира на разумијевању функције интригантног предмета.⁵⁹ Теоретичар мора доносити сопствене ставове једино у вези са оним што је важно у вези са правом да га објасни, што не води закључку да то укључује личне моралне и друге вредносне ставове теоретичара у изградњу његове концепције.⁶⁰

Овдје је ријеч о новој функцији брака која је резултат трансформације породице и брака, на коју је утицало низ фактора, о којима нам најуспјешније говори Кампанини у већ цитираној књизи „Брак и породица у савременом разматрању”. Он разликује четири функције које је имала породица у прединдустријском друштву: репродуктивна, социјализујућа, економска и политичка.⁶¹ Од ових четири је остала само једна као таква – репродуктивна и појавила се једна нова димензија брака и породице коју он назива *integrazione affettiva fra i coniugi*, односно емотивна блискост супружника заснована првенствено на међусобном разумијевању и подршци у односу на различите сегменте живота. Остале три функције су се изгубиле на сљедећи начин:

– функцију социјализације потомства, која се састоји у образовању дјете и преношењу културе на њих су преузеле школа и друге сродне институције;

⁵⁶ Ehrenberg, K. M. (2009). Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (1), 98.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Sullivan, L. H. (1896). The Tall Office Building Artistically Considered. *The Public Papers* (ed. Twombly, R.). Chicago–London: University of Chicago Press (1988), 103–13, 111. Цитирано према: Ehrenberg, K. M. (2009). *Op. cit.*, 101.

⁵⁹ Ehrenberg, K. M. (2009). *Op. cit.*, 101–102.

⁶⁰ *Ibid.*, 110.

⁶¹ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 16.

– економска функција нестаје услед процеса индустријализације који је довео до премјештања радног мјеста изван породице. Сада је то фабрика или канцеларија умјесто саме куће и њене околине, ако се узме у обзир некадашње примарно занимање кроз земљорадњу као доминантан начин прехрањивања породице;

– политичка функција је нестала у потпуности растакањем патријархалне улоге главе породице. Са појавом демократије, држава је ставила у центар збивања индивидуу, а не више породицу као такву.⁶²

Породици осим репродуктивне функције остаје у потпуности измијењена социјализујућа функција, у улози оне нове функције коју тражимо, и усмјерена на стварање основе личности и осигурање психолошке и емотивне сигурности одраслих, коју Кампанини назива још и *la gratificazione interpersonale dei coniugi*. Треба обратити пажњу на сложеност овог термина на италијанском језику који у себе укључује више ствари: међусобну срећу, задовољство супружника гдје се полази од засебне реализованости као личности сваког партнера понаособ, која омогућава затим да се они у емотивном односу са другом индивидуом осјете додатно испуњени и срећни, те оплемењени у међусобном признавању, уздизању и поштовању личних потреба за самоостварењем. „Gratificazione”, дакле, умјесто хијерархијске надређености и подређености из некадашње патријархалне схеме односа, подразумејева једнакост емотивних партнера као базу на којој љубав и међусобно поштовање стварају надградњу. У томе се одражава суштина те нове функције брака и породице која се повезује са појавом димензије љубави⁶³ у савременој култури запада.⁶⁴

Он износи интересантну тврдњу о породици:

„Породица [...] се заснива, или би требало да се заснива на трајном сусрету између двије особе које се међусобно признају у њиховој вриједности и достојанству, независно од њихове корисности... У овом смислу, љубав брачних партнера се радикално разликује од чистог еротизма...”⁶⁵

Како видимо, код поимања савремене породице акценат се не налази на репродукцији и одгајању потомства, већ на овој новој функцији која такође маргинализује питање полова и зауставља се на „трајном сусрету између двије особе”. Но, с обзиром да се у овом раду не пориче брачни статус полигамним браковима, полазећи од интуиције да је полигамност најчешћа у муслиманском свијету, корисно је упутити на тумачење

⁶² Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 17.

⁶³ Вид. Милић, А. (2007). *Социологија породице: Критика и изазови*. Београд: Чигоја штампа, 128.

⁶⁴ Campanini, G. (1977). *Op. cit.*, 17.

⁶⁵ *Ibid.*, 20 и даље.

Курана, које, премда се директно обраћа мушкарцу, показује да је начелно спојиво са овом новом функцијом.

У једном дијелу Курана се износи:

„Жените се оним женама које су вам допуштене, са по двије, са по три и са по четири! А ако страхујете да нећете праведни бити, онда само једном.”⁶⁶

А затим:

„Ви нећете моћи потпуно једнако поступати према женама својим ма колико то жељели.”⁶⁷

Због тога се, најприје, може тврдити да вишеженство у исламу није правило већ изузетак, а затим и да идеја „праведног поступања” фаворизује модел уклопив са новом функцијом.

Оно што је за савремену породицу важно јесте да се заснива на браку који настаје слободним избором, у чијој основи лежи љубав⁶⁸ у којој реципрочна еротска привлачност има кључну улогу, јер у највећој мјери од ње зависи успјех једног брака и његов опстанак (*la riuscita del matrimonio*).⁶⁹ За боље разумијевање савременог брака чини се врло значајним смјештање сексуалности у сферу приватног живота, што по ријечима Кампанинија, уводи категорију трајања (*durata*) у међусобни однос емотивних партнера. Сексуалност која се исцрпи у садашњости је самим тим ван приватног живота, јер се не пројектује у будућности, не посматра љубав као трајање, као емоцију која има способност да особу ангажује на много даљем хоризонту него што је то садашњост. Он закључује да баш у форми брака лежи једна дубока суштина која се манифестује управо у вољи саме љубави да траје у времену. И овдје је ријеч о трајности у начелном смислу, водећој идеји као покретачком мотиву зашто се улази у брачне воде, јер је мјера аутентичности саме љубави у том проблематичном суочавању са трајношћу, кроз способност да опстане упркос искушењу времена остајући вјерни сопственим изборима.⁷⁰ Дакле, сексу-

⁶⁶ Кур’ан, сура: Ен-Ниса’, ајет 3.

⁶⁷ *Ibid.*, ајет 129.

⁶⁸ И Франческо Д’Агостино (Francesco D’Agostino) пише о *l’amore coniugale come fondante*, односно, љубави као оном нечему што твори или ти заснива брак. И он увиђа процес транзиције породице и истиче важност брачног института чију вриједност треба поштовати, зато што даје гаранције ангажовању појединаца у сврху заснивања породице и трајању, као што је несумњиво да се појединац може легитимно окренути породици и загражити од ње заштити и ослонац како би напредовао у животу. V.: D’Agostino, F. (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia (Studi raccolti)*. Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book, 10.

⁶⁹ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 19.

⁷⁰ *Ibid.*, 27.

алност која је сама себи циљ се ослања на садашњост, док сексуалност која тежи ка будућности⁷¹ се пројектује на хоризонту трајности и у институцији брака, која јој то обезбјеђује.

Дакле доћи до кључне функције брака у савременом друштву значи увидјети претходно шта су споредни, могући али не и нужни задаци који се постављају пред савременим брачним партнерима.

Пречишћени појам брака

Полазећи од утврђених битних карактеристика брака, могли бисмо рећи да:

Брак представља привилеговани емотивни однос између брачних партнера оријентисан ка свом трајању у времену, којим се заснива породица, у оквиру које се првенствено гарантује међусобни емотивни и сваки други вид подршке ка личном остварењу сваког партнера понаособ, при чему лична реализација партнера подразумијева и самоостварење на плану родитељства и одгајања потомства.

Оваква дефиниција има сљедеће карактеристике:

– брак је привилеговани емотивни однос – дакле, акценат је на љубави и емоцији као једној презумпцији која функционира као основа савременог брака, а однос је привилегован, јер је правно признат и регулисан у виду брачног института;

– укључује елемент трајности у начелном смислу;

– укључује нову функцију брака;

– типично укључује прокреацију и одгајање потомства као опцију и лични избор који праве партнери, остављајући пуну слободу и на неодлучивање за то као и за све специфичне облике прокреације из напред изнесене анализе;

– односи се на особе којима се може признати статус брачног партнера (неки су искључени, животиње, чланови породице до одређеног степена сродства), те укључује у себе како истополне тако и класичне бракове као врсте брака, као и полигамне бракове;

⁷¹ Кампананијеве ријечи у нашем преводу: „Из сексуалности која прераста у међусобну емотивну блискост, жеље за трајањем таквог односа и, стога, брака, рађа се породица: она није ништа друго до љубав која траје јер хоће да траје, правећи дакле избор у корист трајности и против једне апсолутне спонтаности лишене било каквог ограничења и сваке интимне окренутости ка будућности. Институција породице не представља ништа друго до освешћивање, јавно и исто тако приватно, ове воље за трајањем у времену... Трајање, треба подвући, не представља никакву вриједност по себи, већ само један услов и у извјесном смислу, једно обећање вриједности.” V.: Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 28 и даље.

- брак је заснивање породице, што је у складу са гледиштем да брак представља својеврсну заштиту друштвено прихваћене идеје о породици;
- укључује нову вриједност постматеријалистичког друштва – вриједност самоостварења, која омогућава оправдану претензију на подршку, емотивну и сваку другу, брачног партнера, као што и укључује у себе самоостварење на плану родитељства.
- вредносно је неутрална, јер не врши одабир и не привилегује једну врсту брака у односу на неку другу.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Тему овог рада карактерише изузетна сложеност због неухватљивости и универзалности које карактеришу породицу и брак. Мало која институција је толико подложна промјенама и тако радикално чини саставни дио друштва чијом је динамиком условљена.⁷²

Из аспекта садржине, циљ овог рада је критика јуснатуралистичког поимања брака које не прихвата да се појам брака схвати као један *класични њравни појам у њроцесу редефинисања*. Дакле, анализа полази од процеса преображаја брака у савременим културама запада, који или прати или иде у стопу уз процес мутације савремене породице. Када је ријеч о заузимању позиције, свакако да је ова критика јуснатуралистичког приступа заснована на аналитичком приступу и ослања се на функционалну методологију, али се одбацује нуђење алтернативног нормативно-вредносног става као другачијег моралног становишта које пружа оправдање одређеном тумачењу појма брака и његове природе. Вредносно-неутралан приступ је задржан током цјелокупне анализе усмјеравањем пажње ка функцији брачног института као елемента који има кључну улогу у разумијевању проблематике у контексту данашњице. Долазак до нове функције савременог брака подразумијева преиспитивање и поновно одређивање мјеста, према значају и улози, до сада познатим осталим функцијама брака. Вредносно-неутрална позиција нове дефиниције брака се јасно уочава кроз њену способност да обухвати различите врсте брака као један кровни појам који достиже извјесни ниво апстракције и дистанце у односу на сваку претензију ка вредносној квалификацији иједне од постојећих врста брака. Питање претензије на универзалност или ипак парохијалност новог појма брака превазилази обим овог рада, но свакако јесте правац у ком се аутор овог текста може даље ангажовати. Сигурно је да се односи

⁷² Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 7.

на бројне културе запада и на све друге неугњетачке⁷³ културе. Брак је уговор, уговорни однос подразумева једнакост и слободну вољу уговорних страна, начелно у цјелини односа, па су све такве праксе концептуално неспојиве са уговорним карактером правног института.⁷⁴

Нова дефиниција или, прецизније, нова дескрипција савременог брака, оставља простор појединачним културама да садржински и вредносно допуне и конкретизују овај појам брака како би што вјерније осликавао оно што идеја брака представља грађанима одређене појединачне културе и средине. Премда је култура једна од оних ријечи које је посебно тешко одредити и нарочито лако злоупотребити,⁷⁵ јасно је да је она та која некада обдарује право потребном легитимношћу.⁷⁶ Породично и брачно право се односе на готово најважније области живота, те су итекако склони еволуцији и промјенама које диктира сама животна стварност. Нове норме, како примјећује Фридмен (Friedman), шире се мистериозно попут вируса, као што је '70-их и '80-их година XX века многобројне правне системе, попут незауостављиве заразе, преплавиле идеја о разводу без кривице. Како он истиче, култура, а не правни систем, јесте преносилац ових норми.⁷⁷ Култура која се вјечито преобликује, гради и надограђује, трпећи разноврне утицаје са стране, мијешањем са другим културама и вођена вјетровима друштвених промјена, даје коначни разлог постојању правних норми онаквих какве јесу у једном друштву, у датом времену и на одређеном ступњу развоја. У том смислу, јасно је да правно регулисање било које области, а поготово тако осјетљиве као што је брак, уколико не би кроз културу

⁷³ У том смислу сам сагласна са Разом да не треба штитити угњетачке културе (примјер који Раз наводи су културе робовласништва, расне дискриминације или хомофобије, али и многе праксе којима се жени додјељује инфериоран статус постојећих култура које тек у мултикултурној средини откривају своје право значење – угњетачко спрема жене). Тешко да такве културе уопште могу испунити вредносном компонентом нови појам брака и имати од њега користи за своју праксу. Напротив, слажем се још једном са Разом да би требало подстицати могућност за напуштање култура, као дјелимично осигурање за оне чланове који не могу да се развију и нађу адекватан пут за самоостварење унутар одређене припадајуће културе. В.: Раз, Ц. (2005). *Етика у јавном домену: Огледи из моралности права и политике*. Подгорица: ЦИД, 203 и даље.

⁷⁴ Мултикултурализам подразумева успјешно истрајавање различитих па и инкомпатибилних, а вриједних културних група у једном политичком друштву, што себи претоставља постојање једне заједничке културе толеранције у којој вредносни плурализам омогућава коегзистирање појединих култура, чији припадници неминовно сарађују у истом економском и политичком окружењу. Раз, Ц. (2005), *Op. cit.*, 207.

⁷⁵ Cuper, A. (1991). *Culture: The Anthropologists Account*. Citirano prema: Nelken, D. (2004). Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 29, 8.

⁷⁶ Nelken, D., Feest, J. (2001). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 26.

⁷⁷ Friedman, L. (2001). Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants. *Adapting Legal Cultures*. Eds. Nelken, D., Feest, J. Oxford: Hart Publishing, 97.

нашло везу са другим вриједностима, било би изложено озбиљном ризику да буде растворено на празни формализам.⁷⁸

Управо зато што се не улази у вредновање појединих врста брака осуђује се Џорџов хомофобни приступ, не да би се стало у одбрану хомосексуалних друштвених група, већ зато што он представља употребу дискриминације као средство аргументације у корист једне врсте брака као једине исправне могућности. Уосталом довољно је осврнути се на актуелни примјер петиције студената на Оксфорду да се Џон Финис (John Finnis), као универзитетски професор и аутор, сасвим уклони из наставе због својих хомофобних и дискриминаторских ставова,⁷⁹ заснованих на истим аргументима о природи хомосексуалних веза, какве користи и Џорџ, који промовишу мржњу и нетолеранцију.⁸⁰

Допринос који за ову тему има осврт на случај Италије је у парадоксалном закључку да до угрожености брачног института у тој средини долази из сасвим других разлога у односу на оне којима се бави Џорџ нападајући ревизионисте и бранећи своју идеју о „правом браку”. Највећи дио Џорџове теорије о правом браку, гдје мислимо на елемент конзумирања брака кроз сексуални однос путем коитуса, као и на значајан дио његовог чланка посвећен аргументацији против истополних бракова, показује се као ирелевантан за анализу кризе у коју је запао брачни институт у Италији. Штавише, долази се до закључка да је кризна ситуација у којој се брак налази резултат неподударања нормативних рјешења у духу јуснатуралистичке идеје о браку са потребама хетеросексуалаца у италијанској средини, а не последица претензија геј лобија и сличних утицаја на традиционално схваћен брак.

Еманципација појединца подразумева еманципацију породице, јер појединац настаје, одраста и формира се у породици. Еманципација појединца значи и еманципацију друштва и заједнице како би појединац био у стању да себе прихвати и одреди параметре свог живота не би ли стремио ка самоостварењу и својој добробити. Брак је правни институт којим се заснива породица, а како је право живо и динамично, савремени брак хвата нијансе које карактеришу правни институт којим се заснива савремена породица, заснована на домашајима развитка људских права, једнакости полова и индивидуалне слободе у духу данашњег времена.

⁷⁸ D'Agostino, F. (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia (Studi raccolti)*. Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book, 9.

⁷⁹ *Remove John Finnis from Oxford: Clarify University Policy on Discriminatory Professors*. Доступно на: <https://www.change.org/p/oxford-university-remove-john-finnis-from-oxford-clarify-university-policy-on-discriminatory-professors>

⁸⁰ V.: Хасанбеговић, Ј. (2019). *Академске слободе и људско достојанство: Необичан случај хомофобичности Џона Финниса*. Доступно на: https://anali.rs/xml/201-/2019c/2019-3c/Anali_2019-3c-417-1546-1-pb.pdf

ЛИТЕРАТУРА

- Alsayed, A. (2016). *Neurophysiology of Emotions (Human vs. Animals)*. Преузето 21. 9. 2020. са: <https://www.linkedin.com/pulse/neurophysiology-emotions-human-vs-animals-dr-anthony-alsayed>
- Brake, E. (2010). Minimal Marriage. What Political Liberalism Implies for Marriage Law. *Ethics* 120 (2), 332–337.
- Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice.
- Concas, A. (2019). *Separazione e assegnazione della casa coniugale*. Преузето 21. 9. 2020. са: <https://www.diritto.it/separazione-e-assegnazione-della-casa-coniugale/>
- Cotta, S. (1985). Sacramentalità e realtà esistenza del matrimonio. *Famiglia, diritto e diritto di famiglia: Studi raccolti* (ed. Francesco d'Agostino). Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book.
- Cuper, A. (1991). *Culture: The Anthropologists Account*. Цитирано према: Nelken, D. (2004). Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 29, 1–28.
- D'Agostino, F. (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia (Studi raccolti)*. Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book, 10.
- Дајовић, Г. (2015). *Оглед о мейџуристичкој јуриспруденцији*. Београд: Издавачки центар Правног факултета.
- DeQuo (2019). *Divorzio in Italia: Procedura, Tempi e Costi: Guida 2020*. Доступно на: <https://www.dequo.it/articoli/divorzio-guida>
- Diamond, S. (1971). The Rule of Law versus the Order of Custom. *Social Research* 38 (1), 42–72. Citirano према: Galligan, D., Kurkchian, M. (2003). *Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience*. Oxford: Oxford University Press.
- Ehrenberg, K. M. (2009). Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (1), 91–113.
- Epstein, R., Pandit, M., Thakar, M. (2013). How Love Emerges in Arranged Marriages: Two Cross-cultural Studies. *Journal of Comparative Family Studies*, 44 (3), 341–360.
- Fassò, G. (2018). *Storia della filosofia del diritto: Ottocento e Novecento*. Bari: Editori Laterza.
- Friedman, L. (2001). Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants. *Adapting Legal Cultures*, (Eds. Nelken, D., Feest, J.). Oxford: Hart Publishing.
- Girgis, S., George, R., Anderson, R. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34 (1), 245–287.
- Хасанбеговић, Ј. (2019). *Академске слободe и људско достојанство: Необичан случај хомофобичности Цона Финиса*. Доступно на: https://anali.rs/xml/201-2019c/2019-3c/Anali_2019-3c-417-1546-1-pb.pdf

- ISTAT Istituto Nazionale di Statistica. (2019). *Report: Matrimoni e Unioni Civili: Anno 2018*. Преузето 21. 9. 2020. са: https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report_Matrimoni_Unioni_Civili_2018.pdf
- Jovanović, M. A. (2019). *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kaufmann, A. (1957). *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Tübingen. Цитирано према: Fassò, G. (2018). *Storia della filosofia del diritto: Ottocento e Novecento*. Bari: Editori Laterza.
- Кур'ан, сура: Ен-Ниса'.
- Lindzey, G., (1967). Some remarks concerning incest, the incest taboo, and psychoanalytic theory. *American psychologist* 22 (12), 1051–1059. Цитирано према: Fox, R. (1994). *Incesto*. Преузето 21. 9. 2020. са: http://www.treccani.it/enciclopedia/incesto_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/
- Милић, А. (2007). *Социологија породице: Кријтика и изазови*. Београд: Чигоја штампа.
- Nelken, D., Feest, J. (2001). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing.
- Радбрух, Г. (1998). *Филозофија права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Папа Leone XIII (1884). *Lettera Enciclica Humanum Genus: Condanna del relativismo filosofico e morale della massoneria*. Доступно на: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_18840420_humanum-genus.html
- Palazzini, P. (1952). *Indissolubilità del matrimonio*. Roma: Studium imprim. Цитирано према: Piola, A. (1967). Fondamento costituzionale dell'indissolubilità del matrimonio. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA. VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4, 75–90.
- Piola, A. (1967). Fondamento costituzionale dell'indissolubilità del matrimonio. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA. VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4.
- Раз, Џ. (2007). *Моралносћ слободе*. Загреб: Крузак.
- Раз, Џ. (2005). *Етика у јавном домену: Огледи из моралносћи права и полијтике*. Подгорица: ЦИД.
- Remove John Finnis from Oxford: Clarify University Policy on Discriminatory Professors*. Доступно на: <https://www.change.org/p/oxford-university-remove-john-finnis-from-oxford-clarify-university-policy-on-discriminatory-professors>
- Starkweather, K. E., Hames, R. (2012). A Survey of Non-Classical Polyandry. *Human Nature: An Interdisciplinary Biosocial Perspective* 23 (2), 149–172.
- Sullivan, L. H. (1896). The Tall Office Building Artistically Considered. *The Public Papers* (ed. Twombly, R.). Chicago–London: University of Chicago Press (1988) 103–13, 111. Цитирано према: Ehrenberg, 101.
- Вујадиновић, Д. (2006). *Политичка филозофија Роналда Дворкина*. Београд: Службени гласник.

*Aleksandra Prelević Palladino**

Ph.D. student at the Faculty of Law

University of Belgrade

ORCID: 0000-0002-5426-7531

A CRITIQUE OF THE JUSNATURALIST NOTION OF MARRIAGE A View from Italian Legal Practice**

ABSTRACT: This paper attempts to answer the following research question: What is modern marriage? The author combines the critical analysis of the jusnaturalist view, more precisely the notion of marriage in the work of Robert George, with a conceptual analysis of marriage in the process of its transformation. In order to do this, the author examines the case of Italy, a society with a traditional, Catholic jusnaturalist conception of marriage, which enables testing the jusnaturalist view of marriage and pointing out what makes it dysfunctional in practice. Then, I examine how well-founded the constituent components of the notion of “real marriage” are, both in the context of modern marriage and within George’s conception of marriage itself. The paper’s central argument is that marriage is a legal institution undergoing the process of redefining that involves an expansion of participants and a redistribution of the hitherto known functions of marriage. It is the author’s standpoint that there is a methodological possibility to functionally yet neutrally explain the nature of law, and so the institution of marriage. Thus the author arrives at the new function of modern marriage and

* herad.yermaker@hotmail.com

** The paper was received on October 28, 2020, and it was accepted for publication on November 9, 2020.

brings a value-neutral definition of modern marriage based on the idea of a privileged emotional relationship.

Keywords: modern marriage, new function of marriage, privileged emotional relationship, jusnaturalism, the concept of marriage, the concept of marriage in Italy, real marriage, family and marriage, marriage as a value in itself, functional methodology, value neutrality

INTRODUCTION

The subject of this paper is a critical analysis of the jusnaturalist notion of marriage. More precisely, a critical analysis of the concept of marriage in the work of Robert George, one of the current representatives of the typically jusnaturalist view. The transformation of marriage as a social institution is a real process that is occurring globally, regardless of whether individuals perceive it as a positive feature of the present or a negative consequence of modernization, and this process is not possible without the coinciding transformation of the legal institution of marriage. Hence, the initial guiding idea of this paper is that the most adequate is the theoretical understanding that constates real life.

The paper develops into three larger units that include and separate the presentation of the subject of critical analysis, from the procedure of argumentative refutation of the jusnaturalist conception of marriage and to the arrival of what is presented in the third part as a potentially different view of things. In that sense, I start from the presentation of the jusnaturalist view and George's idea of "real marriage" and give a review of the case of Italy, a society with a traditional, Catholic jusnaturalist conception of marriage, as ideal test conditions for the given view of marriage and for pointing out what makes it dysfunctional in practice. After that, a critique of the concept of real marriage will be developed by re-examining the individual constituent components of the concept, their role, and significance, not only for the concept of modern marriage but also their groundedness in the context of George's conception of marriage. The argumentative rejection of the jusnaturalist conception of marriage in the previous part outlined the idea of a new function of marriage that is explained in the third section. The concept of modern marriage presented in this paper arises from perfectionist ethics¹ and value pluralism as a theoretical and philosophical background for reaching a new definition of marriage. At the same time, it is in line with the already mentioned point of view that

¹ This refers to the perfectionist ethics presented by Joseph Raz, leaving aside some reasonable disagreements regarding certain nuances.

the adequate view is the one that verifies the concept in concrete terms. This new definition is basically liberal, but it is something completely different in relation to the concept of minimal marriage². Namely, the refined notion of marriage implies a value-neutral approach to the notion of marriage in the center of which is the idea of marriage as a privileged emotional relationship, that is reached by a conceptual analysis of marriage in the process of its transformation. Starting from the intuition of what marriage is as a social institution today, the content of the concept will be analyzed in light of current examples and counter-examples. This will pave the way for a new legal understanding of marriage, free from all kinds of values, which would justify one variant of the concept in relation to another. The methodological choice stems from the specific position of the author of this text, which is a theory of law that relies mostly on analytical philosophy in the way it deals with reality, while recognizing that law and society are inextricably intertwined, as law is not a purpose in itself but rather its purpose is to serve well humans and society. Law is a product of culture, and by saying this I do not mean any culture, but civilization, just as Diamond observes when he says that custom is a modality of primitive society, while law is that characteristic instrument of civilization.³ In this sense, the aim of this paper is to try to capture the essence of the process of marriage transformation and point out the anachronistic elements of the jusnaturalist point of view, while at the same time trying to describe what could be called: the way things really stand today.

JUSNATURALIST APPROACH TO THE NOTION OF MARRIAGE

Marriage, in the traditional jusnaturalist way, is understood in the sense of a classic monogamous marriage between a man and a woman with the primary goal of giving birth and rearing offspring. In this case, the marital relationship implies the consent of the partners to be permanently and exclusively with each other, as clearly follows from the socio-cultural convention and the formula “until death do us part”, where fidelity is implied, and therefore the exclusivity of the relationship.

For society, marriage plays a significant role because it regulates the social relationship of individuals in relation to the regulation of human sex-

² See: Brake, E. (2010). Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law. *Ethics*, 120 (2), 302–337.

³ Diamond, S. (1971). The Rule of Law versus the Order of Custom. *Social Research*, 38 (1), 57. Quoted according to: Galligan, D., Kurkchyan, M. (2003). *Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience*. Oxford: Oxford University Press, 11.

uality and childbirth, and, as Andjelka Milic notes, marriage also means “permission that the community gives partners to access sexual intercourse in order to have children”⁴. The natural law concept of marriage starts from the fact that marriage is really one of the “oldest universal institutions in the human community and culture”⁵, as Milić points out, and is, accordingly, a natural fact that law recognizes and protects, such as it is also the biological reproduction of the social community. Thus, the starting point of the natural law construction is the idea of a natural, already existing extrajudicial relationship which as such represents the value that the law should protect.

There are various versions of jusnaturalism, so for example Helmut Coing does not understand natural law as an unchangeable order⁶ and has an idea of law from which the derived norms are conditioned by the way in which members of a certain society interpret values in a certain historical period. It is significant that Coing points to the need for “reconciliation of natural law and the historicist conscience of our time”, which is clearly reflected in the call of jusnaturalists to the nature of things, where the “thing” whose nature the law must adapt to is always society, and the “nature” of society can only be history.⁷ A possibly constructive discussion about the institute of marriage could be the one with a hypothetical rival for whom, as for Arthur Kaufmann:

“Natural law and the historicity of law are not enemies of each other; moreover, the historicity of law means the opening of law to natural law, since, nevertheless, with a view to the unattainable, what is accomplished is what can actually be achieved in one place and at a certain moment, and that is historically just law.”⁸

However, George takes a different path and, in essence, in this paper I do not criticise jusnaturalism itself as much as George’s belonging to (which he may not even be aware of) confessional jusnaturalism, which is unacceptable because of his “persistence on the traditional idea of a system of eternal and unchanging norms, which is above history and beyond”⁹, and which he, to make matters worse, places in the form of a prescriptive definition of the notion of marriage.

⁴ Milić, A. (2007). *Sociologija porodice. Kritika i izazovi*. Belgrade: Čigoja štampa, 117.

⁵ *Ibid.*

⁶ Fassò, G. (2018). *Storia della filosofia del diritto: Ottocento e Novecento*. Bari: Editori Laterza, 332.

⁷ *Ibid.*

⁸ Kaufmann, A. (1957). *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Tübingen. Quoted according to: Fassò, G. (2018). *Op. cit.*, 333.

⁹ Fassò, G. (2018). *Op. cit.*, 333.

“Real Marriage” as a Good in Itself for Robert George

George develops a specific natural law conception of marriage based on the elements that make up *conditio sine qua non* of the so-called “real marriage” which is a good in itself, a value that creates moral rights and obligations independently of its legal recognition and regulation.¹⁰ Those elements are:

1) the comprehensive union of a man and a woman that is recognized through the community of thoughts and wills throughout the community of life, as well as through bodily union, more precisely coitus, the only type of sexual act that can result in conception;

2) the exclusivity of the relationship, which is achieved through the free expression of the consent of a man and a woman to be permanently and exclusively together.

According to him, the former ban on marriage between members of different races was a kind of legal denial of something that already exists as a “real marriage” or, as George puts it, a *truly marital relationship*.¹¹ Thus, he advocates the view that marriage is not a legal construction and is not “just a contract”¹², but, as Goran Dajovic notes, according to George, marriage is a moral reality that the legal regulations on marriage law should protect in order for the state to send the right message to the citizens about what marriage is and what its nature is.¹³

Even though the comprehensive union of a man and a woman that is oriented towards the creation and rearing of offspring encompasses the mentioned community of thoughts and wills, it is essentially based on consummating marriage through coitus, which may or may not lead to conception, that allows marriages without children to be considered “real marriages” as well. Real marriage implies only an orientation towards biological reproduction, which is why marriage is not a means for the reproduction of the population but represents a good in itself.¹⁴ Therefore, a real marriage is a marital relationship that is a permanent and exclusive spiritual union of a man and a woman accompanied by a physical, sexual union exclusively through coitus, and not some other type of sexual intercourse. On this concept of marriage, George develops arguments against same-sex marriage, which by the nature of things are not able to achieve that bodily union, which entails the so-called comprehensive union, and therefore neither represent value in themselves nor can be marriage.

¹⁰ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1), 250.

¹¹ *Ibid.*, 251.

¹² *Ibid.*, 250.

¹³ Dajović, G. (2015). *Ogled o metajurisprudenciji*. Belgrade: The Publishing Centre of the Faculty of Law, 122.

¹⁴ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). *Op. cit.*, 268.

The Jusnaturalist Conception of Marriage in Action – the Case of Italy

Marriage in Italy originates primarily as a marriage contracted in a church from where it develops over time into what we know today as a civil marriage. The philosophical background of the Italian conception of marriage is best explained by the Neapolitan philosopher Vico, who speaks of marriage as a transition from *stato ferino*, or the animal stage, to what represents *umana società*, or an organized human society. In that sense, marriage makes the transition from the animal sexual urge as *libidine bestiale*, that isolates man in his solitude, towards an encounter with another human being that is realized on the level of friendship. Precisely because it signifies not only a sexual relationship but also a friendship between a man and a woman, marriage is the basis and condition of civilization, since marriage gives rise to friendship, law, and language.¹⁵

Italian marriage has always been accompanied by the idea of the indivisibility (divorce) of marriage (*indissolubilità*)¹⁶. According to Palazzini, the marriage institute differs from a mere concubine that cannot fulfill the purpose of the marriage institute itself, which is the procreation and rearing of offspring, as well as the mutual help of spouses, given that marriage is *il seminario republicae*, that is, the basic unit, the seed of the whole society and of the state itself.¹⁷ Although formally overcome by the introduction of divorce into the legal system, the idea of the indivisibility of marriage has not completely disappeared or ceased to be an important part of the perception of what marriage is. Thus, even with the current norms on divorce, it survives through the period of separation of the spouses “from the table and the bed” (*separazione*) which the law provides as a mandatory preliminary step to divorce. A major step towards modernizing divorce standards has been made by reducing this period of separation from the previous three years to now only six months.¹⁸ Campanini makes an interesting observation, that, unlike *separazione* that arises with the aim of preventing a new marriage, divorce should be

¹⁵ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 58.

¹⁶ On the sacral and religious character of marriage and its indivisibility according to God's law, conceptions that still partially survive in Italian society, see: Papa Leone XIII (1884). *Lettera Enciclica Humanum Genus: Condanna del relativismo filosofico e morale della massoneria*. Available at: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_18840420_humanum-genus.html

¹⁷ Palazzini, P. (1952). *Indissolubilità del matrimonio*. Roma: Studium imprim, 14. Quoted according to: Piola, A. (1967). *Fondamento costituzionale dell'indissolubilità del matrimonio*. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA.VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4, 79.

¹⁸ DeQuo (2019). *Divorzio in Italia: Procedura, Tempi e Costi: Guida 2020*. Available at: <https://www.dequo.it/articoli/divorzio-guida>

viewed as means to strengthen the marital institution and to the detriment of the extramarital union, because it pushes in the direction of allowing a new marriage after a previous marital failure (*fallimento matrimoniale*).¹⁹ It is interesting to note that Andrea Piola remarks that the idea of the indivisibility of marriage in the Italian legal literature is especially defended for its protection of women [sic!] in economic and moral terms, because the divorce would put at a disadvantage a woman as an economically weaker partner, who is exposed to pregnancy as a danger and a form of sacrifice to prolong the human race.²⁰

The issue of granting custody of minor children due to divorce is directed by the idea of a better child growing up only with the mother, instead of the father, and this due to the uniqueness of the “natural” relationship that exists between mother and child. Another characteristic of this legal system is the institute of *the marital house* (*la casa coniugale*), which implies the allocation of the house of the last common joined residence²¹ to the parent who receives custody for the needs of housing and use, despite the possible full ownership of the other parent over the property (i.e. outside the marital property). If he does not own any other real estate, the losing party is forced to pay double the new costs: alimony and renting a new place to live. Thus, this way of legal regulation of this area warns every man who is considering to get married about possible personal bankruptcy if the durability in principle does not lead to the actual durability of a possible marriage. Indeed, it can be stated that for the greatest part heterosexual couples live in an extramarital union, and even the joint obtaining of offspring does not lead such couples to the decision to get married²².

Gay couples in Italy have received recognition and normative regulation of living together in the form of a law *Legge 20/05/2016 n. 76*, better known as *Legge Cirinnà*, although it is not a full recognition of same-sex marriages. The differences between marriage and communities, as provided by *Legge Cirinnà*, are that marriage involves the aforementioned separation of partners for a period of six months in order to be able to proceed with divorce; marriage gives birth to the obligation to support economically the former spouse and the eventual assignment of the marital house as well as the obligation of fidelity, while these things are missing from the mentioned law *Cirinnà*. The

¹⁹ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 14–15.

²⁰ Piola, A. (1967). Fondamento costituzionale dell’indissolubilità del matrimonio. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA.VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4, 79.

²¹ Concas, A. (2019). *Separazione e assegnazione della casa coniugale*. Available at: <https://www.diritto.it/separazione-e-assegnazione-della-casa-coniugale/>

²² ISTAT Istituto Nazionale di Statistica. (2019). *Report: Matrimoni e Unioni Civili: Anno 2018*. Available at: https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report_Matrimoni_Unioni_Civili_2018.pdf

case of Italy is a test for the traditional jusnaturalist conception of marriage, where in practice it has negative side effects – legal participants mostly bypass the marriage institute. In this way, legal participants do not even perform a “legal act” and marriage norms lose the opportunity to be applied.

A CRITIQUE OF THE NOTION OF “REAL MARRIAGE”

Traditional monogamous marriage between a man and a woman is the oldest and most widespread form of marriage in the world, but it is by no means the only one. Numerous countries in the Western world have recognized and legally regulated same-sex marriage, with some of them also allowing the possibility of adopting a child²³. It is interesting to note that polygamous marriages are not questioned in Italian academic literature, but considered as a type of marriage in the full sense inherent in certain cultures, while George denies them the property of “real marriage”, emphasizing monogamy and fidelity as essential features of marriage.²⁴ This is because a comprehensive union is only possible between two and not three or more persons, due to the nature of the sexual act such as coitus. This attitude is more than problematic because it primarily emphasizes the practice of sexual intercourse rather than spiritual and emotional connection, attributing to a particular type of sexual act a certain value, significance, and weight that it can add to a whole legal concept and institute. Apart from the conditions of monogamy, polygamous marriages fulfill an important condition according to George’s conception – biological reproduction and rearing children. Moreover, some research shows that the reason for the existence of polygamy or polyandry in societies that recognize them, lies, among other things, in ensuring safer and better growth of offspring to avoid situations where children may run out of parental support both economically and in every other sense.²⁵ Therefore, monogamy hardly makes a part of the concept of marriage in general, but it is more correct to talk about the types of marriage that exist in different societies today and arrive at a value-neutral legal definition of marriage that more or less successfully encompasses them as an umbrella concept.

²³ Only in Europe: Belgium, the Netherlands, Spain, Norway, Sweden, Portugal, Iceland, Denmark, the United Kingdom of Great Britain without Northern Ireland, Luxembourg, Slovenia, France and Finland (where same-sex couples are also granted the right to adopt a child).

²⁴ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1), 246.

²⁵ Starkweather, K. E., Hames, R. (2012). A Survey of Non-Classical Polyandry. *Human Nature: An Interdisciplinary Biosocial Perspective*, 23 (2), 167.

When it comes to the normative possibility of same-sex marriages, George's comparison of same-sex marriages/relationships with incestuous or animal relationships seems to be another problematic view of things. The failure of George's analogy stems from scientific insights. First of all, incestuous relationships are not privileged anywhere, because marriage is associated with procreation, and medical insights reveal an important probability of different disorders of children born in such a relationship.²⁶ Second, relationships with animals are also not a valid option due to the existence of differences in the emotions of humans and animals, which preclude such an emotional connection.²⁷ Therefore, to equate these relationships with gay couples is a serious mistake, because medicine has long abandoned the point of view that sexual orientation (read: homosexuality) is a disease to be treated, but it is placed in the sphere of an individual's private life.

Also, there is another problematic viewpoint of George, mentioned earlier, that marriage is not just a contract, but that it exists unrelated to it, through what he called a true marital relationship. Marriage is an extremely complex and important legal institute that has legal implications in the various fields of life not only of the direct participants (spouses) but also of other members of the nuclear family (children), starting with the rules of inheritance, marital property, the right to economic support payments, enjoyment of a legal usufruct over pension payments. etc., which arises from the specificity of marriage as a contract *sui generis*. The question arises as to what a *true marital relationship* is?

This paper argues that marriage is a contract and therefore there is no marital relationship outside of marriage nor a "true marital relationship" outside of a marriage contract, outside of law. Moreover, throughout history, other forms of intimate relationships outside of marriage have long been detected, such as cohabitation, concubinage, or the so-called *coppia di fatto*. The element that George introduces in order to defend "real marriage" only adds confusion to his already complicated idea. Unfortunately, in this paper, there is no possibility to expand the discussion on the issue of providing proofs for a "true marital relationship" that exists outside of marriage anyway and its relation to the extramarital union. It is even better if the question is put like this: Is there a sign of equality between a true marital relationship and any extramarital union?

²⁶ Lindzey, G. (1967). Some remarks concerning incest, the incest taboo, and psychoanalytic theory. *American psychologist*, 22 (12), 1051–1059. Quoted according to: Fox, R. (1994). *Incesto*. Available at: http://www.treccani.it/enciclopedia/incesto_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/

²⁷ Alsayed, A. (2016). *Neurophysiology of Emotions (Human vs. Animals)*. Available 21. 9. 2020. at: <https://www.linkedin.com/pulse/neurophysiology-emotions-human-vs-animals-dr-anthony-alsayed>

Assuming that a legal marriage serves to protect the “real marriage” (which already exists), George’s conception can push in the direction of putting pressure on extramarital couples to get married. Fortunately, such ideas are incompatible with personal autonomy, which will be discussed in more detail below.

Not only is the component called “true marital relationship” rejected, but I also conclude that despite a certain rapprochement between marriage and the extramarital union (primarily the equalization of children born in and out of marriage), there is no room for the possible extinction of marriage in favor of these other forms of union. This is due to the fact that the presumption of an emotional relationship is built into the institution of marriage, no matter how it occurred, while there is no such presumption in other relationships outside of marriage. Marriage as a *privileged emotional relationship* also exists in the case of arranged marriages, which have prevailed throughout history, because the mentioned assumption still stands. This does not mean that love always happens, although there are studies that show how in arranged marriages love arises almost as frequently as in voluntary marriages²⁸. The mentioned issue becomes clearer when we take into account the opposite example of arranged marriages for the purpose of acquiring citizenship, which are considered legally defective due to the lack of an important component – the presumption of an emotional relationship so that it could be a marriage. Another necessary element, according to George, which accompanies a real marriage, along with monogamy that is rejected, is fidelity²⁹. First of all, if we start from the assumption that a “real marriage” exists without a contract and outside the world of norms and rights, as a value in itself, then when one spouse commits adultery, and by this I mean, nothing more and nothing less than through coitus, which we know has a certain value and weight, the “real marriage” ceases to exist. Such a conclusion is inevitable if one considers that fidelity is a constitutive element of a real marriage. A “real marriage” cannot, therefore, tolerate and explain how a marriage can survive, and it can do that, despite effective adultery, only if the spouses are willing to overcome the situation in order for the marriage contract between them to remain.

This is possible because marriage is a contract and fidelity is a relatively understood integral part of marriage, as much as the phrase “until death do us part” is relatively understood, or the durability in principle of marriage. These are desirable qualities in principle of marriage, but certainly not absolute categories. A marriage can be divorced and terminated for various reasons even before the death of one of the spouses, just as adultery is considered only one

²⁸ See: Epstein, R., Pandit, M., Thakar, M (2013). How Love Emerges in Arranged Marriages: Two Cross-cultural Studies. *Journal of Comparative Family Studies* 44 (3), 341–360.

²⁹ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1), 246.

of the reasons for divorce if the other party wishes to initiate it, and not a reason for its nullity for example.

The basic failure of George's conception is that he formulates a definition of marriage that is prescriptive and that also pretends to be universal. He then stipulates for the basic function of legal marriage that it protects a real marriage which is a value in itself and which exists anyway outside that legal marriage as a *natural institution*³⁰ and a *truly marital relationship*. Radbruch notes that a feature of legal science is the connection with value and that each new period takes away the essence of the facts hitherto connected with value and vice versa – it connects hitherto indifferent facts with value.³¹ In that sense, I have already declared that the attitude that constates the real world is the most adequate. Marriage as a *par excellance* legal institute and contract *sui generis* of course is connected with value, however, this value is not any “real marriage” that exists outside of the dimension of law anyway, but this value is a family, and more precisely – a modern family. It is important to note that the family has undergone changes, loss of functions and a leveling of the leading participants, an expansion of participants, and an opening to a modern lifestyle and value system, on whose podium is a new postmaterialist value of self-realization.

George's prescriptive definition of marriage is also incompatible with the idea of multiculturalism and value pluralism³², because it denies individual human beings the accessibility of an adequate range of options³³, which is a *conditio sine qua non* of personal autonomy³⁴. Autonomy is understood, on the one hand, as a kind of realization of autonomous life, and on the other hand, as the ability to be the creator of one's own life. An individual is autonomous not only when various options are available to him but also when those are also *acceptable* options from which he can really choose. In this sense, from the point of view of George's conception of marriage, a whole category of human beings of homosexual orientation is denied the basic perfectionist principle – the principle of autonomy, which states that autonomous life is valuable only when spent in acceptable and valuable projects and relationships. It is not necessary to argue why establishing a family is one of the basic valuable projects and relationships, but also a prerequisite for one of the essential comprehensive

³⁰ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R. T. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1), 247.

³¹ Radbruch, G. (1998). *Filozofija prava*. Belgrade: Faculty of Law of the University in Belgrade, 125–126.

³² The view that there are many different and mutually incompatible but valuable ways of life.

³³ Raz, Dž. (2007). *Moralnost slobode*, Zagreb: Kruzak, 338.

³⁴ Do not confuse personal autonomy, which is a special ideal of individual well-being and which refers to the freedom of people to choose their lives, with moral autonomy, which is in fact Kant's idea that morality consists of self-proclaimed principles. See: Raz, Dž. (2007). *Op. cit.*, 306.

activities³⁵ such as parenting. Raz points out that an important feature of comprehensive goals is that they depend on the availability of social forms.³⁶ The two basic dimensions through which people understand and judge themselves and others are well-being and personality or character. Raz further explains that the well-being of the individual consists of a wholehearted and successful pursuit of valuable activities.³⁷ Well-being is contributed to only by valuable activities, and a valuable activity does not signify only its moral value, but the value of the activity that encompasses a life is revealed through an understanding of what constitutes a good life.³⁸ In short, the well-being of people is a matter of advancing their lives as a whole.³⁹

The principle of autonomy is crucial for the well-being of the people. It allows state authorities, and even requires them, to create an environment that provides individuals with an adequate range of options and opportunities to really choose between⁴⁰ and is supported by another principle, which is a refashioned argument of the harm principle as a principle of freedom, and whose essence is to exclude private morality from politics. In the spirit of perfectionist liberalism that Raz represents, the role of government (read: law) is to protect and promote the well-being of people within the limits of its competencies, while on the other hand, people progress through a life in which they self-determine, living a life consisting of free choice in a multitude of incompatible and valuable lifestyles.⁴¹ The government and all people in general can help others to progress only by creating conditions for an autonomous life, and that means ensuring that a sufficient range of different and valuable options is available to all people. Everything beyond this falls under the responsibility of a free individual to make of his life what he wants.

Self-esteem plays a no less important role in the well-being of people and especially the awareness that many of our actions affect the ability of other people to gain self-esteem, and they range from conditions necessary for mental health to “eradicate racism and other forms of stupidity”⁴². Raz emphasizes that the importance of self-esteem for the well-being of people is constant and fundamental and suggests the “essential importance of the fight against

³⁵ Raz, Dž. (2005). *Etika u javnom domenu: Ogledi iz moralnosti prava i politike*, Podgorica: CID, 12.

³⁶ Raz, Dž. (2007). *Moralnost slobode*, Zagreb: Kruzak, 251.

³⁷ Raz, Dž. (2005). *Op. cit.*, 11.

³⁸ *Ibid.*, 13.

³⁹ *Ibid.*, 16.

⁴⁰ Raz, Dž. (2007). *Op. cit.*, 345.

⁴¹ Raz, Dž. (2005). *Op. cit.*, Podgorica: CID, 135.

⁴² *Ibid.*, 36.

racism, homophobia, sexism, chauvinism and the like”⁴³. At this point, it is very useful to refer to the observations of Appiah regarding the question of what to consider parameters and what limitations or handicaps in life, both from the point of view of an individual who is evaluating his own decisions and from the point of view of a community value systems. He believes that differences in parameters or limitations define a person, so taking homosexuality as an example (and this can be something else, such as deafness, blindness, etc.), he suggests that one individual can consider it as a parameter of his life, and another a handicap. Thus, the attitude of the community can range from accepting homosexuality and other phenomena, to considering them a handicap or an unacceptable trait. In any case, it depends on the attitude of the community towards that property whether we will treat some of our own properties as a parameter or a handicap.⁴⁴ That is why the conditions of autonomy require public culture and the appropriate general culture has a key role to play in supporting and defining the options available in society, which is also a precondition for the freedom of one person and all people.⁴⁵ George’s conception is discriminatory, supports a general culture of hatred of diversity, is anti-multicultural, and dysfunctional in a modern society that, whether one admits it or not, is already multicultural, in which the only key to its survival is value pluralism.

Procreation as the Purpose of Marriage?

The modern age brings new challenges for the law to normatively regulate the, now everyday, events of legal reality, which would previously have been classified as rare and borderline cases. The diseases of modern times, the high rate of reproductive problems faced by a large number of heterosexual couples, as well as the relatively late age for starting a family, have opened up entirely new chapters of law. There are new options such as artificial insemination, surrogacy, cryopreservation of embryos, the rights of gay couples to adopt a child or, for example, the right of women in certain countries, with the permission of a relevant institution such as the Ministry of Health, to use sperm bank material for the project of becoming a mother while her biological clock still allows it, given that she has no current partner. These are new forms of the family that also fulfill a certain function in society, which I can

⁴³ Raz, Dž. (2005). *Op. cit.*, Podgorica: CID, 36.

⁴⁴ Vujadinović, D. (2006). *Politička filozofija Ronalda Dvorkina*. Belgrade: Official Gazette, 86.

⁴⁵ Raz, Dž. (2005). *Etika u javnom domenu: Ogledi iz moralnosti prava i politike*. Podgorica: CID, 138.

say is a corrective function in relation to the most common function of biological reproduction that George has in mind.

Reproduction through the sexual act of coitus between a heterosexual married couple is certainly a normal and the most widespread way of maintaining the human species. However, the relatively recent legal equating of children born in and out of marriage, as well as the high percentage of unmarried couples with children, somehow dislocates the problem of reproduction out of the context of marriage⁴⁶. Therefore, George's position that marriage owes its characteristic structure to its orientation towards procreation has less and less support⁴⁷. As we can see, procreation is often realized without marriage or in, for George, "unnatural" ways, which represent a completely new dimension for understanding the issue of reproduction within the modern family.

All these particularities of reproduction in the context of modernity were created thanks to both the development of medicine that offered the option of overcoming certain difficulties and the process of the evolution of marriage, the individual, and the family. However, the transformation of the modern family and new ways of reproduction do not result in the complete exclusion of the reproductive function from the concept of marriage, but in shifting the emphasis that has been on that function thus far. Therefore, it would be wrong to exclude the reproductive function from marriage and claim that marriage does not serve procreation and rearing offspring at all. It is about the influence of the evolution of the individual (both women and their continuous emancipation and liberation from patriarchal oppressions, as well as men in their acceptance and adaptation to the new social pattern) and the family on reshaping the marital institution and bringing it closer to the needs of an emancipated modern human being. The notion of marriage as primarily a problem of the notion of the family arises as a result of the evolution of the family from a patriarchal to a nuclear family, which is nothing but a mental process.⁴⁸

"Marriage is the basis of the family"⁴⁹, says Campanini, noting that one should first understand what a family is. The first element of the family, the concept of durability, also exists in a marriage where it is emerging through a community of life, which starts a family and transcends the sexual act, as unstable and provisional. The concept of durability has never been absolutely implemented, because durability, which has always been understood as a nec-

⁴⁶ Milić, A. (2007). *Sociologija porodice: Kritika i izazovi*. Beograd: Čigoja štampa, 127.

⁴⁷ Girgis, S., George, R. P., Anderson, R T (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1), 256.

⁴⁸ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 13.

⁴⁹ *Ibid.*, 7.

essary element of marriage in every culture, is perceived in a more relative and provisional sense. The second element of the family refers to the social approval of the community, which provides an answer to the question of why it is a marriage and not an extramarital union, or why it is a family and not an aggregate of persons. This answer lies in a universal need for society to recognize what is morally acceptable and welcome in a particular environment. The third element, procreation and upbringing of offspring, i.e. the socialization of new generations, represents an extremely important tasks of the family and marriage, so the unity and exclusivity of the relationship are marginalized precisely because the family (and marriage) understood in this way includes other forms of family as a subgroup. Directing the analysis of the family in the direction of the problem of the “Western family” or the modern family, Campanini suggests that it is a matter of choice and evaluation whether in one society a polygamous community will be considered useful for survival and the right answer to the real needs of a man and a woman.⁵⁰

The problem of modern marriage is the problem of the modern family, to which the open question of whether the family in the modern world is represented by one homosexual couple and one extramarital heterosexual couple with children is connected. By equalizing the legal position of children born inside and outside of marriage, it seems that it has become an extremely thin border that previously separated marriage as the only socially approved way of living together oriented towards procreation. Therefore, it is concluded that procreation, as an important constitutive element of the notion of marriage, was called into question by this act, even before asking questions about who necessarily constitutes participants in the marital relationship – whether they are a man and a woman or two human beings.

TOWARDS A NEW FUNCTION OF MARRIAGE

Sergio Cotta notes that in modern philosophy, nature (*alla natura*) is opposed to culture (*cultura*), which directly reflects on the understanding of personality, interpersonal relationships, and institutions, which is no longer crucial in the search of essence (*essenza*) but in the understanding of function (*funzione*).⁵¹ Much more useful for the aim of this paper is to orient

⁵⁰ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 10.

⁵¹ Cotta, S. (1985). Sacramentalità e realtà esistenziale del matrimonio. *Famiglia, diritto e diritto di famiglia: Studi raccolti*, Ed. Francesco d'Agostino. Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book, 16.

the analysis of the marital institute in the direction of researching the function it fulfills in modern society, because the nature of any human thing is revealed only through knowledge of its essential function, that is, the purpose for which it was made⁵².

There is a new key function that has emerged from the process of redefining marriage. Now the emphasis is on this new function, while the reproductive function, which has been discussed so far, has remained within the concept of marriage, but is understood in a relative way, in principle, as the durability and exclusivity of the marital relationship is. This is all the more so because marriage without children equally represents marriage in the full sense of the word, but this claim does not rely on the practice of a particular sexual act.

I start from the position that there is space in the methodological sense for a functional explanation of the nature of law, and in this case the legal institute of marriage, which does not oblige the theorist to make value judgements regarding a particular function for society.⁵³ Ehrenberg argues that understanding the function of law can contribute to elucidating the nature of law in general and that theorists can discuss these functions in a neutral way⁵⁴, unless they themselves wish to take a stand and thus take part in a broader political and moral debate⁵⁵. Although the law does not belong to the functional type, this does not mean that the functional methodology cannot be useful for its explanation. In this sense, he recognizes the importance of the unique characteristics of law that make a difference in relation to other concepts and belong to the criteria of membership for the theory as a whole, but not for each of its parts. Moreover, those non-unique functions of law are extremely important, which becomes clear from the example of the development of an imaginary theory of the university, which would be very weak if it failed to explain that it is an institution that performs the function of higher education and research. The fact that there are other institutions within society, such as think tanks, hospitals, etc., that fulfill the same functions does not mean that these are not relevant to university theory.⁵⁶ In particular, it is precisely the social functions of law that are particularly useful for providing functional explanations of concepts and it is not a hindrance that they differ from society to society, precisely because there are always a number of common characteristics⁵⁷ and they are exactly what we are looking for.

⁵² Jovanović, M. A. (2019). *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 58.

⁵³ Ehrenberg, K. M. (2009). Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies* 29 (1), 91.

⁵⁴ *Ibid.*, 105.

⁵⁵ *Ibid.*, 95–96.

⁵⁶ *Ibid.*, 98.

⁵⁷ *Ibid.*

A saying in the world of architecture that form accompanies function⁵⁸ is not senseless, especially if we take into account an imaginary anthropologist from Mars who sees a chair for the first time and tries to understand what it is about. The description of the form would be insufficient and would have to turn to a conclusion based on an understanding of the function of the intriguing object.⁵⁹ The theorist must develop his own views only based on what is important about the law to explain it, which does not lead to the conclusion that this includes the personal moral and other value attitudes of the theorist in building his conception.⁶⁰

Here it is a matter of the new function of marriage as the result of the transformation of the family and marriage, which was influenced by numerous factors, that Campanini explains successfully about in the already quoted book “Marriage and the family in modern consideration”. He distinguishes between four functions that the family had in pre-industrial society: reproductive, socializing, economic, and political⁶¹. Of these four, only one remained as such – reproductive, and a new dimension of marriage and family emerged, which he calls *integrazione affettiva fra i coniugi*, that is, the emotional closeness of the spouses based primarily on mutual understanding and support in relation to different segments of life. The other three functions disappeared as follows:

– The function of the socialization of offspring, which consists of educating children and transmitting culture to them, has been taken over by schools and other related institutions.

– The economic function disappears due to the process of industrialization that has led to the relocation of the workplace outside the family. Now it is a factory or office instead of the house itself and its surroundings, if we take into account the former primary occupation through agriculture as the dominant way of feeding the family.

– The political function disappeared completely with the dissolution of the patriarchal role of the head of the family. With the advent of democracy, the state placed the individual at the center of events, not the family as such.⁶²

In addition to the reproductive function, the family has a completely changed socializing function, in the role of the new function we are looking for and aimed at creating the basis of personality and ensuring the psychological

⁵⁸ Sullivan, L. H. (1896). The Tall Office Building Artistically Considered. *The Public Papers* (ed. Twombly, R.). Chicago–London: University of Chicago Press (1988). 103–13, 111. Quoted according to: Ehrenberg, K. M. (2009). *Op. cit.*, 101.

⁵⁹ Ehrenberg, K. M. (2009). Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (1), 101–102.

⁶⁰ *Ibid.*, 110.

⁶¹ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 16.

⁶² *Ibid.*, 17.

and emotional security of adults, which Campanini also calls *la gratificazione interpersonale dei coniugi*. We should pay attention to the complexity of this term in Italian, which includes several things: mutual happiness, the satisfaction of spouses that starts from a separate realization as the personality of each partner individually, which then further allows them to feel fulfilled and happy in an emotional relationship with another individual, and ennobled in mutual recognition, admiration, and respect for personal needs of self-realization. “Gratificazione”, thus, instead of hierarchical superiority and subordination from the former patriarchal scheme of relationships, implies the equality of emotional partners as the basis on which love and mutual respect create a superstructure. This reflects the essence of this new function of marriage and family, which is associated with the emergence of the dimension of love⁶³ in contemporary Western culture.⁶⁴

He makes an interesting claim about the family:

“Family... is based, or should be based on a lasting encounter between two people who recognize each other in their value and dignity, regardless of their usefulness... In this sense, the love of spouses is radically different from pure eroticism...”⁶⁵

As we can see, in understanding the modern family, the emphasis is not on reproduction and rearing of offspring, but on this new function which also marginalizes the issue of gender and stops at the “permanent meeting between two people”. However, since this paper does not deny marital status to polygamous marriages, starting from the intuition that polygamy is most common in the Muslim world, it is useful to refer to the interpretation of the Qur’an, which, although directly addressed to men, shows that it is in principle compatible with this new function.

In one part of the Qur’an it is stated:

“Marry those women who are allowed to you, with two, with three and with four! And if you fear that you will not be righteous, then only with one woman”.⁶⁶

And then:

“You will not be able to treat your wives exactly the same no matter how much you want to.”⁶⁷

⁶³ See: Milić, A. (2007). *Sociologija porodice: Kritika i izazovi*. Belgrade: Čigoja štampa, 128.

⁶⁴ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 17.

⁶⁵ *Ibid.*, 20 and further.

⁶⁶ Kur’an, sura: En-Nisa’, ajet 3.

⁶⁷ *Ibid.*, ajet 129.

Therefore, it can be argued, first, that polygamy in Islam is not the rule but the exception, and then that the idea of “fair treatment” favors a model that fits in with the new function.

What is important for the modern family is that it is based on a marriage created by free choice, based on love⁶⁸ in which reciprocal erotic attraction plays a key role, because the success of a marriage and its survival largely depend on it (*la riuscita del matrimonio*).⁶⁹ For a better understanding of modern marriage, it seems very important to place sexuality in the sphere of private life, which, according to Campanini, introduces the category of duration (*durata*) into the interrelationship of emotional partners. Sexuality that is exhausted in the present is therefore outside of private life, because it is not projected in the future, it does not view love as duration, as an emotion that has the ability to engage a person on a much further horizon than the present. He concludes that in the form of marriage lies a deep essence that is manifested precisely in the will of love itself to last in time. Here, too, it is about durability in principle, the leading idea as the driving motive for getting married, because the measure of the authenticity of love itself is in this problematic confrontation with lasting, through the ability to survive, despite the temptation of time remaining true to one’s choices.⁷⁰ Thus, sexuality that is an end in itself relies on the present, while sexuality that strives for the future⁷¹ is projected on the horizon of durability and in the institution of marriage, which provides it.

So to reach the key function of marriage in modern society means to see in advance what are the secondary, possible but not necessary, tasks that are set before modern spouses.

⁶⁸ Francesco D’Agostino writes about *l’amore coniugale come fondante*, that is, love as something that creates or establishes marriage. He also recognizes the process of family transition and emphasizes the importance of the marital institution whose value should be respected, because it guarantees the engagement of individuals for the purpose of starting a family and duration, as there is no doubt that an individual can legitimately turn to the family and ask for protection and support in life. See: D’Agostino, F. (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia (Studi raccolti)*. Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriali Jaca Book, 10.

⁶⁹ Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 19.

⁷⁰ *Ibid.*, 27.

⁷¹ Campanini’s words in my translation: “From sexuality that grows into mutual emotional closeness, the desire for the duration of such a relationship and, therefore, marriage, a family is born: it is nothing but love that lasts because it wants to last, thus making a choice in favor of durability in time and against an absolute spontaneity devoid of any limitation and any intimate look into the future. The institution of the family represents nothing but the awareness, publicly and also privately, of this will to last in time... Duration, it should be underlined, does not represent any value in itself, but only one condition and, in a sense, a promise of value...” See: Campanini, G. (1977). *Ibid.*, 28 and so on.

A Refined Notion of Marriage

Starting from the established essential characteristics of marriage, we could say that:

Marriage is a privileged emotional relationship between spouses oriented towards its duration in time, that establishes a family, within which is, primarily, guaranteed mutual emotional and every other type of support for personal self-realization of each partner individually, while the personal achievement of the partners is comprised of becoming a parent and the upbringing of offspring.

This definition has the following characteristics:

- marriage is a privileged emotional relationship – therefore, the emphasis is on love and emotion as a presumption that functions as the basis of modern marriage, and the relationship is privileged because it is legally recognized and regulated in the form of a marital institution;

- includes an element of durability in principle;

- includes the new function of marriage;

- typically involves procreation and rearing of offspring as a possibility and a choice that the partners make, leaving them at the same time full freedom to decide on having children at all or choosing to have children through different forms of procreation, some of which are mentioned in the analysis above;

- refers to persons who can be granted marital partner status (some are excluded – animals, family members up to a certain degree of kinship) and includes both same-sex and classical marriages as types of marriage, as well as polygamous marriages;

- marriage is the establishment of a family, which is in line with the view that marriage is a kind of protection of the socially accepted idea of the family;

- includes a new value of post-materialist society – the value of self-realization, which allows a justified claim to support the spouse in an emotional and any other sense, as well as including self-realization in the field of parenthood;

- it is value-neutral, because it does not make a choice and does not privilege one type of marriage in relation to another.

CONCLUDING REMARKS

The topic of this paper is extremely complex due to the elusiveness and universality that characterize family and marriage. Few institutions are so subject to change and so radically form an integral part of the society whose dynamics it is conditioned by.⁷²

From the aspect of content, the aim of this paper is to critique the jusnaturalist conception of marriage which does not accept that the notion of marriage is a *classical legal notion in the process of redefining*. Thus, the analysis starts from the process of the transformation of marriage in modern Western cultures, which corresponds to the process of the mutation of the modern family. When it comes to taking a position, this critique of the jusnaturalist approach is certainly based on an analytical approach and relies on a functional methodology, but rejects to take an alternative normative-value attitude as a different moral point of view that justifies a certain interpretation of marriage and its nature. The value-neutral approach was maintained throughout the analysis by focusing on the function of the marital institute as an element that plays a key role in understanding the issue in the context of the present day. Coming to the new function of modern marriage implies re-examining and redefining the place, according to the significance and role, of other functions of marriage known so far. The value-neutral position of the new definition of marriage is clearly seen through its ability to encompass the different types of marriage as an umbrella term that reaches a certain level of abstraction and distance in relation to any claim regarding the value qualification of any existing type of marriage. The question of the claim to universality or the parochialism of the new concept of marriage exceeds the scope of this paper, but it is certainly the direction in which the author of this text can further engage. The new concept of marriage certainly refers to the numerous cultures of the West and to all other non-oppressive⁷³ cultures. Marriage is a contract – a contractual relationship implies equality and free will of the contracting parties as a principle

⁷² Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice, 7.

⁷³ In that sense, I agree with Raz that oppressive cultures should not be protected (the example given by Raz is cultures of slavery, racial discrimination or homophobia, but also many practices in existing cultures that give women inferior status that only in a multicultural environment reveal their true meaning – oppressive against women). It is difficult for such cultures to fill the new notion of marriage with the value component at all and to benefit from it for their practice. Moreover, I agree once again with Raz that the possibility of leaving cultures should be encouraged, as a partial insurance for those members who cannot develop and find an adequate path to self-realization within a particular belonging culture. See: Raz, Dž. (2005). *Etika u javnom domenu: Oglеди iz moralnosti prava i politike*. Podgorica: CID, 203 and so on.

so all such practices are conceptually incompatible with the contractual character of the legal institute.⁷⁴

The new definition, or more precisely, the new description of modern marriage, leaves space for individual cultures to fulfil and concretize this notion of marriage in terms of content and value in order to more faithfully reflect what the idea of marriage represents to the citizens of a particular culture and environment. Although culture is one of those words that is exceptionally difficult to define and especially easy to abuse⁷⁵, it is clear that it is culture that sometimes endows law with the necessary legitimacy.⁷⁶ Family and marriage law refer to the almost most important areas of life, and are very prone to evolution and changes dictated by the very reality of life. New norms, as Friedman notes, are spreading mysteriously like a virus, just as it flooded many legal systems in the 1970s and 1980s, such as the unstoppable contagion of the idea of no-fault divorce. As he points out, culture, not the legal system, is the transmitter of these norms.⁷⁷ Culture is eternally reshaped, built, and upgraded and is subject to various sorts of external influences, such as mixing with other cultures, and it is constantly driven by the winds of social change. Thus it is culture that gives the ultimate reason for the existence of legal norms as they are in a society, at a given time and at a certain stage of development. In this sense, it is clear that the legal regulations of any area, and especially such a sensitive one as marriage, if they did not find a connection with other values through culture, would be exposed to a serious risk of being dissolved into empty formalism.⁷⁸

Precisely because I do not judge different types of marriage, I contest George's homophobic approach, not because I want to defend homosexual social groups, but because George's approach represents the use of discrimination as a means of arguing in favour of one type of marriage as the only right option. After all, it is enough to look at the current example of a student petition at Oxford that John Finnis, as a university professor and author, be

⁷⁴ Multiculturalism implies the successful persistence of different and even incompatible and valuable cultural groups in one political society, which presupposes the existence of a common culture of tolerance in which value pluralism allows the coexistence of individual cultures, whose members inevitably cooperate in the same economic and political environment. Raz, Dž. (2005). *Etika u javnom domenu: Ogledi iz moralnosti prava i politike*. Podgorica: CID, 207.

⁷⁵ Cuper, A. (1991). *Culture: The Anthropologists Account*. Quoted according to: Nelken, D. (2004). Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy*, Vol. 29, 8.

⁷⁶ Nelken, D., Feest, J. (2001). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing, 26.

⁷⁷ Friedman, L. (2001). Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants. *Adapting Legal Cultures*. Eds. Nelken, D., Feest, J. Oxford: Hart Publishing, 97.

⁷⁸ D'Agostino, F. (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia (Studi raccolti)*. Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book, 9.

completely removed from teaching because of his homophobic and discriminatory attitudes⁷⁹, based on the same arguments about the nature of homosexual relationships that George uses to promote hatred and intolerance.⁸⁰

The contribution that a review of the Italian case has to this topic is in the paradoxical conclusion that the marital institute in that environment is endangered for completely different reasons than those that George deals with by attacking revisionists and defending his idea of “real marriage”. Most of George’s theory of real marriage, wherein I mean the element of consummating marriage through the sexual intercourse of coitus, as well as a significant part of his article devoted to argumentation against same-sex marriage, proves irrelevant to the analysis of the crisis in Italy. Moreover, it is concluded that the crisis situation in which marriage finds itself is the result of a mismatch of normative solutions in the spirit of the jusnaturalist idea of marriage with the needs of heterosexuals in the Italian environment, and not a consequence of gay lobby claims and similar influences on traditionally understood marriage.

The emancipation of an individual implies the emancipation of the family, because the individual is born, grows up, and is formed in the family. The emancipation of the individual also means the emancipation of society and the community, so that the individual would be able to accept himself and determine the parameters of his life in order to strive for self-realization and his own well-being. Marriage is the legal institute that establishes the family, and as law is alive and dynamic, modern marriage captures the nuances that characterize the legal institute that establishes the modern family, based on the realms of human rights, gender equality, and individual freedom in the spirit of the present.

BIBLIOGRAPHY

- Alsayed, A. (2016). *Neurophysiology of Emotions (Human vs. Animals)*. Available at: <https://www.linkedin.com/pulse/neurophysiology-emotions-human-vs-animals-dr-anthony-alsayed>
- Brake, E. (2010). Minimal Marriage: What Political Liberalism Implies for Marriage Law. *Ethics*, 120 (2), 332–337.
- Campanini, G. (1977). *Matrimonio e famiglia nella riflessione contemporanea*. Roma: Città Nuova Editrice.

⁷⁹ Remove John Finnis from Oxford: Clarify University Policy on Discriminatory Professors. Available at: <https://www.change.org/p/oxford-university-remove-john-finnis-from-oxford-clarify-university-policy-on-discriminatory-professors>

⁸⁰ See: Hasanbegović, J. (2019). *Akademске slobode i ljudsko dostojanstvo: Neobičan slučaj homofobičnosti Džona Finisa*. Available at: https://anali.rs/xml/201-/2019c/2019-3c/Anali_2019-3c-417-1546-1-pb.pdf

- Concas, A. (2019). *Separazione e assegnazione della casa coniugale*. Available at: <https://www.diritto.it/separazione-e-assegnazione-della-casa-coniugale/>
- Cotta, S. (1985). Sacramentalità e realtà esistenziale del matrimonio. *Famiglia, diritto e diritto di famiglia: Studi raccolti* (ed. Francesco d'Agostino). Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book.
- Cuper, A. (1991). *Culture: The Anthropologists Account*. Quoted according to: Nelken, D. (2004). Using the Concept of Legal Culture. *Australian Journal of Legal Philosophy* Vol. 29, 1–28.
- D'Agostino, F. (1985). *Famiglia, diritto e diritto di famiglia (Studi raccolti)*. Milano: Le Edizioni Universitarie Editoriale Jaca Book, 10.
- Dajović, G. (2015). *Ogled o metajurisprudenciji*. Belgrade: Publishing Centre of the Faculty of Law
- DeQuo. (2019). *Divorzio in Italia: Procedura, Tempi e Costi. Guida 2020*. Available at: <https://www.dequo.it/articoli/divorzio-guida>
- Diamond, S. (1971). The Rule of Law versus the Order of Custom. *Social Research* 38 (1), 42–72. Quoted according to: Galligan, D., Kurkchian, M. (2003). *Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience*. Oxford: Oxford University Press.
- Ehrenberg, K. M. (2009). Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 29 (1), 91–113.
- Epstein, R., Pandit, M., Thakar, M. (2013). How Love Emerges in Arranged Marriages: Two Cross-cultural Studies. *Journal of Comparative Family Studies*, 44 (3), 341–360.
- Fassò, G. (2018). *Storia della filosofia del diritto: Ottocento e Novecento*. Bari: Editori Laterza.
- Friedman, L. (2001). Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants. *Adapting Legal Cultures*, (Eds. Nelken, D., Feest, J.). Oxford: Hart Publishing.
- Girgis, S., George, R., Anderson, R. (2010). What is Marriage?. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 34 (1), 245–287.
- Hasanbegović, J. (2019). *Akademске slobode i ljudsko dostojanstvo: Neobičan slučaj homofobičnosti Džona Finisa*. Available at: https://anali.rs/xml/201-2019c/2019-3c/Anali_2019-3c-417-1546-1-pb.pdf
- ISTAT Istituto Nazionale di Statistica. (2019). *Report: Matrimoni e Unioni Civili; Anno 2018*, Available at: https://www.istat.it/it/files/2019/11/Report_Matrimoni_Unioni_Civili_2018.pdf
- Jovanović, M. A. (2019). *The Nature of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kaufmann, A. (1957). *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Tübingen. Quoted according to: Fassò, G. (2018). *Storia della filosofia del diritto: Ottocento e Novecento*, Bari: Editori Laterza.
- Kur'an, sura: En-Nisa'.
- Lindzey, G. (1967). Some remarks concerning incest, the incest taboo, and psychoanalytic theory. *American psychologist*, 22 (12), 1051–1059. Quoted according

- to: Fox, R. (1994). *Incesto*. Available at: http://www.treccani.it/enciclopedia/incesto_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/
- Milić, A. (2007). *Sociologija porodice, kritika i izazovi*. Belgrade: Čigoja štampa.
- Nelken, D., Feest, J. (2001). *Adapting Legal Cultures*. Oxford: Hart Publishing.
- Radbruch, G. (1998). *Filozofija prava*. Belgrade: Faculty of Law of the University in Belgrade.
- Papa Leone XIII. (1884). *Lettera Enciclica Humanum Genus: Condanna del relativismo filosofico e morale della massoneria*. Available at: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/it/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_18840420_humanum-genus.html
- Palazzini, P. (1952). *Indissolubilità del matrimonio*. Roma: Studium imprim. Quoted according to: Piola, A. (1967). Fondamento costituzionale dell'indissolubilità del matrimonio. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA. VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4, 75–90.
- Piola, A. (1967). Fondamento costituzionale dell'indissolubilità del matrimonio. *Studi di onore di Antonio Segni* (AA. VV.). Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, Volume 4.
- Raz, Dž. (2007). *Moralnost slobode*. Zagreb: Kruzak.
- Raz, Dž. (2005). *Etika u javnom domenu: Ogledi iz moralnosti prava i politike*. Podgorica: CID.
- Remove John Finnis from Oxford: Clarify University Policy on Discriminatory Professors*. Available at: <https://www.change.org/p/oxford-university-remove-john-finnis-from-oxford-clarify-university-policy-on-discriminatory-professors>
- Starkweather, K. E., Hames, R. (2012). A Survey of Non-Classical Polyandry. *Human Nature: An Interdisciplinary Biosocial Perspective*, 23 (2), 149–172.
- Sullivan, L. H. (1896). The Tall Office Building Artistically Considered, *The Public Papers* (ed. Twombly, R.). Chicago–London: University of Chicago Press (1988) 103–13, 111. Quoted according to: Ehrenberg, 101.
- Vujadinović, D. (2006). *Politička filozofija Ronalda Dvorkina*. Belgrade: Official Gazette.